



Hotărâri ale instanțelor de judecată în cauze privind corecții financiare în proiectele cu finanțare din fonduri structurale

Culegere de spețe la nivelul autorităților municipale și județene

Culegerea de spețe ***Hotărâri ale instanțelor de judecată în cauze privind corecții financiare în proiectele cu finanțare din fonduri structurale*** a fost realizată de Institutul pentru Politici Publice (IPP), cu sprijinul Țuca Zbârcea & Asociații, care a permis și publicarea culegerii într-un prim tiraj limitat.

Autori

Elena Tudose, Director Programe, Institutul pentru Politici Publice
Cristina Ana, Coordonator Departament Fonduri Structurale, Țuca Zbârcea & Asociații
Ancuța Pop, Avocat senior, Țuca Zbârcea & Asociații
Conf. Univ. Dr. Tudor Pendiuc, Președintele Asociației Municipiilor din România
Iuliu Ilyes, Expert Administrație Publică Locală

Institutul pentru Politici Publice (IPP)
Str. Stolnicului, nr. 6 - 10
Et. 3, ap. 11
sector 1, București
Tel (+ 4) 021 212 3126
Fax (+ 4) 021 212 3108
E-mail: office@ipp.ro
www.ipp.ro

Țuca Zbârcea & Asociații
Bdul. Nicolae Titulescu nr. 4 - 8
America House, Aripa de Vest, etaj 8
sector 1, București
Tel (+4) 021 204 8890
Fax: (+4) 021 204 8899
E-mail: office@tuca.ro
www.tuca.ro

© Toate drepturile sunt rezervate Institutului pentru Politici Publice (IPP) și Țuca Zbârcea & Asociații. Atât publicația cât și fragmente din ea nu pot fi reproduse fără permisiunea IPP sau Țuca Zbârcea & Asociații. Opiniile exprimate în acest material aparțin autorilor.

Cuprins

Nereguli, corupție sau incapacitate instituțională? Despre cum au ajuns corecțiile financiare să greveze practica instanțelor din România	19
Considerații asupra litigiilor ce au ca obiect anularea corecțiilor financiare	25
Metodologie	41
Programul Operațional Sectorial Mediu	
Bacău	
DOSAR NR. 480/32/2012 CURTEA DE APEL BACĂU, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA NR. 20/2013, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 29 IANUARIE 2013 Reclamant Consiliul Județean Bacău	45
DOSAR NR. 579/32/2012 CURTEA DE APEL BACĂU, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA Nr. 217/2012, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 26 OCTOMBRIE 2012 Reclamant Consiliul Județean Bacău	54
DOSAR NR. 638/32/2012 CURTEA DE APEL BACĂU, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA NR. 292/2012, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 18 DECEMBRIE 2012 Reclamant Primăria Municipiului Bacău	59
DOSAR NR. 563/32/2012 CURTEA DE APEL BACĂU, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA NR. 265/2012, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA DATA DE 29 NOIEMBRIE 2012 Reclamant Primăria Municipiului Bacău	62
DOSAR NR. 467/32/2012 CURTEA DE APEL BACĂU, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA NR. 237/2012, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 13 NOIEMBRIE 2012 Reclamant Primăria Municipiului Bacău	66
DOSAR NR. 441/32/2012 CURTEA DE APEL BACĂU, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA NR. 218/2012, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 30 OCTOMBRIE 2012 Reclamant Primăria Municipiului Bacău	70
DOSAR NR. 439/32/2012 CURTEA DE APEL BACĂU, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA CIVILĂ NR. 148/2012, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 07 SEPTEMBRIE 2012 Reclamant Primăria Municipiului Bacău	74
DOSAR NR. 440/32/2012 CURTEA DE APEL BACĂU, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA NR. 169/2012, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA DATA DE 21 SEPTEMBRIE 2012 Reclamant Primăria Municipiului Bacău	87

Bistrița Năsăud

DOSAR NR. 5106/112/2012
TRIBUNALUL BISTRIȚA-NĂȘĂUD, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 1861/2013, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 24 OCTOMBRIE 2013
Reclamant Consiliul Județean Bistrița-Năsăud 91

DOSAR NR. 6488/112/2012
TRIBUNALUL BISTRIȚA-NĂȘĂUD, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 342/2013
Reclamant Consiliul Județean Bistrița-Năsăud 99

DOSAR NR. 813/33/2012
CURTEA DE APEL CLUJ, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 938/2012, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 28 NOIEMBRIE 2012
Reclamant Consiliul Județean Bistrița-Năsăud 114

DOSAR NR.1488/33/2012
CURTEA DE APEL CLUJ, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚĂ NR. 866, ȘEDINȚA DIN DATA DE 12 NOIEMBRIE 2012
Reclamant Consiliul Județean Bistrița-Năsăud 120

DOSAR NR. 996/33/2012
CURTEA DE APEL CLUJ, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 552/2012, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 11 SEPTEMBRIE 2012
Reclamant Consiliul Județean Bistrița-Năsăud 128

Botoșani

DOSAR NR. 190/39/2013
CURTEA DE APEL SUCEAVA, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 259, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 1 OCTOMBRIE 2013
Reclamant Consiliul Județean Botoșani 132

DOSAR NR. 909/39/2012
TRIBUNALUL BOTOȘANI, SECȚIA A II A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 2591, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 11.07.2013
Reclamant Consiliul Județean Botoșani 143

DOSAR NR. 7137/40/2012
TRIBUNALUL BOTOȘANI, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 1558, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 26.04.2013
Reclamant Consiliul Județean Botoșani 148

DOSAR NR. 369/39/2013
CURTEA DE APEL SUCEAVA, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 294, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 11 NOIEMBRIE 2013
Reclamant Primăria Municipiului Botoșani 160

Neamț

DOSAR NR. 647/32/2012 CURTEA DE APEL BACĂU, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA NR. 1/2013, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 04 IANUARIE 2013 Reclamant Consiliul Județean Neamț	172
---	-----

Sibiu

DOSAR NR. 198/57/2013 CURTEA DE APEL ALBA IULIA, SECȚIA DE CONTENCIOS, ADMINISTRATIV SI FISCAL SENTINȚA NR. 168/2013, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 04 IUNIE 2013 Reclamant Consiliul Județean Sibiu	189
---	-----

DOSAR NR. 6715/85/2012 TRIBUNALUL SIBIU, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA NR. 980/CA, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 29 MARTIE 2013 Reclamant Consiliul Județean Sibiu	193
--	-----

Timiș

DOSAR NR. 115/59/2013 TRIBUNALUL TIMIȘ, SECȚIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV SI FISCAL SENTINȚA NR. 1196/P1/CA/2014, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 28 FEBRUARIE 2014 Reclamant Consiliul Județean Timiș	206
--	-----

Programul Operațional Regional

Alba

DOSAR NR. 10786/107/2012 CURTEA DE APEL ALBA IULIA, SECȚIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV SI FISCAL DECIZIE NR. 6584/2013, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 11 IUNIE 2013 Reclamant Primăria Municipiului Alba Iulia	215
---	-----

Arad

DOSAR NR. 1288/59/2012* TRIBUNALUL ARAD, SECȚIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA CIVILĂ NR. 6402, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 25 NOIEMBRIE 2013 Reclamant Primăria Municipiului Arad	222
---	-----

DOSAR NR. 923/59/2012 CURTEA DE APEL TIMIȘOARA, SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA CIVILĂ NR. 279, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 22 MAI 2013 Reclamant Primăria Municipiului Arad	228
--	-----

Argeş

DOSAR NR. 53/46/2010
TRIBUNALUL ARGEŞ, SECȚIA CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 1381, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 20 DECEMBRIE 2011
Reclamantul Consiliul Județean Argeş 240

DOSAR NR. 660/46/2010
TRIBUNALUL ARGEŞ, SECȚIA CIVILĂ, CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 1236, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 28 NOIEMBRIE 2011
Reclamantul Consiliul Județean Argeş 243

DOSAR NR. 22820/109/2012
CURTEA DE APEL PITEȘTI, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 31/F, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 12 FEBRUARIE 2014
Reclamant Primăria Municipiului Pitești 246

Bacău

DOSAR NR. 390/32/2012
CURTEA DE APEL BACĂU, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 200/2012
ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 16 OCTOMBRIE 2012
Reclamant Consiliul Județean Bacău 250

DOSAR NR. 391/32/2012
CURTEA DE APEL BACĂU, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 195/2012, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 12 OCTOMBRIE 2012
Reclamant Consiliul Județean Bacău 257

DOSAR NR. 748/32/2011
CURTEA DE APEL BACĂU, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 35/2012, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 16 FEBRUARIE 2012
Reclamant Consiliul Județean Bacău 265

DOSAR NR. 824/32/2012*
TRIBUNALUL BACĂU, SECȚIA A II-A CIVILĂ ȘI DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 274/2014, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 12 FEBRUARIE 2014
Reclamant Primăria Municipiului Bacău 272

DOSAR NR. 696/32/2011
ÎNALTA CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE, SECȚIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIA NR. 6831, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 22 OCTOMBRIE 2013
Reclamant Primăria Municipiului Bacău 279

Bihor

DOSAR NR.194/35/2013
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI, SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 3522, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 13.11.2013
Reclamant Consiliul Județean Bihor 283

DOSAR NR. 119/35/2013
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI, SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 3881, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 06.12.2013
Reclamant Consiliul Județean Bihor 289

DOSAR NR. 404/35/CA/2013
CURTEA DE APEL ORADEA, SECȚIA A-II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 41/CA/2014, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 3 MARTIE 2014
Reclamant Primăria Municipiului Oradea 303

DOSAR NR. 6894/111/CA/2012
CURTEA DE APEL ORADEA, SECȚIA COMERCIALĂ ȘI DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIA NR. 3700/CA/2013 - R, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 16 OCTOMBRIE 2013
Reclamant Primăria Municipiului Oradea 311

Bistrița Năsăud

DOSAR NR. 1506/33/2013
CURTEA DE APEL CLUJ, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 121/2014, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 26 MARTIE 2014
Reclamant Consiliul Județean Bistrița-Năsăud 334

DOSAR NR. 1175/33/2012
CURTEA DE APEL CLUJ, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 849/2012, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 08 NOIEMBRIE 2012
Reclamant Consiliul Județean Bistrița-Năsăud 338

Botoșani

DOSAR NR. 2098/40/2013
CURTEA DE APEL SUCEAVA, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 43, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 3 MARTIE 2014
Reclamant Consiliul Județean Botoșani 342

DOSAR NR. 527/39/2013
CURTEA DE APEL SUCEAVA, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 229, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 18 SEPTEMBRIE 2013
Reclamant Consiliul Județean Botoșani 350

DOSAR NR. 5996/40/2012
CURTEA DE APEL SUCEAVA, SECȚIA A II - A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR.145, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 22 APRILIE 2013
Reclamant Consiliul Județean Botoșani 358

DOSAR NR. 1024/39/2012
CURTEA DE APEL SUCEAVA, SECȚIA A II-A CIVILĂ DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 182, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 4 IUNIE 2013
Reclamant Primăria Municipiului Botoșani 375

DOSAR NR. 11/39/2012
CURTEA DE APEL SUCEAVA, SECȚIA A II - A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 121, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 28 MARTIE 2012
Reclamant Primăria Municipiului Botoșani 387

Brăila

DOSAR NR. 1077/44/2011
CURTEA DE APEL GALAȚI, SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 40/2012, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 24 IANUARIE 2012
Reclamant Consiliul Județean Brăila 398

Buzău

DOSAR NR. 6496/2/2013
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI, SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 536, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 17.02.2014
Reclamant Consiliul Județean Buzău 406

DOSAR NR. 5648/2/2013
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI, SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 3102, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 16.10.2013
Reclamant Consiliul Județean Buzău 416

Caraș Severin

DOSAR NR. 1167/59/2013
CURTEA DE APEL TIMIȘOARA, SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 8, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 20 IANUARIE 2014
Reclamant Consiliul Județean Caraș-Severin 422

Călărași

DOSAR NR. 2237/2/2012
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI, SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 712, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 15.02.2013
Reclamant Consiliul Județean Călărași 437

DOSAR NR. 2240/2/2012
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI, SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 342, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 25.01.2013
Reclamant Consiliul Județean Călărași 456

Covasna

DOSAR NR. 461/64/2012
CURTEA DE APEL BRAȘOV, SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR.18/F, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 06 FEBRUARIE 2013
Reclamant Consiliul Județean Covasna 476

DOSAR NR. 510/64/2012
CURTEA DE APEL BRAȘOV, SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 278/F, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 07 DECEMBRIE 2012
Reclamant Consiliul Județean Covasna 483

DOSAR NR. 2392/119/2012*
TRIBUNALUL COVASNA
SENTINȚA CIVILĂ NR.2572, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 25 OCTOMBRIE 2013
Reclamant Primăria Municipiului Sfântu Gheorghe 498

DOSAR NR. 165/64/2012
CURTEA DE APEL BRAȘOV, SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 132/2012, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 06 IUNIE 2012
Reclamant Primăria Municipiului Sfântu Gheorghe 508

Dâmbovița

DOSAR NR. 4814/2/2013
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI, SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 3495, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 12 NOIEMBRIE 2013
Reclamant Consiliul Județean Dâmbovița 515

DOSAR NR. 3615/2/2013
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI, SECȚIA A VIII-A CONTECIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 2690, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA DATA DE 20.09.2013
Reclamant Consiliul Județean Dâmbovița 524

DOSAR NR. 9203/2/2012
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI, SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR.1333, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 16.04.2013
Reclamant Consiliul Județean Dâmbovița 545

DOSAR NR. 520/42/2012
CURTEA DE APEL PLOIEȘTI, SECȚIA A II-A CIVILĂ ȘI DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 395, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 07 NOIEMBRIE 2012
Reclamant Primăria Municipiului Târgoviște 565

Dolj

DOSAR NR. 962/54/2013
CURTEA DE APEL CRAIOVA, SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV SI FISCAL
SENTINȚA NR. 13/2014, ȘEDINȚA DE LA 20 IANUARIE 2014
Reclamant Consiliul Județean Dolj 573

Harghita

DOSAR NR. 352/43/2012
CURTEA DE APEL TÂRGU MUREȘ, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 265, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 6 IUNIE 2013
Reclamant Consiliul Județean Harghita 578

DOSARUL NR. 3503/96/2012
TRIBUNALUL HARGHITA, SECȚIA CIVILA, CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 4249, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 14 NOIEMBRIE 2012
Reclamant Primăria Municipiului Miercurea Ciuc 585

DOSAR NR. 315/43/2013
CURTEA DE APEL TÂRGU MUREȘ, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 30, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 11 FEBRUARIE 2014
Reclamant Primăria Municipiului Miercurea Ciuc 587

Hunedoara

DOSAR NR. 5007/2/2013
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI, SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 3693, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 25.11.2013
Reclamant Primăria Municipiului Deva 596

DOSAR NR. 2329/2/2013
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI, SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 3422, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 06.11.2013
Reclamant Primăria Municipiului Deva 605

Iași

DOSAR NR. 10497/99/2012
CURTEA DE APEL IAȘI, SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIE NR. 4780/2013, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 04 DECEMBRIE 2013
Intimat Consiliul Județean Iași 609

Mureș

DOSAR NR. 6/43/2013
CURTEA DE APEL TÂRGU MUREȘ, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 348, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 17 OCTOMBRIE 2013
Reclamant Primăria Municipiului Târgu Mureș 614

DOSAR NR. 580/43/2012
CURTEA DE APEL TÂRGU MUREȘ, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 195, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 26 MARTIE 2013
Reclamant Primăria Municipiului Târgu Mureș 619

Neamț

DOSAR NR. 815/32/2012
TRIBUNALUL NEAMȚ, SECȚIA A II A CIVILA, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 332/CA, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 15.10.2013
Reclamant Consiliul Județean Neamț 627

DOSAR NR 624/32/2012
TRIBUNALUL NEAMȚ, SECȚIA A II A CIVILA, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 1583/CF, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 07.10.2013
Reclamant Consiliul Județean Neamț 630

DOSAR NR. 248/32/2012
CURTEA DE APEL BACĂU, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIA CIVILĂ NR. 2870/2013, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 06 SEPTEMBRIE 2013
Reclamant Primăria Municipiului Piatra Neamț 635

DOSAR NR. 247/32/2012
CURTEA DE APEL BACĂU, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIE NR. 2788/2013, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 06 AUGUST 2013
Reclamant Primăria Municipiului Piatra Neamț 639

DOSAR NR. 221/32/2012*
CURTEA DE APEL BACĂU, SECȚIA A-II-A CIVILĂ, DE CONTECIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIA NR. 2695/2013, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 27 IUNIE 2013
Reclamant Primăria Municipiului Piatra Neamț 642

Olt

DOSAR NR. 1162/54/2012
CURTEA DE APEL CRAIOVA, SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIE NR. 236/2014, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 15 IANUARIE 2014
Intimata pârâtă Consiliul Județean Olt 645

DOSAR NR. 1212/54/2012*
CURTEA DE APEL CRAIOVA, SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIE NR. 941/2014, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 06 FEBRUARIE 2014
Reclamant Consiliul Județean Olt 653

DOSAR NR. 1335/54/2012
CURTEA DE APEL CRAIOVA, SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIE NR. 19223/2013, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 12 DECEMBRIE 2013
Reclamant Consiliul Județean Olt 662

DOSAR NR. 1412/54/2012
CURTEA DE APEL CRAIOVA, SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIE NR. 17933/2013, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 27 NOIEMBRIE 2013
Reclamant Consiliul Județean Olt 675

Prahova

DOSAR NR. 886/42/2012
CURTEA DE APEL PLOIEȘTI, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR.121, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 22 APRILIE 2013
Reclamant Consiliul Județean Prahova 681

Satu Mare

DOSAR NR. 656/35/2011
ÎNALTA CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL, DECIZIA NR. 7174, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 8 NOIEMBRIE 2013
Reclamant Consiliul Județean Satu-Mare 688

Sălaj

DOSAR NR. 1141/33/2013 CURTEA DE APEL CLUJ, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA CIVILĂ NR. 128, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 31 MARTIE 2014 Reclamant Consiliul Județean Sălaj	695
DOSAR NR. 1283/33/2013 CURTEA DE APEL CLUJ, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA CIVILĂ NR. 89, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 03 MARTIE 2014 Reclamant Consiliul Județean Sălaj	710
DOSAR NR. 282/33/2013 CURTEA DE APEL CLUJ, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA CIVILĂ NR. 337/2013, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 27 MAI 2013 Reclamant Consiliul Județean Sălaj	724
DOSAR NR. 700/33/2013 CURTEA DE APEL CLUJ, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA CIVILĂ NR. 497/2013, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 10 OCTOMBRIE 2013 Reclamant Consiliul Județean Sălaj	736
DOSAR NR. 624/33/2013 CURTEA DE APEL CLUJ, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA CIVILĂ NR. 449/2013, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 18 SEPTEMBRIE 2013 Reclamant Consiliul Județean Sălaj	745
DOSAR NR. 607/33/2012 CURTEA DE APEL CLUJ, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA CIVILĂ NR. 488/2012, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 04 IULIE 2012 Reclamant Consiliul Județean Sălaj	750
DOSAR NR. 161/33/2013 CURTEA DE APEL CLUJ, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA CIVILĂ NR. 436, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 10 SEPTEMBRIE 2013 Reclamant Primăria Municipiului Zalău	769
DOSAR NR. 469/33/2013 CURTEA DE APEL CLUJ, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA CIVILĂ NR. 353/2013, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 3 IUNIE 2013 Reclamant Primăria Municipiului Zalău	776
DOSAR NR. 1172/33/2013 CURTEA DE APEL CLUJ, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA CIVILĂ NR. 91, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 03 MARTIE 2014 Reclamant Primăria Municipiului Zalău	795

Sibiu

DOSAR NR. 118/57/2012 TRIBUNALUL SIBIU, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA NR. 4142/CA, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 07 OCTOMBRIE 2013 Reclamant Consiliul Județean Sibiu	808
DOSAR NR. 404/57/2013 CURTEA DE APEL ALBA IULIA, SECȚIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA NR. 198/2013, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 26 IUNIE 2013 Reclamant Consiliul Județean Sibiu	811
DOSAR NR. 745/57/2013 CURTEA DE APEL ALBA IULIA, SECȚIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV SI FISCAL SENTINȚA NR. 48/2014, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 18 FEBRUARIE 2014 Reclamant Consiliul Județean Sibiu	818
DOSAR NR. 848/57/2012 CURTEA DE APEL ALBA IULIA, SECȚIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA NR. 68/2013, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 19 FEBRUARIE 2013 Reclamant Consiliul Județean Sibiu	822
DOSAR NR. 897/57/2013 CURTEA DE APEL ALBA IULIA, SECȚIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV SI FISCAL SENTINȚA NR. 26/2014, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 05 FEBRUARIE 2014 Reclamant Consiliul Județean Sibiu	831
DOSAR NR. 8852/85/2012 TRIBUNALUL SIBIU, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA NR. 4688/2013, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 19 NOIEMBRIE 2013 Reclamant Consiliul Județean Sibiu	835
DOSAR NR. 8851/85/2012 TRIBUNALUL SIBIU, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA NR. 3139/CA, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 21 IUNIE 2013 Reclamant Consiliul Județean Sibiu	839
DOSAR NR. 6202/2/2013 CURTEA DE APEL BUCUREȘTI, SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL SENTINȚA CIVILĂ NR. 4157, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 20.12.2013 Reclamant Primăria Municipiului Sibiu	841

Suceava

DOSAR NR. 734/39/2012* CURTEA DE APEL SUCEAVA, SECȚIA A II -A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL DECIZIA NR. 6604, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 11 SEPTEMBRIE 2013 Reclamant Consiliul Județean Suceava	859
--	-----

DOSAR NR. 737/39/2012*	
CURTEA DE APEL SUCEAVA, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL	
DECIZIA NR. 7297, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 1 OCTOMBRIE 2013	
Reclamant Consiliul Județean Suceava	866
DOSAR NR. 732/39/2012	
CURTEA DE APEL SUCEAVA, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL	
DECIZIA NR. 2393, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 03 MARTIE 2014	
Reclamant Consiliul Județean Suceava	870
DOSAR NR. 733/39/2012*	
CURTEA DE APEL SUCEAVA, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL	
DECIZIA NR. 9203, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 06 NOIEMBRIE 2013	
Reclamant Consiliul Județean Suceava	876
DOSAR NR. 735/39/2012	
CURTEA DE APEL SUCEAVA, SECȚIA A II -A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL	
DECIZIA NR. 8547, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 30 OCTOMBRIE 2013	
Reclamant Consiliul Județean Suceava	889
DOSAR NR. 736/39/2012*	
CURTEA DE APEL SUCEAVA, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL	
DECIZIA NR. 4192, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 15 MAI 2013	
Intimat Consiliul Județean Suceava	898
DOSAR NR. 738/39/2012*	
CURTEA DE APEL SUCEAVA, SECȚIA A II A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL	
DECIZIA NR.2290, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 19 MARTIE 2013	
Intimat Consiliul Județean Suceava	905
DOSAR NR. 736/39/2012	
TRIBUNALUL SUCEAVA, SECȚIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL	
SENTINȚA NR. 235, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 17 IANUARIE 2013	
Reclamant Consiliul Județean Suceava	911
DOSAR NR. 738/39/2012	
TRIBUNALUL SUCEAVA, SECȚIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL	
SENTINȚA NR. 6659, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 19 NOIEMBRIE 2012	
Reclamant Consiliul Județean Suceava	917
Teleorman	
DOSAR NR. 7067/2/2013	
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI, SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL	
SENTINȚA CIVILĂ NR. 638, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 25 FEBRUARIE 2014	
Reclamant Primăria Municipiului Alexandria	921
DOSAR NR. 7068/2/2013	
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI, SECȚIA A VIII-A DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL	
SENTINȚA CIVILĂ NR. 4044, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 16.12.2013	
Reclamant Primăria Municipiului Alexandria	924

DOSAR NR. 7066/2/2013
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI, SECȚIA A VIII-A DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 643, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 25.02.2014
Reclamant Primăria Municipiului Alexandria 925

Timiș

DOSAR NR.1857/59/2011
ÎNALTA CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE, SECȚIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIA NR. 4985, ȘEDINȚA PUBLICA DE LA 23 NOIEMBRIE 2012
Reclamant Consiliul Județean Timiș 928

Tulcea

DOSAR NR. 774/36/2013
CURTEA DE APEL CONSTANȚA, SECȚIA A II-A CIVILA, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR.12/CA, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 15 IANUARIE 2014
Reclamant Consiliul Județean Tulcea 934

DOSAR NR. 771/36/2013
CURTEA DE APEL CONSTANȚA, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 381/CA, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 09 DECEMBRIE 2013
Reclamant Consiliul Județean Tulcea 940

Vaslui

DOSAR NR. 952/45/2012
CURTEA DE APEL IAȘI, SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 66/2013
Reclamant Primăria Municipiului Vaslui 947

Vâlcea

DOSAR NR. 4595/2/2013
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI, SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 3900, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 06.12.2013
Reclamant Consiliul Județean Vâlcea 958

DOSAR NR. 1207/46/2013
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI, SECȚIA A VIII A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 2508, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 10 SEPTEMBRIE 2013
Reclamant Consiliul Județean Vâlcea 968

Vrancea

DOSAR NR. 3796/91/2012
TRIBUNALUL VRANCEA, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINTA CIVILĂ NR. 4092/2012, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 29 NOIEMBRIE 2012
Reclamant Consiliul Județean Vrancea 975

Programul Operațional Dezvoltarea Capacității Administrative

Cluj

DOSAR NR. 1335/33/2012
CURTEA DE APEL CLUJ, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 835/2012, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 06 NOIEMBRIE 2012
Reclamant Consiliul Județean Cluj 981

Covasna

DOSAR NR. 11/64/2013
CURTEA DE APEL BRAȘOV, SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 80/R, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 12 APRILIE 2013
Reclamant Consiliul Județean Covasna 988

DOSAR NR. 12/64/2013
CURTEA DE APEL BRAȘOV, SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 78/F, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 11 APRILIE 2013
Reclamant Consiliul Județean Covasna 1000

DOSAR NR. 13/64/2013
CURTEA DE APEL BRAȘOV, SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 48/F/2013, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 6 MARTIE 2013
Reclamant Consiliul Județean Covasna 1012

DOSAR NR. 463/624/2013
CURTEA DE APEL BRAȘOV, SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR.9/F, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 03 FEBRUARIE 2014
Reclamant Consiliul Județean Covasna 1017

Dâmbovița

DOSAR NR. 5518/2/2013
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI, SECȚIA A VIII-A CONTECIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 334, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA DATA DE 01.10.2013
Reclamant Consiliul Județean Dâmbovița 1022

Giurgiu

DOSAR NR. 1132/122/2013
TRIBUNALUL GIURGIU, SECȚIA CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINTA CIVILĂ NR. 634/CAF/2013, ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 30 OCTOMBRIE 2013
Reclamant Consiliul Județean Giurgiu 1030

Mureș

DOSAR NR. 290/43/2013
CURTEA DE APEL TÂRGU MUREȘ, SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 14/2014, ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 23 IANUARIE 2014
Reclamant Primăria Municipiului Târgu Mureș 1044

Abrevieri și Acronime

ADR - Agenția de Dezvoltare Regională

AM - Autoritatea de Management

ANRMAP - Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice

AP - Axa prioritară

BS - Buget de stat

CE . Comisia Europeană

CJ - Consiliu Județean

CNSC - Consiliul Național pentru Soluționarea Contestațiilor

COCOF - Comitetul de Coordonare al Fondurilor

CP - Contribuție proprie

CR - Cerere de rambursare

DJ/DN - Drum județean/Drum național

DLAF - Departamentul de Luptă Antifraudă

DMI - Domeniul major de intervenție

DNA - Direcția Națională Anticorupție

FEDR - Fondul European de Dezvoltare Regională

HG - Hotărâre de Guvern

JOUE - Jurnalul Oficial al Uniunii Europene

MDRT/MDRAP - Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului/Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice

MMP - Ministerul Mediului și Pădurilor

OI - Organism Intermediar

OLAF - Oficiul de Luptă Antifraudă

OUG - Ordonanță de Urgență a Guvernului

PODCA - Programul Operațional Dezvoltarea Capacității Administrative

POR - Programul Operațional Regional

POSCCE - Programul Operațional Sectorial Creșterea Competitivității Economice

POSDRU - Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane

POS Mediu - Programul Operațional Sectorial Mediu

SEAP - Sistemul Electronic de Achiziții Publice

TVA - Taxa pe valoarea adăugată

UAT - Unitatea Administrativ Teritorială

UCVAP - Unitatea de Coordonare și Verificare a Achizițiilor Publice

UE - Uniunea Europeană

Nereguli, corupție sau incapacitate instituțională? Despre cum au ajuns corecțiile financiare să greveze practica instanțelor din România

Autori: Elena Tudose, Conf. Univ. Dr. Tudor Pendiuc, Iuliu Ilyes

În prima ediție intitulată *Note de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare în proiectele cu finanțare din fonduri structurale* realizată în 2013 de Institutul pentru Politici Publice (IPP) și Țuca, Zbârcea și Asociații (TZA), avertizam asupra unui fenomen care avea să devină endemic în managementul proiectelor europene în România: la nivelul administrației publice locale, unul din două proiecte cu finanțare nerabursabilă din fonduri structurale face astăzi obiectul uneia sau mai multor *corecții financiare* - măsuri financiare constând în excluderea de la finanțarea din fonduri europene și/sau fonduri publice naționale a cheltuielilor pentru care a fost constatată o *neregulă*¹.

Deși nu există în prezent informații centralizate cu privire la valoarea totală a corecțiilor financiare aplicate în România, estimări prezentate public chiar de Ministrul Fondurilor Europene² vorbesc despre minim 1 miliard de euro, sumă imputată beneficiarilor de proiecte din fonduri structurale pentru presupuse nereguli în derularea procedurilor de achiziții publice în cadrul proiectelor derulate. Suma depășește astăzi 15% din valoarea totală a fondurilor rambursate României de Comisia Europeană³. Corecțiile financiare sunt aplicate intern, în urma controalelor efectuate de Autoritățile de Management, respectiv de către Comisia Europeană, în urma auditurilor efectuate. Pentru anul 2012, Comisia Europeană a aplicat României corecții în valoare de 139 de milioane de euro⁴. Conform unui document publicat de Comisia Europeană în decembrie 2013, rata corecțiilor orizontale aplicate României la finalul anului 2012 ar fi putut ajunge la 500 de milioane de euro în proiectele în curs de implementare, Guvernul României agreând să aplice corecții financiare înainte de a solicita sumele spre rambursare de la Comisie⁵.

Controversele asociate constatărilor de nereguli de către Autoritățile de Management, la recomandarea Autorității de Audit, soldate cu aplicarea masivă de corecții financiare proiectelor cu finanțare din fonduri europene au escaladat o dată cu publicarea primei analize a IPP care a indicat, pe baza notelor de constatare comunicate de către autoritățile locale, inconsistențe majore și o largă marjă de decizie arbitrară/neunitară în stabilirea cuantumului corecțiilor raportat la neregulile pentru care acestea au fost aplicate. Așa cum era de așteptat și cum avertizam încă din 2012⁶, aceste situații au condus la inițierea unui număr impresionant de procese în instanță care au ca obiect anularea notelor de constatare a neregulilor și de aplicare a corecțiilor financiare. Peste 60% din notele de constatare analizate de IPP în ediția precedentă aplicate în intervalul 2010 - 2012 se constituie în prezent în procese aflate în diferite etape pe rolul instanțelor din România și estimăm că numărul acestora va crește în perioada următoare, atât ca urmare a unor noi acte de constatare efectuate de Autoritățile de Management ulterioare perioadei de documentare, cât și prin extrapolarea la situațiile în care au fost aplicate corecții financiare în proiectele administrate de beneficiari privați, care nu fac obiectul acestei Culegeri.

1 Art. 2, alin. (1), lit. o) din OUG nr. 66/2011

2 <http://www.business24.ro/fonduri-europene/stiri-fonduri-europene/teodorovici-vrea-directie-speciala-pentru-corectii-financiare-in-cadrul-ministerului-1543818>

3 Conform informații privind Stadiul depunerii și aprobării de proiecte, semnării de contracte de finanțare și efectuării de plăți către beneficiari la data de 6 iunie 2014, publicată pe site-ul Ministerului Fondurilor Europene: http://www.fonduri-ue.ro/res/filepicker_users/cd25a597fd-62/rezultate/std_abs/Anexa.1.06.iunie.2014.cu.DLC.trimise.la.CE.si.plati.CE.pdf

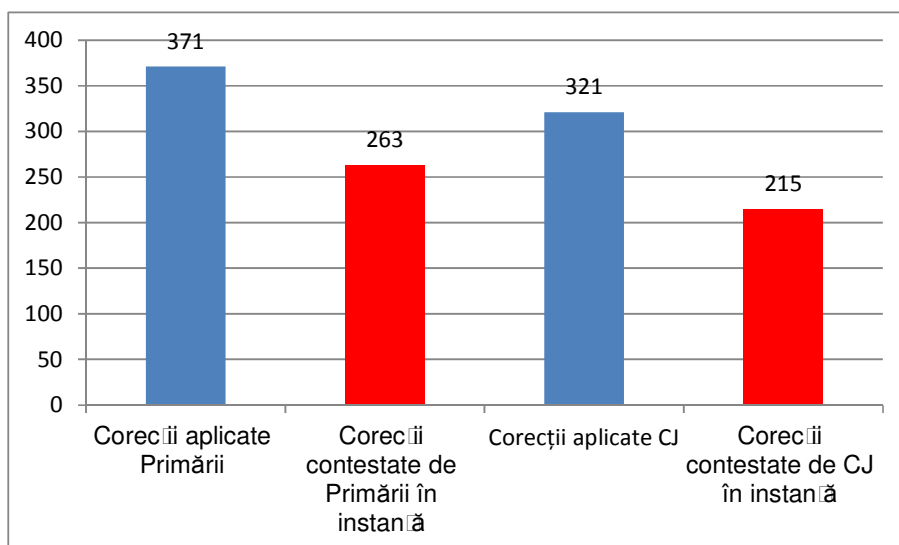
4 http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/cont/dv/swd_2013_404_2_/swd_2013_404_2_en.pdf

5 <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201312/20131213ATT76084/20131213ATT76084EN.pdf>

6 Cauzele blocajelor în implementarea proiectelor la nivelul administrației publice locale. Studiu de caz: achizițiile publice și corecțiile financiare, material prezentat cu ocazia conferinței naționale organizate de IPP, TZA și VMB Partners în 2012 - <http://www.ipp.ro/library/fse/Propunericorectiifinanciare.pdf>.

Conform datelor oficiale transmise de IPP la solicitările de informații de interes public adresate tuturor primăriilor municipiilor reședință de județ, Primăria Capitalei și primăriilor sectoarelor Municipiului București, respectiv tuturor Consiliilor Județene, la data de 18 aprilie 2014, numărul corecțiilor financiare aplicate în proiecte era de 371 în cazul primăriilor și 321 în cazul Consiliilor Județene. Corelativ, numărul acțiunilor în instanța inițiate pentru anularea notelor de constatare a neregulilor și de anulare a corecțiilor financiare era de 263 pentru primării (71% din corecțiile aplicate au fost contestate în instanță), respectiv 215 pentru Consilii Județene (67% din corecții contestate în instanță).

Situația corecțiilor financiare contestate în instanță de Primării/Consilii Județene



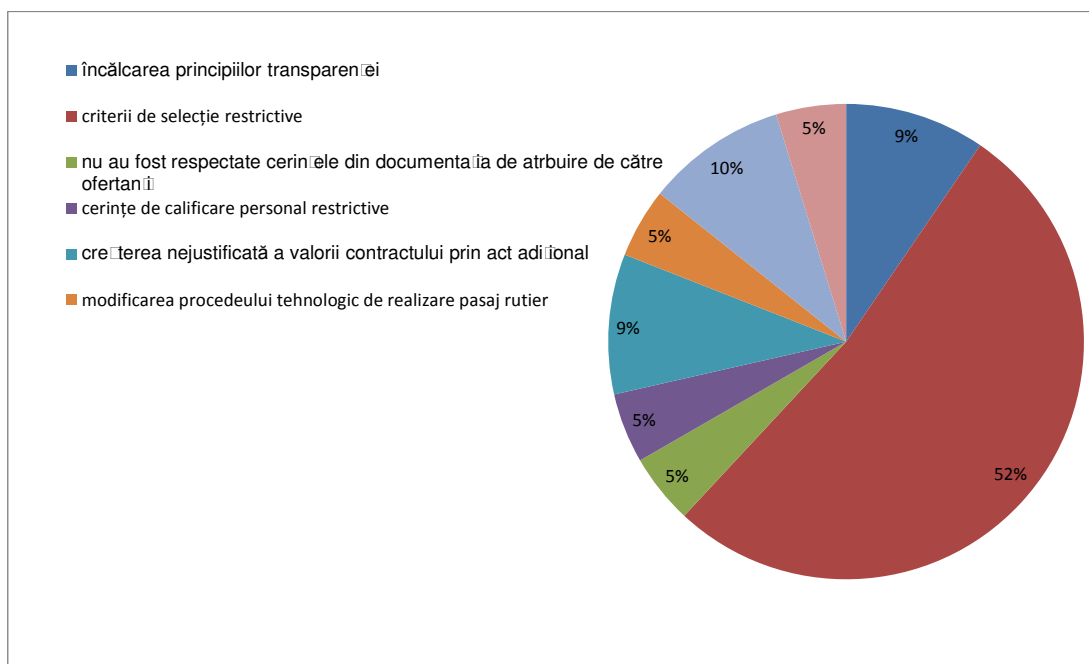
Valoarea totală a corecțiilor financiare aplicate autorităților cuprinse în eșantion a fost de 609.154.693 lei - aproximativ 137 milioane euro.

Potrivit informațiilor comunicate de autoritățile publice locale și verificate cu datele prezentate în portalul instanțelor de judecată⁷, la momentul redactării prezentei Culegeri doar 20 dintre procesele aflate pe rolul instanțelor (întregite în intervalul 2010 - 2012) - adică doar 7% - erau finalizate cu *decizii irevocabile ale instanței*, cele mai multe ale Curților de Apel (80%), dar și ale Înaltei Curți de Casație și Justiție (20%).

În ceea ce privește *obiectul* proceselor finalizate până la acest moment de instanțele de judecată, cele mai multe litigii au fost cele de contestare a notelor de constatare privind *criterii restrictive de selecție* menționate de autoritățile contractante în documentațiile de atribuire - analiza este consistentă cu concluziile cercetării din 2013, atunci când 56% din notele de constatare emise vizau *cerințe de calificare nelegale*.

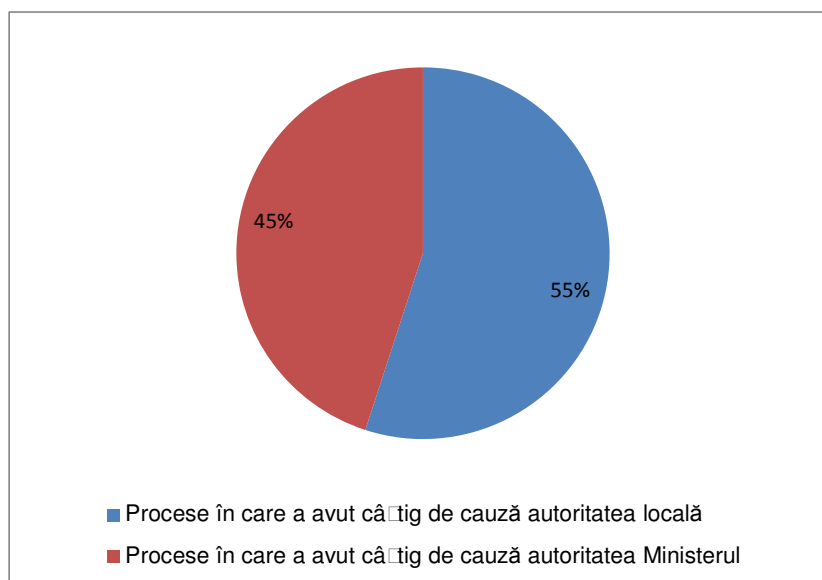
⁷ <http://portal.just.ro/SitePages/acasa.aspx>

Obiectul litigiilor finalizate cu decizii irevocabile în instanță



În 55% din procesele finalizate prin decizii irevocabile, instanțele dau câștig de cauză autorităților locale, în timp ce 45% dintre litigii sunt câștigate de Ministerele în subordinea cărora se află Autoritățile de Management.

Ponderea proceselor finalizate cu decizii definitive în favoarea autorității locale/Ministerului

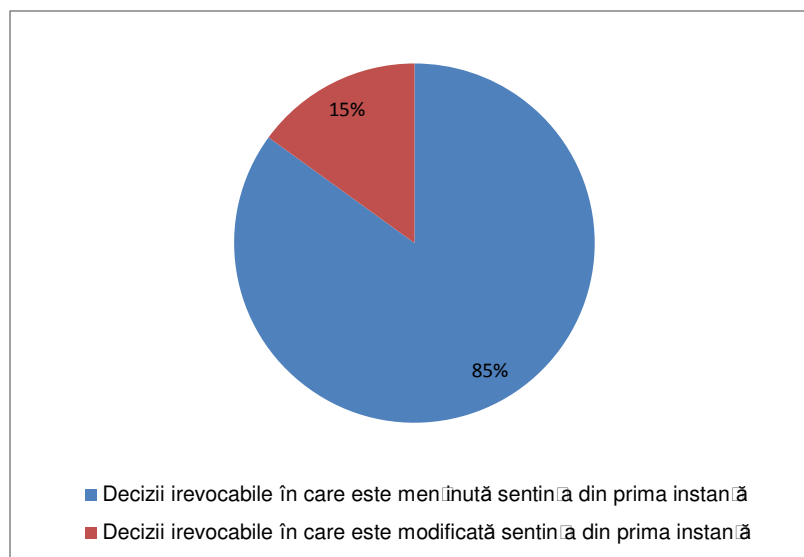


Corelând obiectul litigiului cu rezultatul final al procesului, până la acest moment autoritățile locale au avut câștig de cauză în spețele având ca obiect constatarea încălcării principiului transparenței, nerespectarea cerințelor din documentația de atribuire de către ofertanți, cerințele de calificare personal restrictive. În ceea ce privește procesele având ca obiect criterii de calificare restrictive, nici jurisprudența instanțelor nu indica un grad de uniformitate, la fel ca și în cazul notelor de

constatare administrative: 60% dintre procese sunt câștigate de autoritățile locale și 40% de autoritățile centrale. Procesele având ca obiect *majorarea contractelor prin acte adiționale*, la fel ca și cele care invocă *pagube iminente la bugetele locale prin stabilirea corecțiilor* au fost pierdute de autoritățile locale.

În ceea ce privește situația sentințelor date în primă instanță prin comparație cu deciziile irevocabile, în 85% din cazuri a doua instanță sesizată menține decizia primei instanțe, indiferent dacă aceasta admite contestația autorității locale sau dacă o respinge. În situațiile în care decizia modifică hotărârea primei instanțe, aceasta o face în favoarea Ministerului, însă numărul cauzelor este prea mic pentru a putea determina o regularitate în acest sens.

Situația deciziilor definitive în care este menținută/modificată hotărârea primei instanțe



Durata medie a proceselor având ca obiect anularea notelor de constatare a neregulilor și de aplicare a corecțiilor financiare până la formularea deciziei definitive și irevocabile a fost de 18 luni, cu variații între 7 luni (cel mai scurt proces) și 2 ani (cel mai lung).

În privința sumelor recuperate de autoritățile locale prin decizii definitive ale instanței, acestea nu pot fi determinate în cuantum la momentul elaborării analizei, însă este de reținut faptul că sumele recuperate nu sunt întotdeauna echivalente cu valoarea contestată a corecțiilor financiare ci de regulă mai mici (în anumite hotărâri, instanța decide explicit și returnarea TVAului către beneficiar, în altele nu).

Față de momentul la care Institutul pentru Politici Publice (IPP) atrăgea pentru prima oară atenția asupra fenomenului corecțiilor financiare (acum mai bine de 2 ani) și a nevoii de a reglementa din punct de vedere al coerenței legislative și mai ales a competențelor instituționale, rolul diferitelor autorități în ceea ce privește verificarea *ex ante* a procedurilor de achiziții publice, controlul *ex post* și determinarea situațiilor în care autoritățile contractate au comis nereguli clar dovedite prin actele de control, au survenit o serie de modificări în plan legislativ - prin adoptarea în iulie 2013 a *OUG nr. 14/2013 pentru reglementarea unor măsuri fiscal - bugetare - suportarea de la bugetul de stat a sumelor aferente corecțiilor financiare aplicare pentru abaterile de la conformitatea cu legislația din domeniul achizițiilor publice*.

Acest act normativ nu numai că nu a rezolvat, în opinia IPP, problemele majore generate de incoerența în practica autorităților de management de a aplica corecții financiare în proiectele gestionate de autoritățile locale, ci a creat un precedent profund discriminatoriu la adresa beneficiarilor privați de proiecte din fonduri structurale, încălcând principiul tratamentului egal, dar și în raport cu celelalte Programe Operaționale, prevederile OUG fiind aplicabile numai proiectelor cu finanțare din Programul Operațional Regional. În loc să soluționeze administrativ, funcțional și juridic problema aplicării neunitare de corecții financiare - prin uniformizarea practicii la nivelul Autorităților de Management, responsabilizarea Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice (ANRMAP) și consolidarea unui sistem coerent de control în achiziții publice - Guvernul a ales să exercite un act de clemență populistă pe bani publici, întrucât suportarea corecțiilor financiare se face din fonduri de la Bugetul de Stat, adică tot din banii contribuabilului. O asemenea măsură nu este de natură să aducă lumină în chestiunea corecțiilor financiare ci, dimpotrivă, creează premisele unor probleme și mai mari în aplicarea legislației, dă un semnal negativ în privința capacității instanțelor de a soluționa de o manieră corectă litigiile pe rol și în esență nu rezolvă problema de fond a criteriilor ambigue pentru care au fost aplicate corecțiile financiare și/sau a lipsei de pregătire a controlorilor financiari din proiectele europene.

Nici din punct de vedere instituțional problema corecțiilor financiare nu este soluționată: deși Ministrul Fondurilor Europene anunța încă de anul trecut crearea unei Direcții la nivelul Ministerului care se va ocupa exclusiv de corecții financiare, respectiv a unui registru unic al corecțiilor, în prezent aceste măsuri au rămas doar la stadiu de declarații. La fel și situația inițierii unui dialog cu Comisia Europeană pe marginea corecțiilor orizontale impuse până la acest moment, pe care România le-a acceptat cu ușurință prin comparație cu alte state care au negociat sau chiar au contestat la Curtea Europeană de Justiție deciziile Comisiei de a impune corecții financiare.

Este regretabil faptul că o asemenea stare de lucruri persistă încă în România în timp ce ne aflăm în plin proces de finalizare a documentelor de programare pentru exercițiul financiar 2014 - 2020, fără perspectiva concretă a soluționării problemelor semnalate în viitorul apropiat. Culegerea de față se dorește a fi în egală măsură (din nou) un semnal de alarmă privind nevoia de reglementare/sistematizare legislativă și instituțională în acest domeniu, dar și un instrument practic de lucru pentru autoritățile publice și practicienii din domeniul juridic - avocați și magistrați - care se confruntă în prezent cu litigii pe rol privind corecții financiare.

Considerații asupra litigiilor ce au ca obiect anularea corecțiilor financiare

Autori: Cristina Ana, Anuța Pop

Precizări preliminare

Dacă în 2013 Țuca Zbârcea & Asociații, împreună cu Institutul pentru Politici Publice și Asociația Municipiilor din România, a publicat prima culegere de spețe **Note de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare**, ne-am propus ca anul acesta, având un număr de 130 de hotărâri ale instanțelor de judecată, să publicăm a doua culegere de spețe în domeniul corecțiilor financiare stabilite în proiecte finanțate din fonduri europene, de această dată culegerea fiind compusă din hotărâri definitive și nedefinitive ale instanțelor de judecată în ce privește cererile de anulare a proceselor-verbale/notelor de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare (creanțe bugetare) formulate de către beneficiarii finanțării în instanțele de judecată.

Împreună cu partenerii noștri de la Institutul pentru Politici Publice am dorit ca prin prezenta culegere să oferim un instrument de lucru în folosul autorităților publice centrale și locale, a judecătorilor și celorlalți practicieni în domeniul fondurilor europene, instrument ce sperăm să umple într-un mod bine-venit și util golul din jurisprudență în ce privește practica instanțelor referitoare la corecțiile financiare.

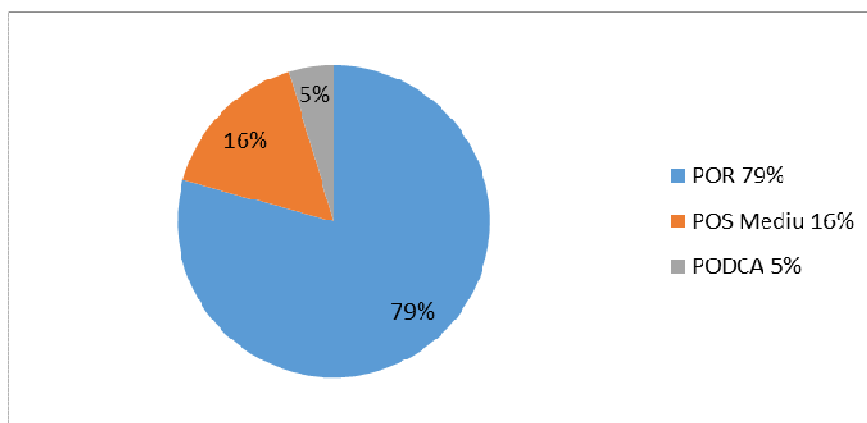
Culegerea redă cu fidelitate conținutul hotărârilor instanțelor în litigii referitoare la corecții financiare stabilite în urma adoptării unor procese-verbale/note de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare (creanțe bugetare), și vine să explice cu spețe concrete ce înseamnă, atât în opinia autorităților centrale, cât și a instanțelor de judecată, *corecție financiară*, pentru ce au fost aplicate corecțiile financiare și care sunt consecințele financiare. Spețele culese de la autoritățile publice locale, și editate de către colegii noștri de la IPP, ce vizau alte creanțe bugetare stabilite în sarcina autorităților publice locale decât cele stabilite în urma unor procese-verbale/note de constatare a neregulilor, au fost eliminate din prezenta culegere.

Toate hotărârile instanțelor intrate în posesia noastră au permis realizarea unei baze de date din care au putut fi extrase datele statistice (graficele) din material. În completarea documentelor furnizate de autoritățile locale către IPP, ne-am folosit și de informațiile oficiale disponibile pe site-ul oficial al instanțelor de judecată⁸.

Distribuția hotărârilor judecătorești ce fac subiectul cercetării și care sunt incluse în prezenta culegere, în funcție de programul operațional sectorial este următoarea:

⁸ <http://portal.just.ro/SitePages/acasa.aspx>

Fig.1 Distribuția litigiilor pe programe operaționale



În conformitate cu articolul 9 alineatele (2) și (5) din Regulamentul (CE) nr. 1083/2006, operațiunile care fac obiectul unei finanțări din fonduri europene trebuie să respecte prevederile tratatului și ale legislației adoptate în temeiul acestuia, precum și politicile comunitare, inclusiv cele privind atribuirea de contracte de achiziții publice. În art. 98 este stipulat faptul că „statele membre efectuează corecțiile financiare cerute în legătură cu abaterile individuale sau sistemice” detectate. „Corecțiile constau în eliminarea totală sau parțială a participării comunitare”. În cazul în care se descoperă abateri sistemice sau repetate în aplicarea normelor referitoare la contractele de achiziții publice, se pot aplica corecții financiare forfetare⁹ sau prin extrapolare (în sensul articolului 4 din Regulamentul nr. 448/2001 sau al articolului 99 din Regulamentul (CE) nr. 1083/2006) tuturor operațiunilor și/sau programelor afectate de către abateri.

Unele autorități de management au elaborat recomandări (ghiduri) prin care detaliază care sunt situațiile în care se poate lua măsura aplicării de corecții financiare pentru ca, pe viitor, beneficiarii de fonduri europene să poată să le evite. Autoritățile de management care au elaborat astfel de ghiduri/recomandări sunt: AMPOSCCE¹⁰, AMPOSDRU¹¹, AMPOSMediu¹², AMPOR (instrucțiuni¹³ cu referire la corecții financiare). Toate aceste recomandări ale autorităților de management au la bază Ghidul COCOF¹⁴ referitor la corecțiile financiare în domeniul achizițiilor publice, ghid ale cărui prevederi se află la baza OUG 66 / 2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

Cu toate acestea, așa cum am arătat în culegerea de spețe publicată în 2013 *Note de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare*, practica autorităților de management în ce privește elaborarea de procese-verbale de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare este neunitară. Prezenta culegere arată că, în mod regretabil, și practica instanțelor de judecată în materie de corecții financiare este cel puțin la fel de neunitară, aceasta fiind, de altfel, o critică generală și îndelungată la adresa instanțelor judecătorești, care se regăsește cvasi-

9 În cazul MDRAP, spre exemplu, suma corecțiilor financiare aplicate însumează aproximativ 5%. Dar, există riscul să nu fi fost identificate toate abaterile, iar în cazul în care vor fi detectate ulterior de CE nu vor mai putea fi înlocuite cu alte cheltuieli

10 http://www.fonduri-structurale.ro/Document_Files/Stiri/00006322/9wubf_Nereguli%20achizitii%20publice.doc.doc

11 http://www.general-files.com/download/g55719dc27h32i0/7_POSDRU_Ghid_corectii_achizitii_publice.pdf.html

12 *Recomandari evitare corectii financiare.pdf* <http://www.posmediu.ro/home>

13 <http://por.adroltenia.ro/index.php>

14 <http://ebookbrowse.com/3-ghid-cocof-referitor-la-corectiile-financiare-in-domeniul-achizitiilor-publice-pdf-d383923985>

permanent în toate rapoartele Comisiei Europene în ce privește sistemul judiciar, aferente Mecanismului de Cooperare și Verificare.¹⁵

Astfel, din cele 130 de spețe ce fac obiectul acestei cercetări, publicate în prezenta culegere, 85% sunt hotărâri nedefinitive ale instanțelor judecătorești, iar 15% sunt hotărâri definitive. Vom analiza, în cele ce urmează, care sunt etapele procesuale uzuale în contestarea/anularea unui proces-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare/creanțelor bugetare și condițiile ce trebuie îndeplinite pentru suspendarea titlului de creanță (corecția financiară); probleme de practică neunitară în ce privește competența materială a instanțelor de judecată în materia fondurilor europene; soluționarea excepției procedurale a neretroactivității OUG 66/2011¹⁶; admiterea excepției lipsei calității procesuale pasive, și invocarea de către instanță a lipsei calității procesuale active; și renunțarea la judecată (în baza OG 14/2013¹⁷).

Etape procesuale în contestarea unui titlu de creanță constând în procesul-verbal/nota de constatare a neregulilor și de aplicare a corecțiilor financiare. Suspendarea titlului de creanță

Un litigiu administrativ privind anularea unui act administrativ constând într-o notă de constatare a neregulilor și de aplicare a corecțiilor comportă mai multe etape procesuale.

În primul rând, împotriva titlului de creanță trebuie formulată o contestație pe cale administrativă, prin care organului emitent al actului administrativ i se solicită revocarea acestuia. Contestația administrativă va fi formulată în termen de 30 zile de la comunicarea titlului de creanță. Important de menționat este faptul că formularea acestei contestații nu suspendă obligația de plată a corecțiilor aplicate, astfel că autoritatea administrativă emitentă are posibilitatea de a obține executarea silită a titlului de creanță dacă beneficiarul finanțării nu o achită voluntar.

Autoritatea administrativă emitentă are obligația de a soluționa contestația administrativă în termen de 30 zile de la data depunerii sale, putând-o admite (în tot sau în parte) sau respinge. Decizia de respingere sau de admitere în parte pronunțată în soluționarea contestației și actul administrativ contestat (titlul de creanță) pot fi atacate în condițiile reglementate de Legea nr. 554/2004, cu acțiune în anulare în termen de 6 luni de la comunicarea deciziei privind soluționarea contestației administrative, ceea ce presupune și achitarea unei taxe de timbru în quantum fix.

Totuși, pentru a evita o executare silită a titlului de creanță, după formularea contestației administrative beneficiarul finanțării are posibilitatea de a solicita suspendarea executării acestuia, în condițiile art. 14 și art. 15 din Legea nr. 554/2004.

În concret, se poate solicita suspendarea titlului de creanță până la pronunțarea instanței de fond asupra acțiunii în anulare a acestuia. O particularitate a acestei suspendări întemeiate pe art. 14 din Legea nr. 554/2004 este că, dacă a fost obținută, aceasta încetează de drept și fără nicio formalitate dacă nu a fost formulată acțiunea în anulare a titlului de creanță în termen de 60 de zile de la comunicarea deciziei privind contestația administrativă prealabilă.

Pentru judecarea cererilor de suspendare este necesară plata unor taxe de timbru fixe și depunerea câte unei cauțiuni de până la 20% din suma contestată. Quantumul exact al acestei cauțiuni este stabilit de instanța investită cu soluționarea cererii de suspendare. Din experiența

¹⁵ http://ec.europa.eu/cvm/progress_reports_en.htm

¹⁶ OUG 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 461/2011, Partea I

¹⁷ OG nr. 14/2013 - reglementarea unor măsuri fiscal-bugetare - suportarea de la bugetul de stat a sumelor aferente corecțiilor financiare aplicate pentru abaterile de la conformitatea cu legislația din domeniul achizițiilor publice

Țuca Zbârcea și Asociații, acesta ajunge extrem de rar la pragul de 20%, cel mai adesea situându-se între 1 - 10%. Desigur, instanța va stabili cuantumul concret al cauțiunii în funcție de împrejurările concrete ale cauzei și, cel mai adesea, și în funcție de valoarea corecției financiare aplicate raportat la gravitatea neregulii pretins a fi fost săvârșită.

De asemenea, beneficiarul finanțării nerambursabile căruia i s-a aplicat o corecție financiară poate solicita suspendarea titlului de creanță și în temeiul art. 15 din Legea nr. 554/2004, până la soluționarea definitivă a cauzei. Cererea de suspendare se poate formula odată cu acțiunea principală în anularea titlului de creanță și a deciziei de soluționare a contestației administrative sau printr-o acțiune separată, până la soluționarea acțiunii în fond (moment până la care poate dura suspendarea obținută în temeiul art. 14 din Legea nr. 554/2004).

Pentru a justifica admiterea unei cereri de suspendare, beneficiarul trebuie să demonstreze existența unui caz bine justificat pentru a se dispune suspendarea (să demonstreze deci că aparența dreptului de a obține anularea titlului de creanță este de partea acestora, prin demonstrarea unei aparențe de nelegalitate a titlului de creanță) și că în lipsa dispunerii măsurii suspendării beneficiarul ar suferi o pagubă iminentă și gravă.

Chiar dacă instanța care soluționează cererea de suspendare nu face o verificare pe fond a legalității titlului de creanță (prerogativă care revine instanței investite cu soluționarea acțiunii în anulare), aceasta trebuie să poată aprecia că există o aparență de nelegalitate a acestuia și că există suficiente argumente care să poată justifica răsturnarea prezumției de legalitate inerente oricărui act administrativ.

De asemenea, pentru a decide că în absența suspendării beneficiarul ar încerca o pagubă iminentă, gravă și nejustificată, instanța trebuie să aibă la dispoziție anumite probe. Acestea pot consta în documente din care să rezulte că (a) dacă ar fi restituită creanța bugetară (suma aferentă corecției aplicate) beneficiarul nu ar mai avea cu ce să își plătească furnizorii (de exemplu), salariații, (b) nu ar mai putea să presteze activitatea propusă sau prestarea acesteia ar fi foarte îngreunată, sau nu ar mai putea finaliza proiectul, (c) beneficiarul nu are disponibilități bănești pentru executarea titlului de creanță.

În cazul unităților administrativ teritoriale beneficiare ale unor finanțări nerambursabile din fonduri europene este posibil ca executarea unui titlu de creanță prin recuperarea creanței bugetare să creeze o stare de criză financiară în sensul OUG nr. 46/2013 privind criza financiară și insolvența unităților administrativ-teritoriale și să determine chiar, *in extremis*, insolvența acestora. Posibilitatea concretizării unui astfel de scenariu ar putea fi invocată în susținerea existenței unui caz bine justificat pentru a obține suspendarea, însă afirmațiile trebuie dublate și de probe (înscrisuri).

Cererile de suspendare ce au format obiectul unora dintre hotărârile cuprinse în prezenta culegere au fost în marea lor majoritate respinse, reținându-se în principal că nu s-a dovedit o aparență de nelegalitate a titlului de creanță, dar reținându-se în subsidiar și că nu era îndeplinită nici condiția unei pagube iminente. Cu toate acestea, practica Țuca Zbârcea și Asociații cu privire la cererile de suspendare a notelor de constatare nereguli și aplicare corecții este în foarte mare parte favorabilă obținerii suspendării titlurilor executorii. În orice caz, însă, analiza întrunirii condițiilor sus-enunțate este subsumată circumstanțelor concrete ale cauzei.

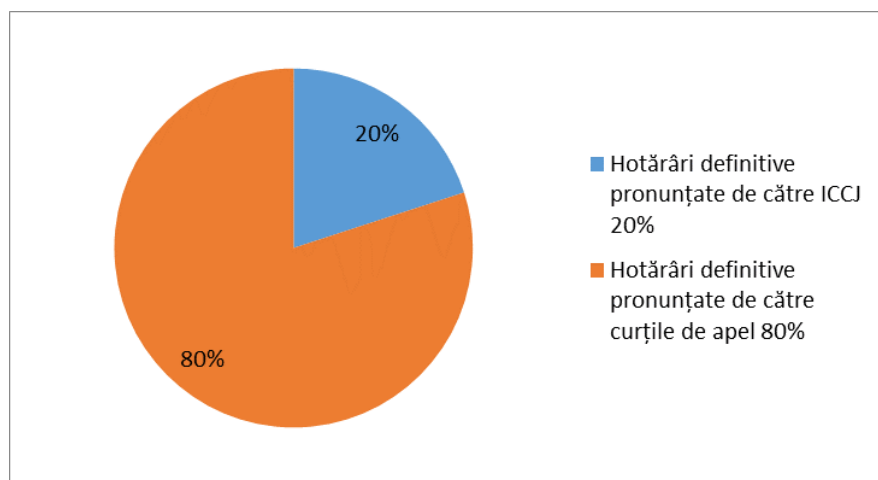
Sentințele instanțelor investite cu soluționarea cererilor de suspendare pot fi atacate cu recurs, în condițiile Legii nr. 554/2004. Aceeași cale de atac, vizând strict motive de nelegalitate a sentinței, poate fi promovată și împotriva hotărârii pronunțate în primă instanță cu privire la acțiunea în

anulare. Termenul de declarare și motivare a recursului împotriva sentinței este de 15 zile de la data comunicării acesteia.

Determinarea competenței materiale a instanțelor în materia litigiilor privind finanțări nerambursabile din fonduri ale Uniunii Europene

O primă problemă ce se impune semnalată în această analiză este cea legată de competența instanțelor. După analizarea hotărârilor judecătorești ce fac obiectul acestei culegeri am constatat că una dintre problemele importante în materia soluționării litigiilor privind fonduri europene o constituie determinarea corectă a competenței materiale a instanțelor care ar trebui să fie investite cu soluționarea litigiilor. Astfel, se poate observa din spețele incluse în prezenta culegere că cea mai mare parte a hotărârilor definitive și irevocabile (80%) sunt emise de către Curțile de Apel, procentul acestor hotărâri la nivelul Înaltei Curți de Casație și Justiție fiind mult mai redus.

Fig.2 Distribuția hotărârilor definitive între Înalta Curte de Casație și Justiție și Curțile de Apel



Această concluzie constituie, apreciem noi, un bun prilej pentru a face câteva observații cu privire la determinarea corectă a competenței materiale a instanțelor în ceea ce privește litigiile privind fonduri europene, în special anterior datei de 15.02.2013. Va fi analizată competența instanțelor din perspectiva rangului autorității emitente a actului contestat, dar și din perspectiva naturii debitului contestat și a valorii acestuia.

Acest reper temporal este relevant deoarece prin Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă („**Legea nr. 76/2012**”) s-a introdus un nou alineat în art. 10 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ - alineatul 1¹. Potrivit acestuia, „*Toate cererile privind actele administrative emise de autoritățile publice centrale care au ca obiect sume reprezentând finanțarea nerambursabilă din partea Uniunii Europene, indiferent de valoare, se soluționează în fond de secțiile de contencios administrativ și fiscal ale curților de apel*”.

Din interpretarea *per a contrario* a acestei prevederi legale ar rezulta că, în materia litigiilor privind finanțări nerambursabile din partea Uniunii Europene, tribunalul (secția de contencios administrativ și fiscal) este competent să soluționeze un litigiu atunci când actul administrativ contestat este emis de o autoritate publică locală sau județeană, în considerarea regulii stabilite prin art. 10 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ („**Legea nr. 554/2004**”).

În fapt, însă, competența tribunalelor în materia litigiilor privind finanțări nerambursabile din fonduri europene nu ar trebui să fie atrasă în vreo situație, deoarece actele administrative sunt emise de autorități publice centrale - autoritățile de management desemnate pentru fiecare program de finanțare în parte. Unele dintre actele administrative (procese-verbale/note de constatare a neregulilor, spre exemplu) sunt emise de organismele intermediare (OIR - cum sunt Agențiile pentru Dezvoltare Regională pentru programul operațional POR), însă în numele autorităților de management, care le și aprobă și avizează, iar legea reglementează competența de soluționare a contestației administrative prealabile obligatorii în sarcina acestor autorități de management. Ca urmare, apreciem că și în aceste cazuri litigiile privind actele administrative emise de OIR sunt de competența curților de apel. Pentru o analiză succintă a calității procesuale pasive a organismelor intermediare, subiect conexe analizei privind competența, facem trimitere la secțiunea următoare a acestei analize introductive.

Chiar și în această situație, însă, din practica Țuca Zbârcea și Asociații a rezultat că unele instanțe din țară apreciază că procesele verbale de constatare a neregulilor și notele de aplicare a corecțiilor emise de OIR-uri ar fi acte administrative emise de autorități locale, județene sau regionale, astfel că au declinat competența de soluționare a litigiilor în favoarea tribunalelor. Ca urmare, modificările aduse Legii nr. 554/2004 privind competența în materia litigiilor privind finanțări nerambursabile din fonduri ale Uniunii Europene nu au soluționat toate controversile cu privire la aceste aspecte.

Până la data de 15.02.2013 această normă legală prevedea: *„Litigiile privind actele administrative emise sau încheiate de autoritățile publice locale și județene, precum și cele care privesc taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora de până la 500.000 de lei se soluționează în fond de tribunalele administrativ-fiscale, iar cele privind actele administrative emise sau încheiate de autoritățile publice centrale, precum și cele care privesc taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora mai mari de 500.000 de lei se soluționează în fond de secțiile de contencios administrativ și fiscal ale curților de apel, dacă prin lege organică specială nu se prevede altfel”*. Ulterior, prin Legea nr. 76/2012 pragul valoric pentru soluționarea litigiilor de contencios administrativ a fost crescut de la 500.000 lei până la 1.000.000 lei, acesta fiind însă înlăturat pentru litigiile privind fonduri europene (art. 10 alin. (1¹) din Legea nr. 554/2004).

Ca urmare, până la data de 15.02.2013, toate litigiile în materia contenciosului administrativ, inclusiv litigiile privind fondurile europene, se supuneau normelor de competență materială reglementate de art. 10 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 (competență în funcție de rangul autorității administrative și în funcție de criteriul valoric) iar ulterior acestei date competența instanțelor este determinată conform art. 10 alin. (1¹) din Legea nr. 554/2004 (competență în funcție de rangul autorității administrative emitente a actului administrativ contestat). În sinteză, până la data de 15.02.2013 competența instanțelor în astfel de litigii era determinată astfel:

a. secțiile de contencios administrativ ale Tribunalului erau competente să soluționeze în primă instanță litigiile în materia fondurilor europene dacă era îndeplinită una din două condiții:

- Litigiile priveau taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora cu o valoare de sub 500.000 lei, sau
- Dacă actele administrative contestate erau emise de o autoritate publică locală sau județeană.

b. secțiile de contencios administrativ și fiscal ale Curților de Apel erau competente să soluționeze litigiile de contencios administrativ care priveau:

- taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora mai mari de 500.000 de lei, sau

- acte administrative emise sau încheiate de autorități publice centrale.

Cu toate acestea, în multiple cazuri instanțele au făcut abstracție de criteriul rangului autorității emitente a actului administrativ contestat, apreciind că dacă se contestau note de constatare și de aplicare a unor corecții financiare (care au regimul unor creanțe bugetare în sistemul OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora („**OUG nr. 66/2011**”), atunci criteriul valoric este suficient pentru a determina instanța competentă.

Acesta a fost și motivul pentru care în multe cazuri (circa 25% din hotărârile prezentate în culegere) privind acte administrative emise de autoritățile de management - autorități administrative centrale - curțile de apel au declinat competența de soluționare a litigiului în favoarea tribunalelor, deși beneficiarii finanțărilor introduseseră cererile în mod corect la curțile de apel, sau tribunalele au fost în mod greșit investite cu soluționarea cererilor și părțile adverse sau tribunalele din oficiu nu au ridicat excepția necompetenței materiale de soluționare a dosarului (a se vedea figura 3). În aceste situații instanțele au apreciat că specificul de creanță bugetară al corecțiilor (sumele de recuperat ca urmare a constatării unei nereguli în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, conform art. 2 lit. j) din OUG 66/2011) ar conferi actului prin care au fost aplicate caracteristica unui act administrativ - fiscal, strict din perspectiva faptului că aceste corecții reprezintă titluri de creanță.

Din punctul nostru de vedere aceste soluții au fost eronate, căci criteriul valoric este relevant atunci când în discuție se află un act administrativ - fiscal care privește „*taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora*”. Or, creanțele bugetare rezultate ca urmare a aplicării corecțiilor financiare în temeiul OUG nr. 66/2011 nu reprezintă nici taxe, nici impozite, nici contribuții obligatorii la anumite bugete și cu atât mai puțin nu reprezintă datorii vamale. Ca urmare, actele administrative emise în aplicarea OUG nr. 66/2011 sunt acte administrative generale, iar determinarea competenței de analiză a unei acțiuni în anularea acestora este subsumată criteriului rangului autorității administrative emitente.

În acest sens este și practica Înaltei Curți de Casație și Justiție. Spre exemplu, într-un litigiu privind suspendarea unui act administrativ ce privește o creanță bugetară (titlu de creanță - notă de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare) cu valoare inferioară pragului de 500.000 lei, emis de o autoritate administrativă centrală (un minister - autoritate de management), s-a ivit un conflict negativ de competență între o curte de apel și un tribunal, pe care Înalta Curte l-a soluționat în favoarea curții de apel, reținând în esență că titlul de creanță, constând în nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, este un act administrativ general, competența de soluționare a unui litigiu privindu-l pe acesta fiind determinată de rangul autorității publice emitente.¹⁸ Cu privire la determinarea corectă a rangului unei autorități administrative - locală sau centrală - au existat de asemenea controverse, chiar dacă acestea nu au fost intens dezbătute în spețele prezentate în culegerea de față. Apreciem însă că discuția merită antamată, dată fiind determinarea competenței instanțelor în funcție de acest criteriu și dat fiind faptul că atunci când emitent al actului nu este un Minister - autoritate de management, care cu siguranță este instituție centrală (aspect ce reiese și din actele normative ce reglementează funcționarea acestora) - pot exista situații în care să fie totuși dificilă determinarea caracterului de autoritate locală sau centrală a unor instituții/autorități administrative.

Cu privire la acest aspect, criteriile generale de delimitare au fost cristalizate tot în jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție. Instanța supremă a statuat într-o decizie de speță că în jurisprudența constantă a secției sale de contencios administrativ și fiscal rangul central sau local al

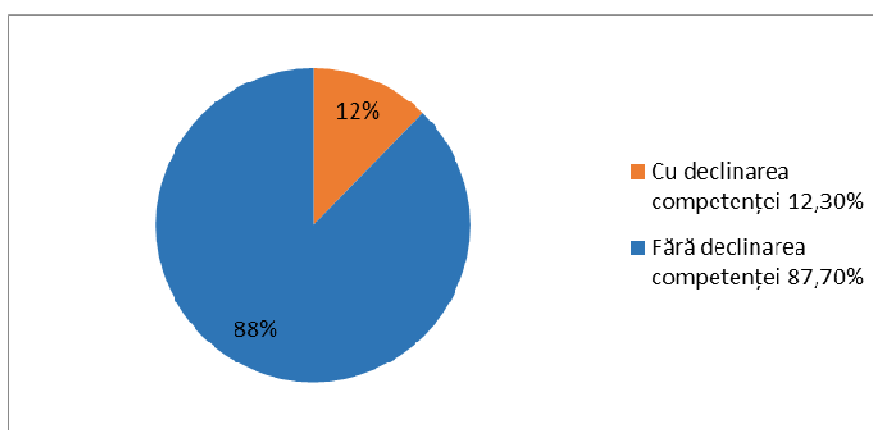
18 Decizia nr. 5957/2013 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, secția de contencios administrativ și fiscal, nepublicată

unei autorității / instituții publice este dat de nivelul competenței teritoriale a autorității/instituției publice, respectiv întinderea teritorială a serviciului public prestat.

Competența teritorială desemnează limitele teritoriale ale acțiunii organelor administrației publice, respectiv ale unei autorități publice, adică limitele în spațiu, în care pot fi exercitate atribuțiile conferite de lege. Astfel, s-a argumentat că dacă autoritatea/instituția are competență pe întreg teritoriul țării este vorba de o autoritate/ instituție centrală, iar dacă competența este limitată la un anumit teritoriu, este vorba de o autoritate/ instituție locală.

Cu alte cuvinte, dacă serviciul public prestat acoperă teritoriul unei localități, al unui județ sau al unei regiuni, competența va reveni tribunalului, iar dacă el este un serviciu public național, realizat fără limite teritoriale, competența aparține curții de apel.¹⁹

**Fig.3 Hotărâri nedefinitive emise de către curțile de apel
(cu corecta declinare a competenței de către tribunale)**



Așa cum se poate observa din figura 3, un procent de 12% din litigii au fost soluționate de către curțile de apel, ca urmare a declinării competenței de către tribunal în favoarea acestora, iar restul de 88% din hotărârile curților de apel sunt acțiuni corect introduse de către beneficiarii finanțării din fonduri europene, ceea ce ni se pare a fi un semnal pozitiv în ce privește înțelegerea problematicei competenței materiale a instanțelor de judecată în litigiile privitoare la finanțări nerambursabile din fonduri europene.

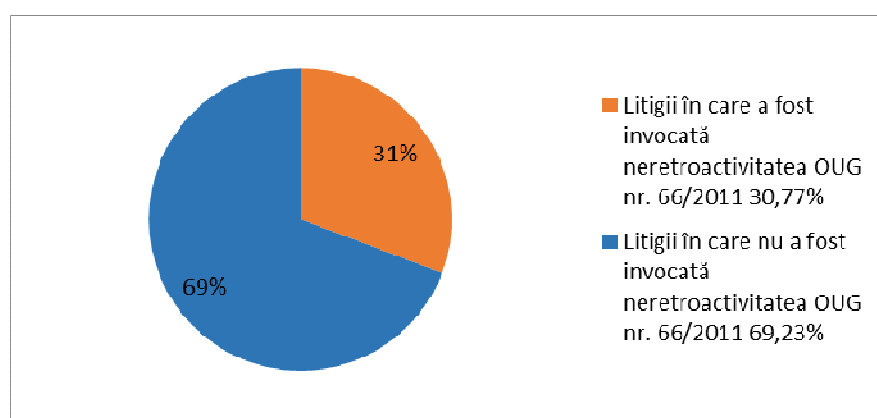
Excepții procedurale invocate cel mai frecvent în instanță Neretroactivitatea OUG nr. 66/2011

În circa 30% din spețele incluse în prezenta culegere (a se vedea figura 4), reclamantii, autorități publice locale, au invocat neretroactivitatea OUG nr. 66/2011 (întrucât, cu toate că procesele verbale de constatare a neregulilor și de aplicare a corecțiilor financiare sunt întemeiate pe dispozițiile OUG nr. 66/2011, procedurile de achiziții publice au fost desfășurate înainte de intrarea în vigoare a acestei ordonanțe de urgență a guvernului). Conform raționamentului unora dintre instanțele de judecată, n-ar putea fi reținută critica reclamantei privind aplicarea retroactivă a dispozițiilor OUG nr. 66/2011 având în vedere împrejurarea că verificarea efectuată de către autoritatea pârâtă a fost ulterioară intrării în vigoare a dispozițiilor acestui act normativ.

¹⁹ Decizia nr. 244 din data de 19.01.2012 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal.

Instanțele rețin astfel faptul că OUG nr. 66/2011 abrogă dispozițiile OG nr. 79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător („OG nr. 79/2003”) și rețin în mod corespunzător și faptul că verificarea efectuată de către autoritatea pârâtă a fost ulterioară intrării în vigoare a dispozițiilor acestui act normativ, care reglementează procedura de verificare și constatare a neregulilor în îndeplinirea contractelor de finanțare nerambursabilă. În concret, instanțele au motivat aceste soluții arătând că OUG nr. 66/2011 nu stabilește noi reguli privind eligibilitatea cheltuielilor solicitate la rambursare, respectiv noi motive de neeligibilitate a acestora, ci exclusiv reguli procedurale de imediată aplicare în activitatea de verificare a procedurilor de finanțare nerambursabilă, astfel încât s-a apreciat că autoritățile administrative nu au efectuat o aplicare retroactivă a noilor dispoziții, ci au dat eficiență principiului aplicării imediate a noii legi de procedură în cadrul activității de verificare începută ulterior intrării în vigoare a OUG nr. 66/2011.

Fig.4 Litigii în care a fost invocată neretroactivitatea OUG nr. 66/2011



Potrivit art. 15 din Constituția României și art. 6 alin. 1) din Codul civil, legea civilă se aplică numai pentru viitor, prin conținutul acestor dispoziții legale consacrandu-se principiul neretroactivității legii civile. Acest principiu este recunoscut și de art. 47 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, prin prisma atingerii aduse principiului securității juridice, care se regăsește în totalitatea articolelor Convenției, acesta constituind unul din elementele fundamentale ale statului de drept (C.E.D.O.- Hotărârea din 6 decembrie 2007, Beian contra României).

În Nota de fundamentare²⁰ a OUG nr. 66/2011 se stipulează că *“Sistemul actual în vigoare în aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător, cu modificările și completările ulterioare, nu reglementa însă în mod complet și corespunzător aplicarea cerințelor cuprinse, în special, în reglementările comunitare aplicabile pentru fondurile europene post-aderare”*.

Așadar, în unele spețe, legea nouă (OUG nr. 66/2011) a stabilit proceduri noi, *“complete și corespunzătoare”* în baza cărora documentația de atribuire din procedura de licitație deschisă a fost considerată ca având nereguli, deși, conform legii vechi, OG nr. 79/2003, a fost calificată ca fiind *“fără nereguli”*.

Situația juridică intră în categoria *facta praeterita*, adică faptele constitutive, modificatoare sau extinctive de situații juridice, realizate în întregime înainte de intrarea în vigoare a legii noi, cât și efectele produse de acea situație juridică înainte de acest moment. *“În privința acestora, poate fi aplicată numai legea veche, adică legea în vigoare la data producerii faptei respective ori efectelor*

²⁰ http://www.gov.ro/nota-de-fundamentare-oug-nr-66-29-06-2011__1a113933.html

ei, deoarece, dacă s-ar aplica o lege ulterioară ar însemna să i se atribuie efect retroactiv. În consecință: o lege ulterioară nu poate să aducă atingere constituirii, modificării sau stingerii situațiilor juridice anterioare, indiferent dacă legea nouă ar suprima un mod de formare, modificare sau stingere ori ar schimba condițiile necesare; faptele care nu au putut determina constituirea sau stingerea unei situații juridice potrivit legii în vigoare la data când ele s-au realizat nu pot să fie socotite de o lege ulterioară că au produs aceste efecte, ceea ce înseamnă că legea nouă nu poate atribui unui fapt trecut efecte pe care acest fapt nu le putea produce sub imperiul legii în vigoare în momentul realizării faptului; dacă legea creează o situație juridică nouă, ea nu ar putea să prevadă că noua situație juridică s-a născut din fapte anterioare intrării sale în vigoare sau, după caz, organul de jurisdicție nu ar putea decide că situația juridică reglementată doar de legea nouă s-a născut din fapte întâmplare în întregime înainte de intrarea ei în vigoare²¹.

Mai mult, unele instanțe rețin că autoritățile de management "nu au efectuat o aplicare retroactivă a noilor dispoziții, ci a dat eficiență principiului aplicării imediate a noii legi de procedură în cadrul activității de verificare începută ulterior intrării în vigoare a OUG nr. 66/2011", calificând OUG nr. 66/2011 ca fiind o "lege de procedură", ignorând că, în jurisprudența existentă, regula este soluția ultraactivității legii (spre exemplu, Codul civil din 2009 a preferat, ca regulă, soluția ultraactivității legii în vigoare la data nașterii situației juridice). Efectele produse în timp ale unei situații juridice vor fi cele stabilite de legea în vigoare în momentul în care se realizează fiecare efect în parte, deci legea nouă nu se poate aplica efectelor produse de aceste situații juridice înainte de intrarea ei în vigoare, deoarece ar însemna o aplicare retroactivă a legii noi.

Instanțele omit astfel să aibă în vedere că autoritățile de control au aplicat, pe lângă o procedură de control nouă, și sancțiuni noi, care nu au fost prevăzute în OG 79/2003. Or, dacă în cazul procedurii, se pot face discuții cu privire la legea aplicabilă, în cazul sancțiunii, o persoană poate fi sancționată doar în baza legii în vigoare la data comiterii „neregulilor”. O interpretare contrară este de natură a aduce atingere principiului securității raporturilor juridice. Prin analogie, nu se poate imagina în practică un caz în care, în urma unui control fiscal, să fie considerate nedeductibile anumite cheltuieli care, la data efectuării lor, erau considerate deductibile. Așadar, aceste instanțe au făcut o gravă confuzie între o normă de procedură care este de imediată aplicare și o normă de drept material care conține reglementări privind definirea și sancționarea neregulilor în utilizarea fondurilor europene. Practic, aceste interpretări sunt contrare normelor constituționale și garanțiilor statului de drept.

În concluzie, un act administrativ născut anterior OUG nr. 66/2011 nu poate fi desființat și nu poate aplica sancțiuni în temeiul acestei legi, având în vedere că astfel s-ar încălca principiul neretroactivității legii și cel al securității raporturilor juridice născute în baza respectivului act. Legalitatea unui act se apreciază cu respectarea principiului *tempus regit actum*, adică prin raportare la norma legală în vigoare la data încheierii lui.

Mai mult, în toate aceste spețe, organele de control au avut la dispoziție un act normativ în baza căruia să constate și să sancționeze așa-zisa neregulă constatată, însă s-au prevalat de dispozițiile unui act normativ inaplicabil situației juridice verificate. În baza OG 79/2003, cuantumul sancțiunii financiare este lăsat la latitudinea organului de control, care urma să o aprecieze în funcție de gravitatea neregulii, în timp ce potrivit Anexelor la OUG nr. 66/2011, corecțiile minime sunt stabilite prin lege la un anumit procent din valoarea contractului.

Unele instanțe au făcut o confuzie cu privire la tipurile de raporturi juridice și momentul nașterii acestora și anume, instanțele au conchis că, având în vedere că activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare nu se afla în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a dispozițiilor OUG nr. 66/2011, ci a fost demarată de către autoritatea administrativă

21 www.inm-lex.ro/fisiere/pag_35/det_1458/8236.pdf - Aplicarea aplicarea în timp a Noului Cod civil - Prof. Dr. Gabriel Boroi.

ulterior intrării în vigoare a noilor dispoziții procedurale de efectuare a controlului, nu ar fi vorba despre încălcarea principiilor neretroactivității și securității raporturilor juridice, nefiind relevantă sub acest aspect data încheierii fie a contractului de finanțare, fie a contractului de achiziție publică, ci data producerii raportului Juridic - actul de control. Ceea ce instanța de fond a ignorat este faptul că situația juridică a fost creată în momentul săvârșirii așa-ziselor nereguli, spre exemplu publicarea unei proceduri de licitație deschisă care ar fi restrâns competiția prin aplicarea unor criterii de eligibilitate restrictive pentru participarea la licitație, afectând astfel dreptul accesului liber și egal la procedură a tuturor potențialilor ofertanți. Acest moment trebuie considerat momentul publicării în SEAP²² a documentației de atribuire, și nu momentul efectuării unui act de control și, respectiv, momentul aplicării unei sancțiuni, așa cum eronat reține instanța.

Așadar, după cum am arătat, o situație juridică produce acele efecte care sunt prevăzute de legea civilă în vigoare la data producerii ei. Publicarea, spre exemplu în cadrul unei proceduri de achiziții publice, a unor criterii de calificare eventual restrictive, produce efecte juridice (și anume restricționarea participării unor ofertanți la respectiva procedură de achiziții publice) sub imperiul legii vechi, respectiv OG 79/2003, face ca sancțiunea ce trebuie aplicată să fie în conformitate cu dispozițiile acestei legi. Faptul că organele de control au constat pretinsa neregulă ulterior acestui moment, după intrarea în vigoare a legii noi, nu este de natură a conferi OUG nr. 66/2011 efecte retroactive.

Raționamentul de acest tip al instanțelor este contrar principiilor de drept care consacără predictibilitatea normei juridice și securitatea raporturilor juridice născute sub imperiul unei legi. A da prevalență raționamentului instanței de fond echivalează cu încălcarea unei norme constituționale prin aplicarea unei sancțiuni care nu era prevăzută de legea în vigoare la data săvârșirii faptei.

Alte excepții invocate de către părți în litigiile privind corecțiile financiare - excepția lipsei calității procesuale

În spețele prezentate în această culegere, precum și în practica Țuca Zbârcea & Asociații, au fost invocate lipsa calității procesuale active a autorităților de management și ministerelor de resort (atunci când procesele-verbale de constatare a neregulilor au fost emise de organismele intermediare, cu avizul sau aprobarea autorității de management) și, respectiv, a organismelor intermediare care au efectuat controlul, dar procesul-verbal de constatare a neregulilor a fost emis de către autoritatea de management. Mai mult, atunci când proiectele s-au desfășurat în parteneriat, unele instanțe au invocat din oficiu excepția lipsei procesuale active a partenerilor din proiect (alții decât partenerul principal). Considerăm că se impune respingerea acestor excepții, ca nefondate și, pe cale de consecință, menținerea în litigiu a organismelor intermediare, autorităților de management și ministerelor de resort pe de o parte, și a partenerilor din proiect împotriva cărora s-au dispus corecții financiare, pe de altă parte.

Ministerele de resort, prin directoratele generale (DG AMPOS), sunt, la data emiterii tuturor actelor atacate în cadrul litigiilor supuse cercetării din prezenta culegere de spețe, autorități de management a unor programe operaționale sectoriale (POS), având ca principală atribuție implementarea și gestionarea unui program operațional. Astfel, spre exemplu, conform art. 2 alin. (1) lit. d) din HG nr. 10/2013 privind organizarea și funcționarea MMFPSPV²³ („HG nr. 10/2013”), în cadrul MMFPSPV funcționează AMPOSDRU²⁴, organizată ca direcție generală, cu personalitate juridică, subordonată intimatului MMFPSPV, cu rolul principal al coordonării implementării

22 Sistemul electronic de achiziții publice

23 Ministerul Muncii, Familiei și Egalității de Șanse

24 Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane

POSDRU. Conform art. 13²⁵ coroborat cu art. 18²⁶ din HG nr. 457/2008 privind cadrul instituțional de coordonare și de gestionare a instrumentelor structurale („HG nr. 457/2008”), MMFPSPV are responsabilitatea gestionării și implementării asistenței financiare alocate POSDRU, având obligația de a comunica Comisiei Europene datele necesare pentru verificarea implementării POSDRU și al stadiului atingerii indicatorilor de program. Conform art. 2 alin. (1) lit. h din HG nr. 10/2013 anterior menționat, MMFPSPV este ordonatorul principal de credite, fiind singura autoritate de management pentru POSDRU, având atribuții de gestionare a fondurilor alocate. Așa cum reiese din conținutul Anexei 2 a HG nr. 10/2013, OIR este un organism subordonat în mod direct MMFPSPV.

Prin Ordinul MMFPSPV nr. 600/2008 privind aprobarea unor acorduri de delegare de funcții pentru implementarea POSDRU („Acordul de delegare”), Organismele Intermediare Regionale (OIR) au fost delegate cu preluarea atribuției implementării unor proiecte finanțate prin POSDRU, AMPOSDRU-MMFPSPV fiind în continuare direct răspunzătoare pentru buna desfășurare a programului operațional și având putere decizională pentru implementarea POSDRU.

Conform O.U.G. nr. 9/2014 privind aprobarea unor măsuri de eficientizare a sistemului de gestionare a instrumentelor structurale, începând cu 1 martie 2014, Ministerul Fondurilor Europene a preluat personalul, contractele, convențiile, înțelegerile, și protocoalele în care Ministerul Economiei, prin Autoritatea de management pentru Programul operațional sectorial "Creșterea competitivității economice", și, respectiv, Ministerul Muncii, Familiei, Protecției Sociale și Persoanelor Vârstnice, prin Autoritatea de management pentru Programul operațional sectorial "Dezvoltarea resurselor umane", sunt părți, „inclusiv în litigiile aferente activităților acestora” (conform art. 3 din O.U.G. nr. 9/2014). **Cu toate că există această prevedere expresă, unele instanțe au admis lipsa calității procesuale pasive a autorităților de management și a ministerului de resort chiar după intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 9/2014.**

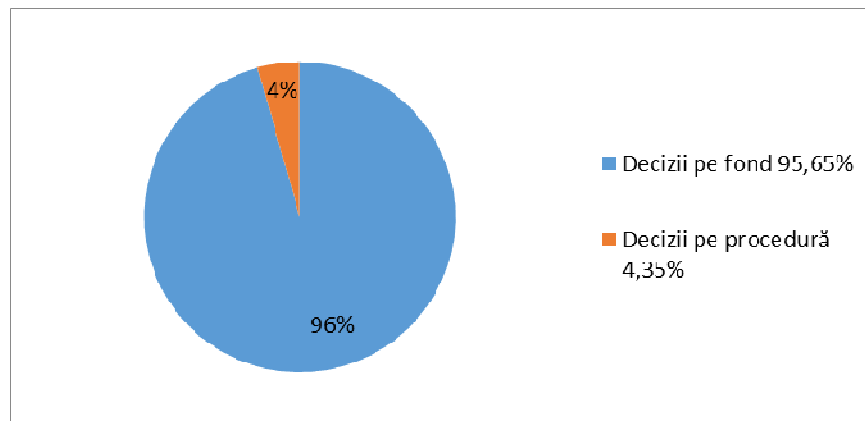
În cauzele deduse judecății, prezența ministerelor de resort/autorităților de management este necesară întrucât litigiul are ca obiect anularea unui act administrativ emis de o instituție subordonată acestora, pentru care acestea sunt direct răspunzătoare, ele având atribuții de coordonare în vederea implementării în bune condiții a programelor operaționale. Potrivit acordurilor de delegare dintre autoritățile de management și organismele intermediare, acestea din urmă își desfășoară activitatea sub responsabilitatea primelor, îndeplinesc diverse funcții în numele acestora, acționând ca un veritabil mandatar al autorității de management. **Cu alte cuvinte, actele organismelor intermediare reprezintă acte ale autorităților de management, deci ale ministerelor de resort.** Mai mult, ca un argument subsidiar, prezența ministerelor de resort și a autorităților de management este necesară în cadrul litigiilor ce au ca obiect anularea proceselor verbale de constatare nereguli și aplicare de corecții financiare din considerente ce țin de opozabilitate, fiind vorba de un act administrativ emis de o instituție publică subordonată, fără personalitate juridică și fără patrimoniu propriu.

Deși toate aceste excepții procedurale sunt frecvent invocate în instanță, vasta majoritate a hotărârilor judecătorești pronunțate în cauzele privitoare la corecții financiare sunt, așa cum rezultă din figura 5 de mai jos, soluționate în urma unei analize a argumentelor pe fondul cauzei.

25 Art. 13 prevede „Se desemnează Ministerul Muncii, Familiei și Egalității de Șanse ca autoritate de management pentru Programul operațional sectorial "Dezvoltarea resurselor umane", având responsabilitatea gestionării și implementării asistenței financiare nerambursabile alocate acestui program.”

26 Art. 18 prevede „În cadrul instituțiilor desemnate conform art. 9-16, se organizează la nivel de direcție generală/direcție, după caz, câte o structură distinctă care îndeplinește funcția de autoritate de management.”

Fig. 5 Hotărâri emise în urma analizei excepțiilor procedurale vs. hotărâri emise în urma analizei fondului litigiului



Invocarea din oficiu de către instanță a excepției lipsei calității procesuale active a partenerilor din proiectele finanțate din fonduri europene.

În spețe din practica Țuca Zbârcea & Asociații, instanța a invocat din oficiu lipsa calității procesuale active, motivat de faptul că partenerii din proiectele finanțate din fonduri europene nu ar fi parte în raportul juridic fiscal născut ca urmare a emiterii proceselor-verbale de către autoritățile de management (acest raport fiind strict între emitent și destinatar - partenerul principal, cel care este autorizat de către ceilalți parteneri să semneze contractul de finanțare cu autoritățile).

Menținerea tuturor partenerilor vizați de corecția financiară aplicată în litigiile aflate pe rolul instanțelor de judecată este o măsură de natură a asigura respectarea normelor și principiilor de drept, aceștia fiind prejudiciați în mod direct prin emiterea proceselor-verbale, atunci când corecțiile financiare îi vizează. Nefiind reprezentați, acești parteneri ar fi nevoiți să returneze asistența financiară nerambursabilă, fără a avea posibilitatea de a supune actul administrativ controlului de legalitate garantat de Constituția României.

Pentru implementarea proiectelor finanțate din fonduri europene, indiferent de programul operațional sectorial cărora acestea îi aparțin, între partenerii din proiecte trebuie să se încheie un acord de parteneriat. Conform acordurilor de parteneriat, partenerii își exprima acordul de asociere în vederea implementării împreună a proiectului, și decid asupra unui partener principal (lider) care să semneze în numele tuturor partenerilor cererea de finanțare și contractul de finanțare - acesta devine astfel solicitantul finanțării nerambursabile. Toți partenerii contribuie la realizarea proiectului și își asumă rolul lor în cadrul proiectului, iar costurile angajate de parteneri sunt eligibile în același fel ca și costurile angajate de către liderul parteneriatului (solicitantul finanțării nerambursabile), în limita atribuțiilor avute în proiect. O interpretare extensivă a prevederilor acordurilor de parteneriat duce la singura concluzie posibilă, și anume că partenerii care au, pe de o parte, dreptul la rambursarea cheltuielilor, au și obligația de restituire cheltuielile rambursate nelegal, în cazul în care aplicarea corecției se dovedește a fi o măsură dispusă în acord cu normele legale.

Mai mult, în materia contenciosului administrativ funcționează principiul accesului liber la justiție a oricărei persoane care este vătămată într-un drept sau interes al său. Art. 126 (6) din Constituția României prevede că „controlul judecătoresc al actelor administrative ale autorităților publice, pe calea contenciosului administrativ, este garantat” (subl.ns). În aplicarea dispoziției constituționale, Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ („Legea nr. 554/2004”) prevede în cuprinsul

art. 1: *“(1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim, de către o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri, se poate adresa instanței de contencios administrativ competente, pentru anularea actului, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim și repararea pagubei ce i-a fost cauzată. Interesul legitim poate fi atât privat, cât și public. (2) Se poate adresa instanței de contencios administrativ și persoana vătămată într-un drept al său sau într-un interes legitim printr-un act administrativ cu caracter individual, adresat altui subiect de drept”* (subl.ns).

Interpretând normele legale aplicabile mai sus, rezultă că singura condiție pentru exercitarea acțiunii în contencios administrativ este ca reclamantul să se considere vătămat într-un drept al său sau interes legitim. În materia gestionării fondurilor structurale, OUG nr. 66/2011, în cuprinsul art. 46 alin. (3) prevede că debitorul este îndreptățit la a formula contestație administrativă împotriva titlului de creanță. Cu toate acestea, unele instanțe invoca din oficiu excepția lipsei procesuale active a partenerilor din proiect, parteneri care au obligația de a restitui cheltuielile vizate prin aplicarea corecției financiare.

Plecând de la prevederile normei speciale - OUG nr. 66/2011 -, trebuie reținut art. 2 alin. (1) lit. v care definește noțiunea de „debitor” ca fiind *„persoana fizică sau juridică în sarcina căreia se stabilește o creanță bugetară rezultată din nereguli, în vederea recuperării acesteia”*. Art. 2 alin. (1) lit. v nu atribuie calitatea de debitor doar beneficiarului sau semnatarului contractului de finanțare, ci oricărei persoane care, beneficiind de finanțare nerambursabilă, ar trebui să restituie sumele în legătură cu care autoritatea publică a identificat eventuale nereguli. Prevederile cuprinse în norma specială trebuie interpretate prin prisma normei constituționale, în sensul că accesul la justiție se bucură de garanția constituțională, nefiind permisă îngrădirea sa prin orice mijloace legale sau procedurale.

Prin raportare la prevederea constituțională citată anterior, coroborat cu prevederea din Legea 554/2004 care permite accesul liber la justiție atât a destinatarului actului, cât și a oricărei persoane vătămate, singura interpretare posibilă este în sensul că actul administrativ prin care s-au stabilit corecții financiare poate fi atacat atât de beneficiarul proiectului finanțat, cât și de partenerii cu drept de rambursare a cheltuielilor avansate.

În domeniul contenciosului administrativ, practic singura condiție pentru a deschide accesul la justiție este *„încălcarea unui drept subiectiv sau a unui interes legitim”*. Cu alte cuvinte, semnatarul unei acțiuni în contencios trebuie să facă dovadă că prin actul atacat, acestuia i-a fost încălcat un drept subiectiv sau un interes legitim. Este irelevant dacă persoana vătămată este destinatarul actului sau un terț față de acesta, întrucât alin. 2 al art. 1 din Legea nr. 554/2004 a venit să clarifice calitatea procesuală a terților vătămăți de un act administrativ în sensul că aceștia se pot adresa tribunalului de contencios administrativ. Abordarea autorității este contrară prevederilor art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului („CEDO”), dreptul la un proces echitabil având ca principală garanție dreptul la un tribunal. Doctrina de specialitate a punctat că *„apare, astfel, foarte limpede că, în concepția instanței europene de contencios al drepturilor omului, dreptul la un tribunal este o componentă esențială a sistemului de garanții instituit prin art. 6 parag. 1”*²⁷.

Renunțarea la judecată în contextul Ordonanței Guvernului nr. 14/2013²⁸

În cadrul prezentei culegeri există o singură hotărâre²⁹ care ia act de renunțarea la judecată a reclamantului (instituție publică locală), întrucât litigiul a devenit lipsit de interes, datorită

27 C. Bîrsan – „Convenția Europeană a Drepturilor Omului”, comentariu pe articole, Ediția 2, Editura C.H. Beck, pag. 426.

28 Ordonanța Guvernului nr. 14/2013 privind reglementarea unor măsuri fiscal-bugetare pentru suportarea de la bugetul de stat a sumelor aferente corecțiilor financiare aplicate pentru abaterile de la conformitatea cu legislația din domeniul achizițiilor publice

suportării de la bugetul central a corecției financiare. Menționăm că acest lucru este posibil numai în ce privește proiectele finanțate din Programul Operațional Regional (POR), și numai în condițiile reglementate prin OG nr. 14/2013.

Conform OG nr. 14/2013 beneficiarii de fonduri europene, instituții publice locale, cu creanțe bugetare rezultate din corecțiile financiare, în urma aplicării prevederilor OUG nr. 66/2011, vor putea beneficia de suportarea acestor corecții financiare de la bugetul de stat, prin bugetul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, dacă îndeplinesc următoarele condiții:

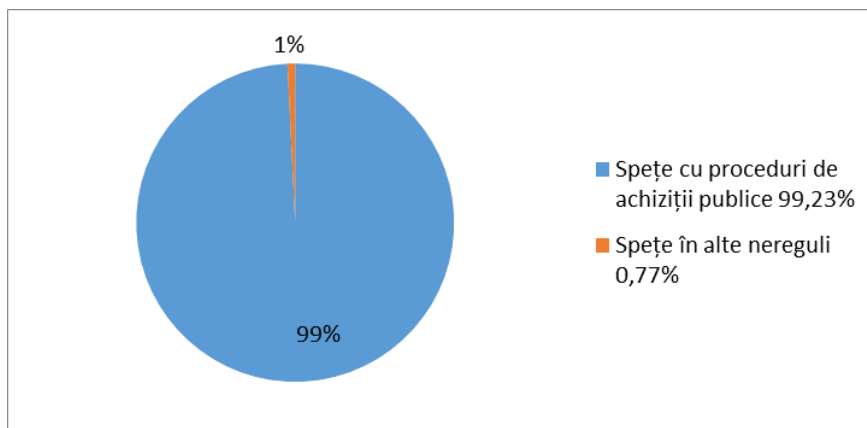
- sumele recuperate atât în cazul proiectelor finalizate, cât și în cazul proiectelor aflate în implementare care la data intrării în vigoare a OG nr. 14/2013 sunt contestate sau în litigiu;
- numai în cazul contractelor de achiziție publică, a căror procedură de atribuire a fost inițiată înainte de data de 10 iunie 2011 care a făcut obiectul verificării Unității pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice (UCVAP), și pentru care nu există un avis consultativ emis de acestea, în conformitate cu art. 4 lit. d) din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 30/2006 privind funcția de verificare a aspectelor procedurale aferente procesului de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, valabilă până la această dată;
- numai în cazul contractelor de achiziție publică a căror procedură de atribuire a fost inițiată în perioada 10 iunie 2011 - 1 octombrie 2011, care a făcut obiectul verificării UCVAP/CVAP și pentru care a fost înscrisă opinia „fără observații” de către UCVAP/CVAP, în conformitate cu art. 4 alin. (3) lit. b) din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 30/2006, astfel cum a fost modificată prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 52/2011;
- în cazul contractelor de achiziție publică a căror procedură de atribuire a fost inițiată începând cu data de 1 octombrie 2011, pentru care documentația de atribuire a fost evaluată și aprobată de Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice (ANRMAP), în conformitate cu atribuțiile sale prevăzute la art. 71 alin. (3) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 525/2007 privind organizarea și funcționarea ANRMAP, cu modificările și completările ulterioare, cu excepția contractelor de achiziție publică la care, prin modificările aduse documentației de atribuire intervenite după data publicării anunțului/invitației de participare în Sistemul Electronic al Achizițiilor Publice (SEAP), au fost constatate abateri de la prevederile legislației privind achizițiile publice.

Nereguli

În eșantionul de hotărâri judecătorești supus cercetării, și cuprins în prezenta culegere, achizițiile publice reprezintă, așa cum era de așteptat, cel mai sensibil domeniu din punct de vedere al greșelilor efectuate în utilizarea fondurilor europene, constituind și cea mai importantă cauză a neeligibilității cheltuielilor efectuate.

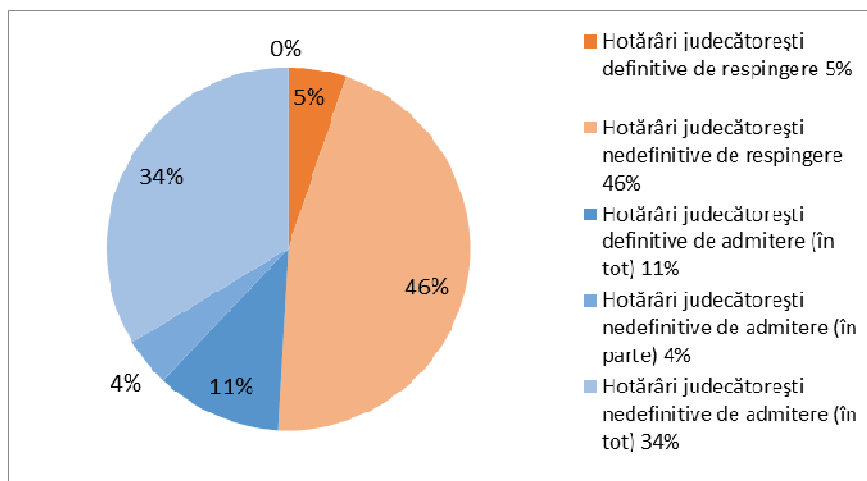
29 În practica Țuca Zbârcea & Asociații mai există și alte spețe în care s-a invocat renunțarea la judecată, însă acestea nu au fost incluse în prezenta culegere întrucât încă se așteaptă decizia instanței.

Fig.6 Hotărâri care s-au referit la corecții financiare privind proceduri de achiziții publice/alte nereguli



Vestea bună este că, aproape jumătate din hotărârile judecătorești incluse în prezenta cercetare, pronunțate în urma analizei pe fond a argumentelor părților privind existența/neexistența neregulilor în cadrul procedurilor de achiziții publice, s-au câștigat în instanță, așa cum reiese din graficul de mai jos.

Fig.7 Hotărâri de admitere (în tot sau în parte a cererii de anulare a procesului-verbal de constatare nereguli și stabilire de corecții financiare)



În concluzie, din toată analiza efectuată asupra spețelor publicate în prezenta culegere, rezultă că vasta majoritate a acestora au privit nereguli constatate în legătură cu proceduri de achiziții publice și au fost tranșate pe fond, majoritatea cu respectarea dispozițiilor legale imperative privind competența instanțelor judecătorești și că **49% din hotărârile pronunțate au fost favorabile beneficiarilor finanțării care au contestat procesul - verbal/nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare.**

Metodologia de cercetare

Volumul al doilea din seria de publicații inițiată de Institutul pentru Politici Publice (IPP) și Țuca, Zbârcea și Asociații este dedicat Culegerii de spețe **Hotărâri ale instanțelor de judecată în cauze privind corecții financiare în proiectele cu finanțare din fonduri structurale** care redă cu fidelitate conținutul sentințelor/deciziilor emise de către instanțele din România (Tribunale, Curți de Apel, Înalta Curte de Casație și Justiție) în procese având ca obiect anularea deciziilor de stabilire a corecțiilor financiare pentru primăriile municipiilor reședință de județ și consiliile județene, cu referire la contracte de achiziție publică finanțate în cadrul Programelor Operaționale (POS Mediu, POR, PODCA). Aceste documente au fost solicitate în baza Legii privind liberul acces la informații de interes public tuturor primăriilor municipiilor reședință de județ și Consiliilor Județene, indiferent de stadiul în care se află procesul (fond, recurs), aferente proiectelor finanțate din fonduri structurale din 2007 până în prezent.

Spețele cuprinse în această culegere reprezintă numai un eșantion (121 la număr, din care 20 decizii irevocabile) din numărul total al documentelor transmise de către primării și consilii județene (peste 250), selectat în funcție de data transmiterii documentelor. Pentru uniformitatea prezentării singura selecție pe care IPP a făcut-o asupra documentelor prezentate de către autoritățile locale a constat în păstrarea exclusiv a ultimei sentințe/decizii a instanței de judecată, disponibilă pentru fiecare proces inițiat de fiecare autoritate locală.

Față de spețele prezentate autoritățile locale poartă răspunderea corectitudinii și completitudinii cazurilor prezentate. Solicitarea IPP nu a fost în niciun fel restrictivă în cererea acestor documente, singura condiție fiind aceea de a furniza toate documentele aferente litigiilor privind anularea unor corecții financiare stabilite în proiecte cu finanțare din fonduri structurale aferente perioadei 2007 - 2013.

Având în vedere legislația în vigoare, din toate sentințele/deciziile instanțelor de judecată, reeditate de către echipa IPP, au fost eliminate datele cu caracter personal, astfel materialul servind scopului final al acestui demers, anume acela de prezentare a rezultatelor proceselor inițiate în urma contestării unor note de constatare a corecțiilor financiare împotriva autorităților locale.

Pentru analiza statistică a rezultatelor proceselor privind anularea corecțiilor financiare în instanță, au fost extrase informații exclusiv din deciziile irevocabile ale instanțelor, acestea trecând prin toate fazele procesuale (fond, recurs). În completarea documentelor oferite de autoritățile locale IPP s-a folosit și de informațiile oficiale disponibile pe site-urile Autorităților de Management, respectiv pe Portalul instanțelor de judecată.

PROGRAMUL OPERAȚIONAL SECTORIAL MEDIU

Dosar nr. 480/32/2012

CURTEA DE APEL BACĂU
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 20/2013
ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 29 IANUARIE 2013

La ordine a venit spre soluționare acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL BACĂU în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR, având ca obiect contestație act administrativ fiscal.

La apelul nominal făcut în ședință publică a răspuns avocat T. V. P. pentru reclamantă, lipsă fiind pârâțul. Procedura de citare legal îndeplinită. S-a expus referatul oral asupra cauzei, după care:

Avocat T V P pentru reclamantă arată că s-a emis o Notă de constatare pe care o contestă și solicită anularea ei. În această notă de constatare sunt reținute o serie de nereguli constatate în urma verificării procedurii de atribuire a contractului. Apreciază că nu pot fi reținute aceste nereguli. Arată că selectarea ofertelor s-a efectuat în baza unor cerințe așa cum au fost modificate ca urmare a deciziei CNSC.

O altă critică adusă este aceea referitoare la faptul că autoritatea contractantă a adus modificări la fișa de date dar fără a publica o erată la secțiunea erate ci la secțiunea documente și clarificări. Arată că prin fișa de atribuire nu s-au cerut documente doveditoare pentru îndeplinirea cerințelor.

Arată că procedura de atribuire s-a derulat în două etape: în prima etapă s-au selectat candidaturile, dar nu s-au solicitat ofertanților documente. O altă critică se referă la neaplicarea factorilor de evaluare P1,P2,P3. Precizează că aceste elemente nu lipsesc, sunt detaliate succint în ofertă, motiv pentru care a fost depunctată. De asemenea arată că în caietul de sarcini la pag.4-8 sunt prezentate categoriile de lucrări ce urmează a fi efectuate.

Solicită admiterea cererii și anularea în tot a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare și anularea în tot a actului administrativ - decizia nr. 135965 /8.06.2012. Depune concluzii scrise. Cu cheltuieli pe cale separată. S-au declarat dezbaterile închise cauza rămânând în pronunțare.

CURTEA DELIBERÂND:

Unitatea Administrativ Teritorială Județul Bacău a chemat în judecată pârâțul Ministerul Mediului și Pădurilor, pentru ca prin sentința ce o va pronunța instanța să se dispună:

- 1) anularea în tot a actului administrativ - NOTA DE CONSTATRE A NEREGULUIILOR ȘI DE STABILIRE A CORECȚIILOR FINANCIARE nr. 135339 din 04.04..2011 (denumită în continuare Notă de Constatare)
- 2) anularea în tot a actului administrativ - Decizia nr. 135965 din 08.06.2012 (denumită în continuare Decizie).

În fapt, autoritatea contractantă a organizat în anul 2011 procedura de atribuire a contractului „Construcția celei 2 a depozitului de deșeuri din Bacău și închiderea depozitelor municipale neconforme din județul Bacău, România” din cadrul proiectului „Sistem Integrat de management al Deșeurilor Solide în județul Bacău” Cod SMIS 27994 procedură care s-a finalizat prin încheierea contractului de lucrări cu ofertantul câștigător, Asocieria SC Iridex Group Construcții SRL, SC Hidroconstrucția SA și SC Finara Consult SRL.

În vederea atribuirii contractului, a fost întocmită documentația de atribuire în conformitate cu prevederile O.U.G. nr.34/2006 și HG 925/2006, iar în fișa de date a achiziției au fost stabilite mai multe criterii de calificare și s-au stabilit factorii de evaluare.

În urma verificărilor efectuate de Direcția Control Financiar al Instrumentelor Structurale, Compartimentul Nereguli, din cadrul MINISTERULUI MEDIULUI ȘI PĂDURILOR privind încheierea contractului de lucrări „Construcția celei 2 a depozitului de deșeurii din Bacău și închiderea depozitelor municipale neconforme din județul Bacău, România” din cadrul proiectului „Sistem Integrat de management al Deșeurilor Solide în județul Bacău” a fost întocmită Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135339 din 04.04.2012, prin care s-a stabilit obligarea noastră la plata unei corecții financiare de 13.580.483,50 lei, reprezentând 25% din valoarea fără TVA a contractului de lucrări.

Baza legală a controlului o constituie OUG 66/2011, HG 875/2011, OUG 92/2003, OUG 34/2006 HG 925/2006 și Ordinul 509/20.09.2011.

Referitor la modul de încheiere a notei de constare și a deciziei de respingere a contestației precizează:

1) Raportat la obiectul verificării și temeiul sancțiunii, consideră nelegal actul atacat, având în vedere încălcarea principiului neretroactivității legii civile, astfel cum este definit de art. 15, alin.(2) din Constituția României și art.I Codul Civil. Echipa de control a avut ca obiectiv exclusiv verificarea și analiza modului în care s-a încheiat Contractul de lucrări nr. 14747 din 20.12.2011, încheiat ca urmare a desfășurării unei proceduri de achiziție lansată pe SEAP la data de 28.07.2011, iar temeiul de drept avut în vedere aplicarea corecției financiare îi constituie prevederile OUG 66/2011, în vigoare de la data de 30.07.2011, iar Normele metodologice de aplicare ale acestui act normativ au intrat în vigoare la data de 15.09.2011.

În consecință, la data elaborării documentației de atribuire, actele normative în baza cărora s-a efectuat controlul și în baza cărora s-a stabilit corecția nu puteau fi avute în vedere de către autoritatea contractantă.

Potrivit art. 15 din Constituția României și art.I din Codul Civil, legea civilă se aplică numai pentru viitor, prin conținutul acestor dispoziții legale consacându-se principiul neretroactivității legii civile.

Acest principiu este recunoscut și de art. 47 din Carta drepturilor fundamentale și Uniunii Europene, prin prisma atingerii aduse principiului securității juridice, care se regăsește în totalitatea articolelor Convenției, constituind unul de elementele fundamentale ale statului de drept (CEDO, Hotărârea din 06.12.2007, Beian contra României).

În concluzie, un act administrativ născut anterior apariției OUG 66/2011, nu poate fi atacat în temeiul acestei legi pentru ca s-ar frânge principiul neretroactivității legii și cel al securității raporturilor juridice născute în baza acestui act (Decizia nr. 114/17.02.2010 CA Timișoara).

Referitor la problematica neretroactivității și retroactivității legii, atât în doctrina cât și în practica judiciară s-au cristalizat existența unor excepții de acest principiu (decizia Curții constituționale nr.3/02.02.1993):

- retroactivitatea legii penale mai blânde;
- retroactivitatea legilor interpretative

În mod cert, în cazul de față, nu suntem în nici una din situațiile limitativ prevăzute de lege care să permită încălcarea principiului neretroactivității.

În concluzie, orice act juridic este supus regulii *tempus regit actum*, adică regimului legislativ aplicabil când a fost încheiat, concret discutăm despre o așa-zisă neregulă legată de Fișa de date a Achiziției în baza căreia s-a desfășurat procedura prin care s-a atribuit contractul de lucrări nr. 14747 din 20.12.2011, data la care era în vigoare și aplicabilă OG 79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și fondurilor de cofinanțare utilizate necorespunzător.

O situație juridică produce efecte care sunt prevăzute de legea civilă în vigoare la data producerii ei. Stabilirea unor criterii de calificare eventual restrictive, au produs efecte juridice (și anume așa-zisa restricționare a participării unor ofertanți la procedură) sub imperiul legii vechi, respectiv OG 79/2003, iar sancțiunea trebuia aplicată în conformitate cu dispozițiile acestei legi.

Așadar, organele de control au avut la dispoziție un act normativ în baza căruia să constate și să sancționeze așa-zisa neregulă constatată, însă au folosit un instrument legislativ inaplicabil situației juridice verificate, doar pentru că prevede aplicarea unor sancțiuni mult mai grave.

În baza OG 79/2003, cuantumul sancțiunii financiare este lăsat la dispoziția organului de control și se aplică după constatarea unui prejudiciu, în timp ce potrivit Anexei II la OUG 66/2011, echipa de control aplică corecția după cum apreciază că s-a produs o încălcare din cele menționate în anexa.

2. Pe fondul cauzei, solicită anularea Notei de constatare și actelor subsecvente, având în vedere nelegalitatea și netemeinicia constatărilor echipei de control, astfel:

- referitor la nota justificativa nr. 6550 din 17.06.2011, ca urmare a deciziei CNSC, autoritatea contractantă a eliminat din fișa de date a achiziției criteriile aferente managerului de proiect, precum și cerințele privind standardele OHSAS 18001 și SA 8000, prin urmare criteriile stabilite pentru Coordonatorul echipei de proiectare și Inginerul apă canal nu au mai avut caracter restrictiv. referitor la justificarea cerințelor privind standardele OHSAS 18001 și SA 8000, autoritatea contractantă a justificat necesitatea solicitării acestora în Nota Justificativă nr. 6550 din 17.06.2011. Mai mult decât atât, autoritatea contractantă s-a conformat deciziei CNSC nr. 3847/380C7/4068/4098 și a eliminat aceste cerințe din fișa de date.

În nota de constatare se reține faptul că ofertantul câștigător nu îndeplinea cerințele din fișa de date, deoarece pentru mai multe persoane nominalizate nu s-au depus declarații de disponibilitate. Solicită să se observe ca în fișa de date nu s-au cerut declarații de disponibilitate pentru:

Managerul de proiect

Coordonator echipa de proiectare

Șef șantier celula 2

Șef șantier închidere depozite

Inginer geotehnică.

De asemenea, în nota de constatare, în mod greșit se reține că inginerul specialitate geotehnică nu îndeplinește cerința privind 3 ani experiența într-o funcție similară. Această cerință a fost solicitată pentru inginerul apa-canal și nu pentru inginerul geotehnic.

Dacă echipa de control analiza dosarul achiziției, ar fi constatat că urmare a solicitărilor de clarificări autoritatea contractantă a precizat că se solicită declarații de disponibilitate doar pentru 5 categorii de personal, respectiv pentru echipa de proiectare.

Referitor la publicarea eratei conținând modificările fata de fisa de date a achiziției, precizează că autoritatea contractantă a postat pe SEAP atașat anunțului de participare, toate modificările aduse fișei de date ca urmare a deciziei CNSC, ocazie cu care toate persoanele interesate puteau lua la cunoștință de conținutul acestora.

II. Ministerul Mediului și Pădurilor a formulat întâmpinare la cererea de chemare în judecată a reclamantei Unitatea Administrativ Teritorială Județul Bacău, prin care solicită respingerea acesteia ca nefondată.

Prin cererea adresată acestei instanțe, petenta Municipiul Bacău a solicitat:

1. Anularea Deciziei de soluționare a contestației nr. 135965/08.06.2012;
2. Anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135339/04.04.2012, acte administrative emise de Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS MEDIU.

În fapt, Unitatea Administrativ Teritorială Județul Bacău, beneficiar al proiectului "Sistem integrat de management al deșeurilor solide în județul Bacău" finanțat prin Programul Operațional Sectorial Mediu, a atribuit prin procedura Licitație restrânsă a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii) contractul de lucrări nr. 14747/20.12.2011 "Construcția celei 2 a depozitului conform de deșeurii din Bacău și închiderea depozitelor municipale neconforme din județul Bacău, România" din cadrul proiectului mai sus amintit. În baza atribuțiilor sale, stabilite prin lege și prin contractul de finanțare nr. 131.826/11.04.2011, Direcția Generală AM POS Mediu (DG AM POS Mediu) a verificat aspectele expuse în Suspiciunea de neregulă nr.28/12.03.2012, transmisă de către Direcția Fonduri Structurale din cadrul DG AM POS Mediu, privind încheierea contractului de lucrări nr. 14747/20.12.2011 cu încălcarea prevederilor legale care reglementează domeniul achizițiilor publice.

În urma formulării suspiciunii de neregulă nr.28/12.03.2012, o echipă de control din cadrul Direcției Generale AM POS MEDIU numită prin Decizia nr. 186/13.03.2012 de directorul general, a efectuat verificarea legalității încheierii contractului de lucrări nr. 14747/20.12.2011, din care rezultă că atribuirea contractului s-a făcut cu încălcarea prevederilor legale care reglementează domeniul achizițiilor publice.

Ca rezultat al verificărilor, echipa de control a emis Nota de constatare a neregulilor. Autoritatea contractantă nu a justificat cerințele minime specificate în Fișa de date a achiziției în Nota justificativă nr. 6550/17.06.2011, ceea ce a avut ca efect încălcarea prevederilor art.2 alin.(1) lit. b) din OUG nr.34/2006 - garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici.

De asemenea autoritatea contractantă nu are dreptul să solicite îndeplinirea unor astfel de cerințe de calificare (art. 178 alin.(2) din OUG nr.34/2006 și art.8 și 9 din HG nr.925/2006) deoarece sunt menite să restrângă accesul la procedura de atribuire, având ca efect încălcarea prevederilor art.2 alin.(1) lit. a) și b) din același act normative, referitoare la promovarea concurenței între operatorii economici și garantarea tratamentului egal între aceștia.

Conform art.26 alin.(2) din HG 925/2006 " în cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja publicate, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, în condițiile prevăzute de Regulamentul Comisiei Europene nr. 1.564/2005, care stabilește formatul standard al anunțurilor publicitare în cadrul procedurilor de atribuire prevăzute în directivele nr. 17/2004/CE și 18/2004/CE."

Prin evaluarea ofertei fără a se ține seama de îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție privind situația personală a candidatului (cap.5.1), capacitatea de exercitare a activității profesionale (cap.5.2), resursele umane (cap.5.4.2), lista de utilaje echipamente (cap.5.4.3) și standardele de calitate și mediu, a fost încălcat art.81 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Prin aplicarea unei metodologii de calcul care nu permite evaluarea concretă a avantajelor care vor rezulta din ofertele prezentate, au fost încălcate prevederile art. 199 alin (3) din OUG nr.34/2006 conform căreia: "autoritatea contractantă are obligația de a preciza, în mod clar și detaliat, în documentația de atribuire factorii de evaluare a ofertei cu ponderile relative ale acestora sau algoritmul de calcul, precum și metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți. Factorii de evaluare cu ponderile relative ale acestora, algoritmul de calcul, precum și metodologia de punctare a avantajelor trebuie să aibă legătura concretă cu specificul contractului și, după ce au fost stabiliți, nu se pot schimba pe toată durata de aplicare a procedurii de atribuire. "

În concluziile activității de verificare s-a arătat următoarele:

În conformitate cu prevederile punctului 1.0 din Anexa la Ordonanța de urgență nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, pentru neîndeplinirea criteriilor de calificare și selecție de către ofertantul câștigător, se aplică o corecție financiară de 10% din valoarea fără TVA a contractului.

În conformitate cu prevederile punctului 1.2 din Anexa la Ordonanța de urgență a Guvernului nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, pentru încălcarea principiilor transparenței și tratamentului egal, DG AM POS Mediu aplică o corecție financiară de 25% din valoarea fără TVA a contractului.

În conformitate cu prevederile punctului 1.6 din Anexa la Ordonanța de urgență nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, prin aplicarea unei metodologii de calcul care nu permite evaluarea concretă a avantajelor care vor rezulta din ofertele prezentate, se aplică o corecție de 5% din valoarea contractului.

Având în vedere prevederile art.4 din HG nr.875/2011 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, "în cazul în care, pentru același contract de achiziție verificat, se constată existența mai multor nereguli/abateri privind regimul achizițiilor pentru care trebuie aplicate corecțiile financiare/reducerile procentuale prevăzute în anexa la ordonanță, se va aplica valoarea cea mai mare a corecției financiare/reducerii procentuale propuse", se aplică o singură corecție financiară de 25% reprezentând 13.580.485,50 lei din valoarea fără TVA a contractului de lucrări nr. 14747/20.12.2011.

Împotriva Notei de constatare nr. 135339/04.04.2012, Consiliul Județean Bacău a formulat contestație prin care a solicitat anularea Notei de constatare.

Pentru soluționarea contestației, în conformitate cu prevederile art. 47 și următoarele din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 66/2011, Directorul General al DG AM POS MEDIU a emis Decizia nr. 318/AM/I 1.05.2012 prin care a numit comisia de soluționare a contestației depuse de Unitatea Administrativ Teritorială Județul Bacău împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135339/04.04.2012.

Urmare verificărilor efectuate, comisia de soluționare a contestației a emis decizia nr. 135965/08.06.2012 prin care decide respingerea contestației formulata de Consiliul Județean Bacău.

Referitor la motivele invocate de reclamantă arată următoarele:

1. Raportat la obiectul verificării și temeiul sancțiunii, reclamanta consideră nelegal actul atacat, având în vedere încălcarea principiului neretroactivității legii civile, astfel cum este definit de art. 15 alin.(2) din Constituția României și art. 1 Codul civil. Astfel, echipa de control a avut ca obiectiv exclusiv verificarea și analiza modului în care s-a încheiat contractul de lucrări nr. 14747/20.12.2011, încheiat ca urmare a desfășurării unei procedurii de achiziție lansată pe SEAP la data de 28.07.2011, iar temeiul de drept avut în vedere aplicarea corecției financiare îl constituie prevederile OUG nr.66/2011, în vigoare de la data de 30.07.2011, iar Normele metodologice de aplicare ale acestui act normative au intrat în vigoare la data de 15.09.2011. În consecință, la data elaborării documentației de atribuire, actele normative în baza cărora s-a efectuat controlul și în baza cărora s-a stabilit corecția nu puteau fi avute în vedere de către autoritatea contractantă.

Stabilirea unor criterii de calificare eventual restrictive, au produs efecte juridice sub imperiul legii vechi, respectiv OG nr.79/2003, iar sancțiunea trebuia aplicată în conformitate cu dispozițiile acestei legi.

Față de susținerea reclamantei, cum că prevederile O.U.G. nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, s-au aplicat retroactiv după ce procedura de achiziție a fost lansată pe SEAP la data de 28.07.2011, solicită instanței să constate că reclamanta se află într-o eroare gravă. Astfel, O.U.G. nr. 66/2011 a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr. 461 din 30 iunie 2011 și nu la data de 30.07.2011, cum eronat susține reclamanta.

Având în vedere că în conținutul respectivului act normativ nu se prevede în mod expres o dată ulterioară de intrare în vigoare, conform art. 12 alin.(2) din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, cu modificările și completările ulterioare, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011 a intrat în vigoare la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, și anume la data de 30.06.2011, anterior datei de publicare a documentației de atribuire pe SEAP pentru atribuirea contractului de lucrări nr. 14747/20.12.2011.

Susținerea reclamantei, cum că la data elaborării documentației de atribuire, actele normative în baza cărora s-a efectuat controlul și în baza cărora s-a stabilit corecția, nu puteau fi avute în vedere de către autoritatea contractantă, este profund greșită. La elaborarea documentației de atribuire trebuie să se aibă în vedere dispozițiile legislației aplicabile în domeniul achizițiilor publice (OUG nr.34/2006, HG nr.925/2006, HG nr. 1660/2006 ș.a.) și nu a actelor de control de genul OUG nr.66/2011. OUG nr. 66/2011 are ca obiect de reglementare prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora conținând și dispoziții privind aplicarea procedurilor de constatare și recuperare de la debitori a sumelor reprezentând corecții financiare ca urmare a identificării unor nereguli în aplicarea de către beneficiarii acestor fonduri a prevederilor legale privind achizițiile publice. Documentația de atribuire produce efecte juridice de la data publicării în SEAP, și nu de la data sau pe perioada elaborării acesteia.

Totodată cu privire la argumentele utilizate de reclamantă, solicită instanței să constate că reclamanta își fundamentează argumentele pe o lege abrogată (vechiul Cod civil). Art. 1 din Legea nr.287/2009 - Codul civil (noul Cod civil) nu se referă la principiul neretroactivității legii civile. În fapt, acest principiu este prevăzut de art.6 alin.(l) din Legea nr.287/2009 noul Cod civil, în vigoare începând cu 1 octombrie 2011.

Solicită instanței să constate deplina aplicabilitate a OUG nr.66/2011 activităților de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare demarate ulterior intrării în vigoare a a acestui act

normativ. Activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare sunt ulterioare intrării în vigoare a Ordonanței de urgență a Guvernului nr.66/2011.

Nota de constatare a fost emisă cu respectarea prevederilor O.U.G. nr. 66/2011 coroborate cu cele ale O.U.G. nr. 34/2006, forma acestui din urmă act avută în vedere fiind cea în vigoare la data derulării procedurii de atribuire. Potrivit prevederilor art. 1 din O.U.G. nr. 66/2011:

Prezenta ordonanță de urgență reglementează activitățile de prevenire, de constatare a neregulilor, de stabilire și de recuperare a creanțelor bugetare rezultate din neregulile apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, precum și de raportare a neregulilor către Comisia Europeană sau către alți donatori internaționali. Dispozițiile prezentei ordonanțe de urgență se aplică autorităților cu competențe în gestionarea fondurilor europene și oricăror alte instituții publice care au atribuții privind prevenirea, constatarea unei nereguli, stabilirea și urmărirea încasării creanțelor bugetare rezultate din neregulile apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și a fondurilor publice naționale aferente acestora, beneficiarilor de fonduri europene și/sau fonduri publice naționale aferente acestora, precum și oricăror alți operatori economici cu capital public sau privat care desfășoară activități finanțate din fonduri europene în baza unor acte juridice. "

Sursa de finanțare a Contractului de lucrări nr. 14747/20.12.2011 constă în fonduri europene nerambursabile acordate în temeiul Contractului de finanțare nr. 131826/11.04.2011 încheiat între Ministerul Mediului și Pădurilor și Consiliul Județean Bacău. Astfel, derularea Contractului de lucrări implică utilizarea fondurilor europene obținute de către Autoritatea contractantă, în calitate de beneficiar potrivit art. 2 alin.(1) lit. g) din O.U.G. nr. 66/2011, în baza Contractului de finanțare menționat. Or, scopul edictării O.U.G. nr. 66/2011 constă în constatarea neregulilor stabilirea și recuperarea creanțelor bugetare rezultate din neregulile apărute în utilizarea, de către autoritățile contractante - beneficiari - a finanțării nerambursabile obținute pentru implementarea proiectelor aprobate de către Comisia Europeană.

Monitorizarea modului de gestionare și utilizare a fondurilor europene astfel obținute revine părâtului. Pe cale de consecință, prevederile O.U.G. nr. 66/2011 sunt pe deplin aplicabile în cauză.

Direcția Generală AM POS Mediu a demarat misiunea de control ca urmare a Notificării privind suspiciunea de neregulă nr.28/12.03.2012, întocmită de către Direcția Fonduri Structurale. Aceasta a fost demarată după intrarea în vigoare a Ordonanței de Urgență a Guvernului nr.66/2011, care a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr.461 din 30.06.2011.

Potrivit art. 21 alin.(5) din OUG 66/2011 „în vederea constatării neregulilor și stabilirii creanțelor bugetare, conducerea instituției publice în cadrul căreia funcționează structura de control în situațiile de excepție/derogare prevăzute la art. 20 alin. (2) lit. a) și b), la art. 20 alin. (7) și, după caz, la art. 20 alin. (4), respectiv conducerea autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, în celelalte situații, aprobă:

- a) componența nominală a echipei care va efectua verificarea și constatarea;
- b) durata activității de verificare;
- c) mandatul privind obiectul verificărilor, stabilirea creanței bugetare rezultate din nereguli și a debitorilor;
- d) structura sau structurile verificate."

II. În ce privește motivele menționate de reclamantă pe fondul cauzei, arată următoarele:

Urmare a deciziei CNSC nr.3847/380C7/4068/4098, reclamanta a modificat documentația de atribuire, atât prin publicarea anunțului tip erată nr. 23898/22.09.2011 la anunțul de participare nr.127004/28.07.2011, cât și prin clarificări. Prin intermediul anunțului tip erată nr.

23898/22.09.2011 la anunțul de participare nr. 127004/28.07.2011 au fost modificate termenele de solicitare de clarificări, de depunere a ofertelor și de deschidere a ofertelor, fără a se menționa și alte modificări. Ori, în anunțul tip erată, la punctul VI.3.2 se menționează modificarea atât a anunțului de participare cât și a documentelor de licitație corespunzătoare. Și totuși la pct.VI.3.4 din anunțul tip erată se menționează doar modificarea anunțului de participare fără a se preciza și modificarea documentației de atribuire. Modificarea criteriilor de calificare nu este menționată nici la pct. VI.4 - Alte informații suplimentare, din anunțul tip erată. Chiar și în Raportul procedurii nr. 14023/07.12.2011, la Cap.2, referitor la Clarificări la documentația de atribuire se menționează faptul că prin anunțul tip erată nr. 23898/22.09.2011 la anunțul de participare nr. 127004/28.07.2011 au fost modificate doar termenele de solicitare de clarificări, de depunere/deschidere a candidaturilor/ofertelor.

Este adevărat că urmare deciziei CNSC nr. 3847/380C7/4068/4098, reclamanta (în calitate de autoritate contractantă) a modificat documentația de atribuire prin Clarificarea nr.2 din 22.09.2011, în sensul eliminării criteriilor restrictive, însă aceasta trebuia făcută printr-un anunț tip erată la anunțul de participare așa cum prevede legiuitorul, *expressis verbis*, în art.22 alin.(1) și art. 26 din HG nr. 925/2006.

(1) După data de 31 decembrie 2006, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare anunțurile de intenție, de participare și de atribuire, inclusiv pe cele de tip erată la respectivele anunțuri, către operatorul SEAP. ART. 26 (2) în cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja publicate, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, în condițiile prevăzute de Regulamentul Comisiei Europene nr. 1.564/2005, care stabilește formatul standard al anunțurilor publicitare în cadrul procedurilor de atribuire prevăzute în directivele nr. 17/2004/CE și 18/2004/CE."

Nerespectarea prevederilor art. 26 alin.(2) din HG nr.925/2006, ce privesc procedura de modificare a documentației de atribuire, are ca și consecință informarea necorespunzătoare a operatorilor economici interesați și deci restricționarea participării acestora la procedura de achiziție publică respectivă.

În concluzie, pentru considerentele mai sus expuse, solicită respingerea ca nefondată a cererii de anulare a deciziei de soluționare a contestației nr. 135965/08.06.2012 și a notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135339/04.04.2012, acte administrative emise de Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS MEDIU.

În drept, invocă dispozițiile art. 115-118 Cod procedură civilă, Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, cu modificările și completările ulterioare, OUG 66/2011, republicată cu modificările și completările ulterioare, HG nr. 875/2011 cu modificările și completările ulterioare, OUG 34/2006 și HG 925/2006 republicată cu modificările și completările ulterioare.

Analizând actele și lucrările dosarului instanța reține următoarele:

I. Cererea de anulare a notei de constatare și aplicare a corecțiilor financiare nr. 135339/04.04.2012 și a deciziei nr. 135765/08.06.2012, emise de pârât, sunt neîntemeiate. Astfel, atât documentația de atribuire, cât și desfășurarea procedurii de achiziție și încheierea finală a contractului de achiziție nr. 14747/20.12.2011 au fost realizate integral după intrarea în vigoare a OUG nr. 66/2011.

OUG nr. 66/2011 a fost publicată în Monitorul Oficial al României la data de 30.06.2011, în timp ce emiterea documentației de atribuire, prima etapă a achiziției publice, a avut loc la data de 28.07.2011 (fila 90 din dosar). Rezultă că reclamantul cunoștea riscurile și sancțiunile la care se

expunerea în cazul încălcării prevederilor imperative ale OUG nr. 34/2006, la data demarării și parcurgerii procedurii de achiziție publică și la data încheierii contractului nr. 14747/20.12.2011.

În consecință, instanța nu poate reține ca motiv de nelegalitate a actelor administrative atacate, aplicarea retroactivă a prevederilor OUG nr. 66/2011. Nici pe fondul său cererea nu este întemeiată.

Astfel, deși prin decizia nr. 3847/380C7/4068/4098 emisă de CNSC, reclamantul a fost obligat să remedieze încălcările prevederilor OUG nr. 34/2006 constatate, în sensul că acesta trebuia să modifice cerințele din documentația de atribuire prin două modalități, respectiv atât prin publicarea anunțului tip erată, la anunțul de participare, cât și prin clarificări aduse documentației.

Reclamantul a notificat termenele de solicitare de clarificări și de depunere de deschidere a ofertelor, precum și cerințele de la pct.5.4.2 și 5.4.7 din fișa de date, însă nu a efectuat publicitatea acestora prin modalitatea expres prevăzută de legislația națională și cea comunitară, respectiv prin publicarea unui anunț tip erată la anunțul de participare inițial.

S-au încălcat în acest fel decizia nr. 3847/380C7/4068/4098 a CNSC și prevederile art. 26 alin.2 din HG nr. 925/2006, potrivit cărora „în cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja publicate, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț tip erată la anunțul inițial, în condițiile prevăzute de Regulamentul Comisiei Europene nr. 1.564/2005, care stabilește formatul standard al anunțurilor publicitare în cadrul procedurilor de atribuire prevăzute în directivele nr. 17/2004/CEU 18/2004/CE”. Prin încălcarea acestor prevederi legale imperative, s-a adus atingere principiilor transparenței și publicității procedurii de achiziție publică, întrucât nu au fost aduse la cunoștința posibililor ofertanți modificările impuse de decizia nr. 3847/380C7/4068/4098, prin forma strictă prevăzută de lege.

Rezultă deci, că afirmația reclamantului conform căruia prin publicarea în SEAP a modificărilor fișei de date atașată la anunțul de participare s-a oferit posibilitatea luării la cunoștință a conținutului modificărilor față de toate persoanele interesate, nu poate fi primită. Din fișa de date (fila 112 din dosar) rezultă că managerul de proiect trebuia să facă dovada că a fost șef de șantier în minimum două contracte de lucrări finalizate, cu proces-verbal de recepție emis la terminarea lucrărilor; pârâtul a constatat că cel propus pentru poziția de manager proiect nu a făcut dovada participării anterioare în cel puțin un proiect de lucrări în domeniul gestionării deșeurilor. Reclamantul nu a făcut dovada contrară în fața instanței de judecată.

Chiar dacă pârâtul a fost în eroare atunci când a considerat că pentru inginerul geotehnic lipsește dovada unei experiențe minime de 3 ani într-o funcție similară, în realitate această cerință fiind prevăzută pentru inginerul apă-canal (filele 112 din dosar), celelalte neregularități constatate (nepublicarea modificărilor la fișa de date printr-o erată emisă în condițiile art. 26(2) din HG nr. 925/2006 și lipsa dovezilor de experiență similară privind managerul de proiect), conduc la concluzia că în mod corect a aplicat pârâtul corecțiile stabilite prin nota de constatare, aceasta fiind proporțională cu conduita reclamantului și gravitatea încălcărilor prevederilor OUG nr. 34/2006, HG nr. 925/2006 și deciziei nr. 3847/380C7/4068/4098 a CNSC. În consecință, cererea va fi respinsă ca neîntemeiată.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge ca nefondată cererea formulată de reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL BACĂU cu sediul în Bacău, jud. Bacău, în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR cu sediul în București. Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică azi 29.01.2013

Dosar nr. 579/32/2012

CURTEA DE APEL BACĂU
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA Nr. 217/2012
Ședința publică de la 26 Octombrie 2012

Pe rol fiind pronunțarea hotărârii în acțiunea în contencios administrativ și fiscal formulată de reclamantul Consiliul Județean Bacău în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor, având ca obiect contestație act administrativ fiscal. Dezbaterile în fond au avut loc în ședința publică din 12 octombrie 2012, fiind consemnate în încheierea de ședință din acea zi și care face parte integrantă din prezenta hotărâre.

CURTEA, deliberând:

Asupra acțiunii civile de față, constată următoarele:

Prin cererea înregistrată sub nr. 579/32/2012 la Curtea de Apel Bacău reclamantul Consiliul Județean Bacău a chemat în judecată pe pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor solicitând anularea Deciziei nr. 135964/08.06.2012 și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135338/04.04.2011.

În motivarea acțiunii, reclamanta a arătat că, în calitate de autoritate contractantă a organizat în anul 2011 procedura de atribuire a contractului de servicii „Asistență tehnică pentru managementul proiectului și supervizarea lucrărilor de construcții în sprijinul Consiliului Județean Bacău” din cadrul proiectului „Sistem Integrat de management al Deșeurilor Solide în județul Bacău” procedură care s-a finalizat prin încheierea contractului de servicii cu ofertantul câștigător, SC Fichtner Environment SRL.

Prin Nota nr. 135338/04.04.2011 s-a stabilit obligarea reclamantei la plata unei corecții financiare de 3.148.490,50 lei, reprezentând 25% din valoarea fără TVA a contractului de lucrări. Nota de constatare este netemeinică deoarece au fost reținute ca aplicabile dispozițiile O.U.G. nr. 66/2011 în condițiile în care acest act normativ nu era în vigoare la data desfășurării procedurii de achiziție.

Totodată, în urma controlului s-a constatat că autoritatea contractantă a prelungit nejustificat perioada de evaluare a singurei oferte, cu toate că a utilizat o procedură de licitație restrânsă accelerată, încălcând prevederile art.200, alin.(I) din O.U.G. nr. 34/2006, această prelungire nu este de natură să atragă aplicarea corecției financiare, chiar dacă nu a fost temeinic justificată.

Referitor la aprecierea ca restrictive a condițiilor de participare că cel puțin un contract nu poate fi considerat astfel în raport de dispozițiile art. 9, lit.a din H.G. nr. 925/2006. Pârâtul a formulat întâmpinare solicitând respingerea acțiunii, argumentele invocate fiind, în esență, aceleași cu cele din actele contestate.

Din actele și lucrările dosarului instanța reține următoarele:

La data de 21.03.2011 Consiliul Județean Bacău a încheiat cu S.C. Fichtner Environment S.R.L. contractul de servicii „Asistența tehnică pentru managementul proiectului și supervizarea lucrărilor de construcții în sprijinul Consiliului Județean Bacău cu nr. 2887/21.03.2011 pentru o valoare a lucrărilor de 12.593.962 lei fără T.V.A.

Pârâtul a întocmit Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135338/14.04.2012, prin care a aplicat reclamantului o corecție financiară de 2% din valoarea

contractului de servicii nr. 2887/ 21.03.2011 pentru prelungirea nejustificată a perioadei de evaluare a singurei oferte depuse în etapa a doua a procedurii de achiziție publică.

Prin aceeași notă, pentru utilizarea de cerințe de calificare și selecție restrictive în atribuirea contractului s-a aplicat o corecție de 25% din valoarea contractului, în cuantum de 3.148.490,50 lei. Conform art. 4 din H.G. nr. 875/2011 s-a aplicat o singură corecție financiară de 25% din prețul contractului.

1) Cu privire la aplicarea retroactivă a O.U.G. nr. 66/2011

Legea este retroactivă atunci când reglementează fapte care, anterior intrării sale în vigoare, au dat naștere, au modificat sau au stins situații juridice precum și atunci când efectele respectivelor situații juridice s-au produs tot înainte de intrarea ei în vigoare.

Specific cauzei de față este că fapta care a produs situația juridică (neregula) s-a produs în timp ce era în vigoare O.G.nr.79/2003 dar efectele sale juridice au continuat să se producă și sub imperiul noii reglementări.

Ambele acte normative definesc neregula, după cum urmează:

- art.2 alin. 1 lit. a din O.G. nr. 79/2003 prevede următoarele: „*neregula reprezintă orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile legale naționale și/sau comunitare, precum și cu prevederile contractelor ori ale altor angajamente legale încheiate în baza acestor dispoziții, care prejudiciază bugetul general al Comunității Europene și/sau bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, precum și bugetele din care provine cofinanțarea aferentă printr-o cheltuială necuvenit*”.

- art.2 alin. 1 lit. a din O.U.G. nr.6/2011 definește neregula ca fiind „*orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/s au fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit*”.

Reglementarea este asemănătoare, singura diferență notabilă, care poate prezenta relevanță din perspectiva cauzei de față, fiind referirea la prejudiciu: O.G.79 vorbește de abateri care prejudiciază în timp ce O.U.G.66/2011 se referă la abateri care au prejudiciat sau care pot prejudicia bugetul Uniunii Europene. Deosebirea rămân însă la nivelul aparenței, ambele sintagme acoperind, fie prin folosirea unui prezent continuu (cazul O.G.O.U.G.79/2003) fie prin referirile la momentele anterioare sau posterioare neregulii (cazul O.U.G. O.G.66/2011), întreaga perioadă de derulare a unui program finanțat din fonduri europene.

Prin urmare, neregulile fiind definite identic, singura chestiune care rămâne în discuție este cea a posibilității aplicării corecției financiare dispuse de organul de control. Efectele neregulilor avute în vedere de O.U.G. nr. 66/2011 pot fi concomitente cu săvârșirea acestora dar și posterioare comiterii lor, în funcție de acte intervenite ulterior pe parcursul derulării unui program cu finanțare europeană. Astfel efectele unei nereguli se produc la momentul aprobării cererii de rambursare a sumelor constatate ca neeligibile, din această clipă prejudiciul eventual, vizat prin sintagma „*care poate prejudicia bugetul*”, devenind efectiv.

În cauză sumele neeligibile nu au fost rambursate de către reclamant care a presupus că, efectele juridice ale neregulii se produc sub imperiul O.U.G. nr.66/2011, este justificată aplicarea de către

organul de control a dispozițiilor acestui act normativ, nepunându-se problema retroactivității acestuia.

2. Cu privire la prelungirea nejustificată a procedurii de atribuire

Reclamantul a utilizat pentru achiziția publică procedura de licitație restrânsă la ea participând doi operatori economici care au depus candidatură în etapa I. Pentru etapa a II-a a fost selectat și invitat să depună ofertă doar SC Fichtner Environment SRL, data limită fiind 14.02.2011.

Perioada de evaluare a fost prelungită cu 65 de zile prin nota justificativă nr. 772/24.01.2011 iar raportul procedurii s-a întocmit la 14.03.2011, contractul fiind semnat la 11.04.2011. Pârâtul a apreciat că prin această prelungire au fost încălcate prevederile art. 200 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006, accelerarea procedurii de achiziție publică rămânând fără obiect.

Este adevărat că prin nota justificativă nr. 772/24.01.2011 prelungirea perioadei de evaluare nu a fost justificată decât formal, simpla încălcare a dispozițiilor art. 200 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 nu este de natură, prin ea însăși, să atragă aplicarea unei corecții financiare. După cum rezultă din definiția dată neregulii de O.U.G. nr. 66/2011, aceasta trebuie să prejudicieze sau să poată prejudicia bugetul Uniunii Europene. Ori, nici prin nota de constatare, nici prin decizia atacată, reclamantul nu a indicat în ce ar consta prejudiciul produs bugetului Uniunii Europene, în condițiile în care la procedură a participat, în etapa a II-a, un singur ofertant, cu care a fost și încheiat contractul de servicii. Prin urmare, în mod netemeinic a fost aplicată de către reclamant corecția de 2% din valoarea contractului.

3. Cu privire la utilizarea condițiilor restrictive

Conform notei de constatare, condițiile restrictive utilizate de autoritatea contractantă constau în următoarele:

- cel puțin un contract de asistență tehnică în domeniul managementului deșeurilor la care participarea ofertantului a fost de minim 1.500.000 lei sau echivalent.

Acest criteriu este restrictiv, întrucât finalizarea unui singur contract de anvergură mare nu presupune implicit și realizarea unor servicii de complexitate mare, aceste valori putând fi cumulate și din realizarea simultană a mai multor contracte a căror valoare atinge pragul impus de autoritate. Afirmațiile din Nota justificativă nr. 13791/21.12.2010 privind alegerea cerințelor minime de calificare referitoare la situația economică și financiară sau la capacitatea tehnică și/sau profesională cu privire la faptul că "ofertanții au posibilitatea de a se asocia în vederea îndeplinirii criteriului, în eventualitatea că doar unul nu le îndeplinește singur pe toate" nu poate fi reținută, întrucât prin asociere nu se mai poate îndeplini cerința referitoare la "cel puțin un contract" în valoare de minim 1.500.000 euro, asocierea a doi operatori economici presupunând cumulul a minim 2 contracte diferite. Totodată, autoritatea contractantă solicită implementarea și finalizarea în ultimii 3 ani a unui contract de aceeași complexitate, deși contractul ce face obiectul prezentei proceduri are o durată de 45 de luni. Prin urmare, cerința solicitată nu a fost coroborată cu durata de realizare a serviciului de asistență tehnică, în sensul că, există posibilitatea ca, deși în ultimii 3 ani operatorul economic să fi prestat servicii de asistență tehnică a căror valoare cumulată să fi atins plafonul de 1.500.000 euro, finalizarea și implementarea contractului să nu se fi realizat;

- cel puțin un contract finalizat în ultimii 3 ani, care a implicat și activități de Supervizare de lucrări în domeniul managementului deșeurilor, la care participarea ofertantului (inclusiv ca asociat sau sub contractant) a fost de minim 1.200.000 euro sau echivalent (va fi luată în considerare strict valoarea corespunzătoare activităților de supervizare a lucrărilor) și în care valoarea lucrărilor de investiții să reprezinte cel puțin echivalentul în lei a 20.000.000 euro.

Cerința privind valoarea minimă a lucrărilor ce urmau a fi supervizate de 20.000.000 euro este restrictivă, obiectul vizat nefiind similar cu cel al contractului de servicii. Execuția lucrărilor supervizate nu a fost realizată de operatorul economic participant la licitația restrânsă, ci de o terță parte. Valoarea lucrărilor care sunt supervizate nu constituie experiența similară a ofertantului participant, astfel cum nici prezentul contract nu include execuția lucrărilor de construcții.

- cel puțin un contract care a inclus pregătirea și derularea unei Campanii de conștientizare în domeniul deșeurilor cu o valoare de minim 200.000 Euro.

Informații privind asigurarea personalului tehnic de specialitate:

- Expert principal 1: lider de echipă - coordonator de echipă

Experiență profesională specifică: Manager de proiect/adjunct manager lider de echipă/adjunct, în minimum un contract de asistență tehnică în domeniul managementului deșeurilor implementat la nivel județean sau regional.

- Expert principal 2 adjunct lider de echipa (ALE)

Participarea în minimum două proiecte cu finanțare UE sau IFI în calitate de expert mediu care a contribuit la implementarea unui sistem integrat de management al deșeurilor la nivel județean.

- Expert principal 3 - expert financiar

Experiența profesională de minim 5 ani în calculul costurilor și structura tarifelor în cadrul investițiilor promovate de autoritățile locale.

Participarea ca expert financiar în minimum 2 (două) proiecte, în domeniul deșeurilor în care a realizat calcul de tarife și stabilirea structurii și politicii tarifare în vederea delegării serviciului de salubritate;

Participarea ca expert financiar în proiecte finanțate din fonduri europene/ internaționale în care a realizat calcul de tarife pentru cel puțin 1 (unul) sistem integrat de gestionare a deșeurilor la nivel județean;

- Expert principal 4 - expert instituțional

Participarea ca expert analiza instituțională în minimum două proiecte în domeniul managementului deșeurilor în care a realizat consultanța juridică privind concesiunea serviciilor zonale de colectare și transport și consultanță juridică privind delegarea gestiunii pentru operarea investițiilor noi;

- Expert principal 5 - expert în relații publice / comunicare

Participarea în minimum un proiect de aceeași natură și complexitate cu prezentul contract privind gestionarea deșeurilor, în care a realizat și implementat campanii de conștientizare la nivel județean, și în care a derulat activități de conștientizare atât pentru populația din mediul rural cât și pentru cea din mediul urban;

- Expert principal 6 - expert achiziții

Participarea ca expert în achiziții, în cel puțin două contracte de infrastructura de mediu;

Participarea ca expert în achiziții în cel puțin două contracte în domeniul managementului deșeurilor urbane având ca rezultat elaborarea documentațiilor de atribuire pentru serviciile de colectare și transport respectiv delegarea serviciului de operare a unui depozit conform și a instalațiilor realizate prin proiect.

- Expert principal 7 - inginer rezident

Supervizarea construcției unui depozit nou de deșuri cu capacitatea unei celule de minim 800.000 m³, stație de sortare și închidere de depozite neconforme cu o valoare a investițiilor de peste 14 milioane de Euro;

- Expert principal 8 - inginer supervizor (diriginte de șantier)

Participarea la supervizarea lucrărilor în cel puțin 1 (un) proiect în domeniul infrastructurii de management al deșeurilor care să fi inclus construcția unei stații de sortare cu o capacitate de cel puțin 10.000 tone/an;

- Expert principal 9 - inginer supervizor (diriginte de șantier)

Participarea la supervizarea lucrărilor în cel puțin 1 (un) proiect în condiții contractuale FIDIC sau similare, în domeniul infrastructurii de management al deșeurilor care să fi inclus construcția unei stații de transfer cu o capacitate de cel puțin 20.000 tone/an.

S-a apreciat că prin cerințele impuse pentru experiența profesională a experților de mai sus a fost îngrădit accesul la procedura de atribuire a operatorilor economici care:

- au implementat proiecte de complexitate similară la nivel municipal sau național și care au derulat un singur contract, dar de complexitate mai mare decât a contractului ce urma a fi atribuit;
- au participat la supervizarea unor lucrări a căror valoare totală a investiției era mai mică decât cea solicitată de autoritatea contractantă, însă partea de implicare a ofertantului a fost mai mare decât cea minimă impusă.

Cerințele referitoare la contracte nu pot fi restrictive, neîncălându-se dispozițiile art. 9 lit. a din H.G. nr. 925/2006, text conform căruia „cerințele minime de calificare sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea antracului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit, dacă se impune îndeplinirea unor condiții cum ar fi - faptul că suma valorilor/cantităților de produse furnizate, servicii prestate și lucrări executate, incluse în contractul/contractele prezentat/prezentate de către operatorul economic ca dovadă a experienței similare, fie mai mare decât valoare/cantitatea de produse/servicii/lucrări ce vor fi furnizate/prestate/executate în baza contractului care urmează a fi atribuit” fapt ce nu a putut fi dovedit în cazul de față.

Pârâtul nu a făcut trimitere la un text legal atunci când a apreciat aceste cerințe ca restrictive ci s-a limitat la raționamente subiective, pornite de la premise eronate cum ar fi „finalizarea unui control de anvergură mare nu presupune implicit și vânzarea unor servicii de complexitate mare”.

În ceea ce privește cerințele referitoare la asigurarea personalului tehnic de specialitate raționamentele înfățișate de pârât în nota de constatare își găsesc corespondent în dispozițiile Ordinului nr. 50/14.09.2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, act normativ care nu era însă în vigoare la data derulării procedurii de achiziție publică. Pe cale de consecință, față de cele arătate mai sus, nu poate fi reținută încălcarea dispozițiilor art. 178 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 și, prin urmare, nici a neregulii reținută prin actul contestat.

Față de cele arătate mai sus, constatând că în mod netemeinic au fost reținute de pârât cele două nereguli, în temeiul art. 51 din O.U.G. nr. 66/2011 li art. 1 alin. 1 din Legea nr. 554/2004 instanța va admite acțiunea și va anula acele administrative contestate.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Admite acțiunea formulată de reclamantul Consiliul Județean Bacău, cu sediul în Bacău, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor cu sediul în București, sector 5. Anulează Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135338/04.04.2011 și decizia nr. 135964/08.06.2012.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică azi, 26 octombrie 2012.

Dosar nr. 638/32/2012

CURTEA DE APEL BACĂU
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
Sentița nr. 292/2012
Ședința publică de la 18 Decembrie 2012

Astăzi a venit spre pronunțare acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul Municipiul Bacău - prin Primar, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu, având ca obiect anulare act administrativ.

Dezbaterile asupra fondului cauzei au avut loc în ședința publică din 04 decembrie 2012, prezența și susținerile părților fiind consemnate în încheierea din acea dată, ce face parte integrantă din prezenta și în care s-a dispus amânarea pronunțării pentru data de 11 decembrie 2012 și pentru data de 18 decembrie 2012, respectiv pentru astăzi, când:

CURTEA, deliberând:

Asupra acțiunii în contencios administrativ formulată de reclamantul Municipiul Bacău - prin Primar, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu, se constată următoarele:

Prin acțiunea formulată, reclamantul Municipiul Bacău - prin Primar a solicitat anularea Deciziei nr. 135700/16.05.2012 emisă de pârât cât și a Notei de constatare a neregulilor și a corecțiilor financiare. În motivarea acțiunii reclamantul a arătat că:

La data de 18.04.2011 a avut loc depunerea ofertelor, de către cele patru asociații totalizând un număr de 13 firme, respectându-se modalitatea de depunere a ofertelor solicitată de autoritatea contractantă de către toți ofertanții. Comisia a procedat la deschiderea doar a documentelor de calificare de pe SEAP, fiind emis Procesul-verbal de deschidere a ofertelor cu nr. 3085/18.04.2011, parte componentă din dosarul achizițiilor publice conform art. 213 și precizărilor din art. 216 din O.U.G. nr. 34/2006, actualizată.

Decizia deschiderii doar a ofertei tehnico-economice depusă de către Asociația S.C. ELSACO ELECTRONIC S.R.L. Botoșani - S.C. BRANPIS S.R.L. Bacău - KAWASAKI Gaz Turbine Europe GmbH Bad Homburg, Germania s-a luat în ședința de evaluare nr. 3 din data de 20.06.2011, restul ofertelor tehnico-economice depuse de către celelalte trei asociații rămânând sigilate la sediul autorității contractante ca elemente ale dosarului achiziției și, în prezent, nefiind deschise motivat de faptul că niciunul din ceilalți trei ofertanți nu s-a calificat în etapa următoare, deoarece nu au respectat cerințele de calificare. Menționează că în cazul de față autoritatea contractantă nu cunoaște conținutul ofertelor tehnice și financiare ale celorlalți participanți ce nu au trecut de etapa de calificare, lucru ce ar fi fost posibil în cazul în care acestea ar fi fost depuse în format electronic în SEAP.

Că, astfel, având în vedere volumul foarte mare de documente a celor două secțiuni ce ar fi trebuit să fie încărcate în SEAP de către operatorii economici participanți la procedură (în cazul unor erori de încărcare a ofertelor în SEAP aceștia ar fi fost excluși din procedură și nu s-ar fi asigurat concurența scontată) și volumul de documente ce ar fi fost ulterior descărcate anevoios de către autoritatea contractantă, luând în calcul pentru ambele părți (oferant - autoritate) performanțele tehnice limitate ale SEAP la nivelul primului trimestru al anului 2011 (viteze cuprinse în intervalul 1-4 kB/s), s-a aplicat articolul de lege invocat anterior, solicitându-se ca aceste documente să fie

depose la sediul autorității contractante. Arată că a anexat la dosar declarația administratorului de sistem, în sprijinul celor menționate anterior (Anexa 5).

De altfel, Curtea de Apel Bacău prin Decizia nr. 1553/10.11.2011 pronunțată în dosarul nr. 573/32/2011, prin care s-a soluționat plângerea formulată de S.C. ROMELECTRO S.A., a stabilit cu putere de lucru judecat faptul că prin necontestarea documentației de atribuire în termenul legal, aceasta a dobândit forță obligatorie opozabilă erga omnes, iar prin depunerea de către contestator a ofertei în forma cerută acesta și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire.

Ori, în cauza de față, dacă S.C. ROMELECTRO S.A. era nemulțumită de anumite aspecte, putea formula contestații sau solicitări de clarificări în termenele legale, fapt care nu s-a întâmplat. Mai mult decât atât societatea în cauză a depus oferta în cadrul procedurii conform documentației de atribuire, fapt care conduce automat la concluzia că aceasta și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire.

Totodată, art. 17 alin. (4) din H.G. nr. 1660/2006 actualizată, nu distinge că motivele tehnice sunt „defecțiuni tehnice la SEAP”, UBI LEX NON DISTINGUIT, NEC NOS DISTINGUERE DEBEMUS (unde legea nu distinge, nici noi nu trebuie să distingem). În plus, nu s-a încălcat niciun principiu al achizițiilor publice, prin solicitarea documentelor la sediul autorității contractante, regulile licitației fiind aceleași, valabile pentru toți ofertanții.

Astfel, nu este încălcat nici principiul transparenței, având în vedere că autoritatea contractantă a adus la cunoștința publicului toate informațiile referitoare la aplicarea procedurii de atribuire (respectarea regulilor de publicitate privind anunțurile procedurii, publicarea documentației de atribuire inclusiv a factorilor de evaluare, a ponderilor și a algoritmului de calcul ce urmează a fi luate în considerare la evaluarea ofertelor, transmiterea solicitărilor de clarificări și a răspunsurilor la acestea, etc.).

Ține să precizeze că această logică greșită, conduce la catalogarea că toate procedurile desfășurate off-line, la care toate documentele se depun la sediul autorității contractante, nu sunt transparente.

ANRMAP, în cadrul procedurii de supraveghere, a considerat faptul că, în mod corect, s-a procedat la aplicarea excepției de la art. 17 alin. (4) din H.G. nr. 1660/2006, ca urmare a disfuncționalităților de ordin tehnic înregistrate.

Față de toate aceste aspecte menționate, solicită instanței de judecată să admită prezenta plângere și, pe cale de consecință, să dispună anularea Deciziei nr. 135700/16.05.2012 și a notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135121/16.03.2012. În drept, se invocă prevederile art. 51 din O.U.G. nr. 66/2011 și prevederile art. 11 din Legea nr. 554/2004.

Prin întâmpinarea depusă la dosarul cauzei, pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu a solicitat respingerea acțiunii, ca nefondată.

Analizând actele și lucrările dosarului, instanța - Curtea de Apel Bacău - reține următoarele: Ca urmare a sesizării înregistrate sub nr. 158/23.01.2012, Direcția Generală AM POS Mediu a dispus efectuarea de către o echipă din cadrul acesteia a verificării legalității încheierii contractului de lucrări nr. 69241/23.11.2011 și pentru a se stabili dacă atribuirea contractului s-a făcut cu respectarea reglementărilor legale privind achizițiile publice; s-a stabilit de echipa de control că există nereguli în procedura de atribuire, aplicând o corecție financiară de 10% din valoarea fără T.V.A., respectiv 8.444.087,19 lei, a contractului de lucrări nr. 69241/2011.

Reclamantul a formulat contestație, care prin Decizia nr. 135700/2012 a fost respinsă, arătând că nu a fost respectată H.G. nr. 1660/2006. Atât prin contestație cât și prin acțiunea introductivă, reclamantul a susținut că din motive tehnice, obiective, nu a fost posibilă transmiterea anumitor documente în format electronic, iar Decizia Curții de Apel Bacău nr. 1553/10.11.2011 are efect juridic - erga omnes - susținere nefondată.

Astfel, H.G. în art. 1 prevede că:

(1) În aplicarea prevederilor art. 21 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, denumită în continuare ordonanță de urgență, sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, pune la dispoziția autorităților contractante facilități tehnice pentru:

- a) aplicarea, integral prin mijloace electronice, a procedurilor de licitație deschisă, licitație restrânsă și cerere de oferte;
- b) aplicarea, parțial prin mijloace electronice, a procedurilor de atribuire a contractului de achiziție publică prevăzute la art. 18 din ordonanța de urgență, iar, în art. 68, că:

(1) Funcționarea SEAP este asigurată din punct de vedere tehnic de către operatorul SEAP, în mod etapizat, după cum urmează:

- e) până la data de 15 martie 2008 sunt disponibile facilitățile tehnice pentru aplicarea, integral prin utilizarea mijloacelor electronice, a procedurii de licitație deschisă.

Față de cele menționate, rezultă că SEAP pune la dispoziția autorităților contractante, întreaga funcționare din punct de vedere tehnic; reclamantul a încheiat contract pentru utilizarea mijloacelor electronice cu RCS & RDS și ca parte contractantă, trebuia să se asigure că RCS & RDS își respectă obligația de a asigura funcționarea tehnică a mijloacelor electronice.

Art. 17 din H.G. nr. 1660/2006 prevede situațiile de excepție, ori reclamantul nu se încadrează în acestea; acesta nu a prezentat nicio dovadă din care să rezulte constatarea defecțiunilor și solicitarea remedierii acestora, anterior datei limită stabilită în anunțul de participare.

Referitor la Decizia nr. 1553/2011 pronunțată de Curtea de Apel Bacău, s-a soluționat plângerea formulată de S.C. ROMELECTRO S.A. privind atribuirea contractului și nu s-a analizat aplicarea H.G. nr. 1660/2006, situație în care nu se poate susține că există autoritate de lucru judecat sub acest aspect iar pârâta nu ar fi avut dreptul să dispună verificări.

De asemenea, a mai arătat reclamantul că s-a respectat principiul transparenței deoarece s-a adus la cunoștința publicului întreaga documentație; această susținere, ar duce, în logica și interpretarea dată de reclamant, la ineficiența și nerespectarea actului normativ - HG. nr. 1660/2006. Atâta timp cât în mod expres și fără echivoc se stipulează modalitatea de atribuire a contractelor de achiziție publică, a întregii proceduri de urmat, acestea trebuie respectate și aplicate. Pe cale de consecință, față de cele mai sus menționate, instanța în temeiul art. 18 din Legea nr. 554/2004, va respinge acțiunea ca nefondată.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge, ca nefondată, acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul Municipiul Bacău - prin Primar, cu sediul în Bacău, județul Bacău, în contradictoriu cu pârâatul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu, cu sediul în București.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, azi, 18 decembrie 2012.

Dosar nr. 563/32/2012

CURTEA DE APEL BACĂU
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA Nr. 265/2012
Ședința publică de la data de 29 Noiembrie 2012

La ordine a venit spre soluționare acțiunea în contencios administrativ și fiscal formulată de reclamant Municipiul Bacău, prin Primar, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu, având ca obiect contestație act administrativ fiscal.

La apelul nominal făcut în ședința publică a răspuns consilier juridic M.R.G din partea reclamantului Municipiul Bacău, în baza delegației de reprezentare juridică pe care o depune la dosarul cauzei, lipsă fiind pârâțul Ministerul Mediului și Pădurilor - D.G.A.M.P.O.S.M. Procedură legal îndeplinită. S-a făcut referatul oral asupra cauzei de către grefier care învederează că la dosarul cauzei reclamantul a comunicat la data de 19.11.2012 cu adresa nr.42191/19.11.2012 înscrisurile solicitate de instanță, după care:

Reprezentanta reclamantei depune la dosarul cauzei un punct de vedere al Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice și arată că nu are alte cereri de formulat. Nemaifiind cereri de formulat sau alte chestiuni prealabile, instanța constată cauza în stare de judecată acordând cuvântul reprezentantei reclamantului în susținerea acțiunii. Consilier juridic M.R.G, având cuvântul pentru reclamantul Municipiul Bacău, solicită admiterea acțiunii astfel cum a fost formulată și anularea celor două acte administrative contestate în cauză pentru motivele arătate pe larg în cuprinsul acțiunii și susținute de înscrisurile depuse la dosarul cauzei. Constatând dezbaterile închise, instanța reține cauza în pronunțate.

CURTEA, deliberând:

Asupra acțiunii în contencios administrativ de față constată următoarele:

Prin acțiunea înregistrată la această instanță sub nr. 563/32/2012 reclamantul Municipiul Bacău, prin primar, a solicitat, în contradictoriu cu Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu, anularea deciziei nr. 135689/15.05.2012 și anularea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135122/16.03.2012.

În motivarea acțiunii, reclamantul a susținut următoarele:

Prin decizia nr. 135689/15.05.2012 i-a fost respinsă contestația administrativă motivat de faptul că nu a făcut dovada caracterului imprevizibil al circumstanțelor invocate în sensul art. 122 lit. i) din O.U.G. nr. 34/2006.

La contractul de lucrări nr. 100739/4.12.2009 a fost încheiat, în baza referatului de necesitate nr. 7086/6.09.2011 și a dispozițiilor de șantier nr. 1, 2, 3 și 4, actul adițional nr. 2/5.10.2011 pentru lucrări suplimentare. A respectat toate condițiile legale pentru a se putea aplica negocierea fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în baza art. 122 pct. i) din O.U.G. nr. 34/2006.

În privința inseparabilității lucrărilor suplimentare de cele din contractul inițial este justificată de faptul că execuția lucrărilor contractate nu putea fi tehnic disjunsă pe mai mulți operatori economici fără apariția unor inconveniente majore pentru autoritatea contractantă. Lucrările prevăzute în contract nu puteau fi supuse probelor sau recepțiilor parțiale deoarece în momentul determinării unor situații neprevăzute acestea nu erau finalizate din punct de vedere fizic și

funcțional. Mai mult, organizarea mai multor proceduri de achiziție s-ar fi generat prelungirea duratei contractate inițial și disfuncționalități în modul de organizare a lucrărilor în teren.

În ceea ce privește condiția existenței unor condiții imprevizibile este de reținut că, în faza inițială de proiectare, au existat elemente care au fost cunoscute de proiectant incomplet sau eronat independent de voința acestuia, până la momentul semnării contractului s-au luat toate măsurile necesare: solicitarea emiterii unui certificat de urbanism, a autorizației de construire și a avizelor necesare. OCPI este instituția abilitată să verifice și să avizeze planurile privind obiectivele de investiții din punct de vedere al planimetriei, al corectitudinii amplasării lucrărilor, al existenței unor proprietăți particulare, cu mențiunea că traseele proiectate au respectat întocmai planurilor cu viza OCPI în care nu s-a menționat existența unor proprietăți particulare pe traseul rețelei termice de distribuție. În momentul realizării lucrărilor de conexiune a rețelei termice între limita de proprietate și grupul de măsură montat în subsolul blocurilor s-a constatat că tronsonul de țevă aflat în subsol prezintă un grad avansat de uzură, situația care nu permitea funcționarea în condiții de siguranță a întregii instalații. Conductele fiind acoperite cu material izolatoare și amplasate în locuri greu accesibile, starea avansată de coroziune a putu fi constatată numai în momentul în care au fost racordate conductele noi.

După semnarea contractului s-a constatat că Sucursala Regională Căi Ferate Iași - gara Bacău și Asociația de proprietari CFR, aflați în vecinătatea PT9, nu mai arau bransați la SACET, iar pentru realimentarea lor era necesară extinderea rețelei termice simultan cu execuția lucrărilor prevăzute în contract.

Pârâțul Ministerul Mediului și Pădurilor a formulat întâmpinare prin acre a solicitat respingerea acțiunii ca nefondată, pentru considerente similare celor reținute în contestate. Analizând acțiunea și actele contestate, *Curtea de Apel* constată următoarele: Reclamantul, în calitate de autoritate contractantă și de beneficiar al proiectului „Retehnologizarea sistemului de termoficare din municipiul Bacău, în vederea conformării la normele de protecția mediului, pentru creșterea eficienței în alimentarea cu căldură urbană” a încheiat cu Asocieria S.C. Branpis S.R.L. Bacău - Multiservice S.R.L. Bacău - S.C. Segama S.R.L. Bacău - S.C. Thic Izolații S.R.L. Pașcani și S.C. General Electric S.R.L. Bacău, în baza dispozițiilor O.U.G. nr. 34/2006, contractul de lucrări 100.739/4.12.2009 „Reabilitare rețele termice secundare Lot. 5-PT69”, pentru o valoare a lucrărilor de 1.194.386,42 lei și o durată de execuție de 60 de zile.

În baza referatului de necesitate nr. 7086/6.09.2011 și a dispozițiilor de șantier nr. 1, 2, 3 și 4, a fost a încheiat actul adițional nr. 2/5.10.2011, prin care au fost atribuite lucrări suplimentare prin procedura negocierii fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, valoarea acestui act adițional fiind de 481.372,31 lei. Lucrările suplimentare au constat, în principal, în: modificarea pe anumite porțiuni a traseului rețelei termice secundare; întregirea rețelei termice de la punctul termic până la bucla de contorizare, extinderea rețelei termice aferente punctului termic PENTRU 69 pentru alimentarea consumatorilor Companiei Naționale CFR - Sucursala Regională Căi Ferate Iași și Asociația de proprietari CFR. Autoritatea contractantă a justificat aceste lucrări prin existența unor suprafețe revendicate ulterior, degradarea stării conductelor din subsolul blocurilor până la bucla de contorizare, inexistența rețelei de alimentare cu energie termică a Companiei Naționale CFR - Sucursala Regională Căi Ferate Iași și Asociația de proprietari CFR.

Constatând lipsa circumstanțelor imprevizibile prevăzute de art. 122 lit. i) din O.U.G. nr. 34/2006 și de art. 31 alin. 1 din Directiva nr. 18/2004, Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu din cadrul Ministerului Mediului și Pădurilor a întocmit *nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrată la emitent sub nr. 1351222/16.06.2012*. Valoarea corecțiilor financiare a fost stabilită la suma de 120.343,08 lei din care: contribuție din fonduri Uniunea Europeană - 60.171,54 lei (50%) și contribuție publică națională - 60.070,54 lei (50%).

Împotriva acestei note de constatare reclamantul a formulat contestație administrativă. Prin *decizia nr. 135689/15.05.2012* pârâtul a respins contestația ca nefondată reținând încălcarea de către reclamant a dispozițiilor art. 122 lit. i) din O.U.G. nr. 34/2006 sub aspectul existenței circumstanțelor imprevizibile. Totodată, prin decizie s-a reținut că circumstanțele invocate pentru suplimentarea lucrărilor contractate inițial puteau fi în mod rezonabil prevăzute prin vizitarea amplasamentului lucrărilor și colectarea datelor referitoare la preținsele situații catalogate ca fiind circumstanțe imprevizibile, prin intermediul proiectului realizat pentru conceperea unei soluții tehnice viabile în vederea executării contractului de lucrări; circumstanțele pretins imprevizibile erau anterioare încheierii contractului inițial de lucrări.

Comisia de soluționare a contestației a mai reținut culpa autorității contractante care nu a manifestat interes și diligență în a deține date complete. Starea conductelor și condițiilor fizice din subsolurile blocurilor nu se circumscriu unor situații care nu putea fi prevăzute în mod obiectiv. Proiectantul avea obligația de a efectua un studiu elaborat cu privire la amplasamentul proiectului și un proiect de execuție care să conțină informații referitoare la condițiile fizice existente, obstacolele întâlnite în subsoluri putând fi îndepărtate, vechimea și uzura conductelor putând fi, de asemenea, prevăzute. De asemenea, faptul că Sucursala Regională CFR Iași și Asociația de proprietari CFR nu mai erau branșați la SACET nu poate fi considerată o situație imprevizibilă ce nu putea fi constatată înaintea demarării proiectului.

Prin art. 122, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 recunoaște autorității contractante dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare numai în anumite cazuri expres prevăzute. Între acestea, la lit. i), se poate recurge la o astfel de procedură „atunci când este necesară achiziționarea unor lucrări sau servicii suplimentare/adicionale, care nu au fost incluse în contractul inițial, dar care datorită unor circumstanțe imprevizibile au devenit necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză, și numai dacă se respectă, în mod cumulativ, următoarele condiții: atribuirea să fie făcută contractantului inițial; lucrările sau serviciile suplimentare/adicionale nu pot fi, din punct de vedere tehnic și economic, separate de contractul inițial fără apariția unor inconveniente majore pentru autoritatea contractantă sau, deși separabile de contractul inițial, sunt strict necesare în vederea îndeplinirii acestuia; valoarea cumulată a contractelor care vor fi atribuite și a actelor adiționale care vor fi încheiate pentru lucrări și/sau servicii suplimentare ori adiționale nu depășește 20% din valoarea contractului inițial; în cazuri temeinic motivate ordonatorul principal de credite poate aproba majorarea procentului până la limita maximă de 50% din valoarea contractului inițial pe baza unei note justificative în care vor fi precizate motivele care au condus la depășirea procentului de 20% și care este parte a dosarului achiziției publice”.

Se constată că textul impune, pe lângă respectarea condițiilor cumulative enumerate în partea a doua, cerința ca lucrările (serviciile) suplimentare (adiționale) să fi devenit necesare, pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică datorită unor circumstanțe imprevizibile. Nici prin nota de constatare și nici prin decizia de soluționare a contestației administrare nu s-a reținut neîndeplinirea condițiilor cumulative, ci inexistența circumstanțelor imprevizibile. În aceste condiții, fiind lipsite de relevanță în privința legalității actelor administrative contestate, apărările reclamantului privind condiția inseparabilității lucrărilor suplimentar nu vor fi analizate.

Circumstanțele invocate de reclamantă - existența unor proprietăți particulare pe traseul rețelei termice, starea conductelor din subsolurile blocurilor și debranșarea unor consumatori de la rețeaua termică - se constată lipsa caracterului imprevizibil, așa cum în mod corect s-a reținut și prin actele administrative contestate.

Din art. 304¹ din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și art. 3 din normele sale de aplicare aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 rezultă că atribuirea contractelor de

achiziție publică se face prin compartimente interne specializate, cu obligația celorlalte compartimente ale autorității contractante de a sprijini activitatea compartimentului de achiziții publice, în funcție de specificul documentației de atribuire și de complexitatea problemelor care urmează să fie rezolvate în contextul aplicării procedurii de atribuire; totodată, autoritatea contractantă are dreptul de a achiziționa servicii de consultanță în scopul elaborării documentației de atribuire și/sau aplicării procedurii de atribuire.

Prin intermediul acestor pârghii, autoritatea contractantă avea posibilitatea elaborării documentației de atribuire în deplină cunoștință a situației de fapt din locul unde urmau să fie efectuate lucrările de reabilitare a rețelei termice PT-69. Autorizația de construire, certificatul de urbanism și avizele aferente au fost emise chiar de unul dintre compartimentele cărora le revine obligația de sprijinire a autorității contractante conform art. 3 alin. 2 din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 925/2006. Totodată, deplasarea la locul lucrării ar fi permis autorității contractante, prin reprezentanții compartimentelor sale prin intermediul serviciilor de proiectare, să constate inexistența rețelei de alimentare cu energie termică a consumatorilor Regionala Căi Ferate Iași-Gara Bacău și Asociația de proprietari CFR.

În privința coroziunii conductelor aflate în subsolurile blocurilor nu se poate reține nicidecum caracterul imprevizibil al unei astfel de împrejurări în condițiile în care contractul de lucrări și actul adițional în cauză au fost încheiate în derularea unui proiect de retehnologizare a sistemului de termoficare, premisa fiind aceea că rețelele de termoficare existente nu corespund din punct de vedere tehnic cerințelor actuale. Însăși reclamantul a susținut inseparabilitatea lucrărilor suplimentare de cele inițiale ceea ce presupune condiții tehnice și de uzură identice sau, cel puțin, asemănătoare, pentru porțiuni ale rețelei de termoficare ale aceleiași tronson.

În ceea ce privește existența unor porțiuni de teren revendicate, singura referire la o astfel de împrejurare s-a făcut prin dispoziția de șantier nr. 2/25.08.2010, cu referire la traseul care alimentează Colegiul Mihai Eminescu, fără însă, să se facă vreo dovadă faptul că terenul a devenit litigios după momentul încheierii contractului de lucrări inițial.

Este admisibil a se reține că toate aceste circumstanțe invocate de reclamant nu au fost cunoscute anterior atribuirii contractului de lucrări. Însă, această necunoaștere îi este imputabilă reclamantului care avea la îndemână instrumentele legale și tehnice care să-i permită o deplină cunoaștere a condițiilor în care lucrările urmau a fi executate. Caracterul de excepție al procedurii de achiziție publică fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare exclude posibilitatea autorității contractante de a recurge la o asemenea procedură în situația în care necunoașterea completă a condițiilor de realizare a lucrărilor contractate îi este acesteia imputabilă. Față de cele ce preced, constatând că reclamantul nu se poate prevala de dispozițiile art. 122 lit. i) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, această instanță va menține actele administrative contestate.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge acțiunea în contencios administrativ și fiscal formulată de reclamantul Municipiul Bacău, prin Primar, cu sediul în mun. Bacău, județul Bacău în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu cu sediul în mun. București, sector 4, ca nefondată.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, azi, 29 noiembrie 2012.

Dosar nr. 467/32/2012

CURTEA DE APEL BACĂU
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA Nr. 237/2012
Ședința publică de la 13 Noiembrie 2012

Pe rol fiind judecarea pronunțarea hotărârii în acțiunea promovată de reclamantul Municipiul Bacău - prin Primar în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu, având ca obiect contestație act administrativ fiscal. Dezbaterile în fond au avut loc în ședința publică din 06 noiembrie 2012, fiind consemnate în încheierea de ședință din acea zi și care face parte integrantă din prezenta hotărâre.

CURTEA, deliberând asupra cauzei civile de față, examinând actele și lucrările dosarului instanța constată următoarele:

Prin cererea înregistrată pe rolul Curții de Apel reclamantul Municipiul Bacău - prin Primar - în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu (M.M.P. - DGAMPOS) a solicitat anularea Deciziei nr. 141075/15.03.2012 și Nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 141013/13.01.2012. Cererea a fost legal timbrată. În motivarea acțiunii reclamantul arată că prin actele contestate pârâta a stabilit sancțiuni potrivit O.U.G. nr. 66/2011, că acest act normativ a intrat în vigoare în iunie 2011 iar actul adițional nr. 2 a fost încheiat în 14.04.2011 când era în vigoare O.G. nr. 79/2003, că la data încheierii actului adițional nu erau reglementate corecțiile financiare, că aplicarea acestui act normativ încalcă dispozițiile art. 15(2) din Constituția României. Susține reclamantul că deci controlul a fost efectuat după intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011 nu puteau fi aplicate alte sancțiuni decât cele prevăzute de lege la data comiterii pretensei nereguli.

Că în actele contestate s-a reținut o situație de fapt incorectă și s-au interpretat greșit dispozițiile art. 122 lit. i din O.U.G. nr. 34/2006. Astfel, după încheierea contractului de lucrări 100738/04.01.2009 .s-a întocmit referatul de necesitate pentru lucrări suplimentare care constau în modificarea traseului rețelei termice prin trecerea conductelor din subteran în suprateran datorită unui stâlp de electricitate, a unei pompe de apă, a unui mecanism de ridicat materiale a Romtelecom a cărui fundație se afla în vecinătatea traseului proiectat a realizării a unui traseu de cabluri în vecinătatea traseului, de înlocuirea unor țevi din subsolul blocurilor până la buclele de contorizare care se aflau într-un stadiu avansat de coroziune, că aceste elemente aveau caracter imprevizibil. Că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 122 lit. 1 din O.U.G. nr. 34/2006, lucrările suplimentare fiind inseparabile de lucrările contractate. Reclamantul prezintă aspectele de natură tehnică ce fac ca lucrările suplimentare să fie apreciate ca inseparabile de lucrarea contractată.

Cu privire la caracterul imprevizibil al lucrărilor suplimentare acestea au un astfel de caracter deoarece în faza de proiectare, elementele strict necesare sunt cunoscute incomplet sau eronat, aspect care definește imprevizibilitatea, existența unui stâlp de electricitate, pompă apă și mecanismul de ridicare intră în categoria circumstanțelor imprevizibile, cu atât mai mult cu cât acestea nu figurau în avizele emise de Rom Telecom și EON Moldova, iar certificatul de urbanism menționa terenul ca liber de construcții. În ceea ce privește tronsonul de conductă s-a constatat ulterior că porțiunea aflată în subsol se află într-o stare avansată de uzură care nu putea fi constatat decât atunci când urma să fie racordat la conductele noi, fiind acoperite cu materiale izolatoare și în locuri greu accesibile are caracter imprevizibil.

Susține reclamanta că lucrările suplimentare, pe lângă caracterul de natură tehnică imprevizibilul și inseparabilul au ca efect creșterea eficienței economice, optimizarea consumului, reducerea pierderilor de energie. Prin întâmpinare pârâta M.M.P. - DGAMPOS prezintă situația de fapt reținută la întocmirea actelor contestate. Cu privire la neretroactivitatea O.U.G. 66/2011 arată că potrivit art. 66 activitatea de control și stabilire a creanțelor bugetare s-a desfășurat după intrarea în vigoare a O.U.G. 66/2011, că sunt incidente dispozițiile O.G. 79/2003 doar pentru situațiile în care controlul era în desfășurare la data intrării în vigoare a O.U.G. 66/2011, că potrivit dispozițiilor acestui din urmă act normativ sunt aplicabile corecțiile prevăzute în anexa ordonanței de urgență.

În ceea ce privește interpretarea dispozițiilor art. 122 lit. i din O.U.G. 34/2006 pârâta arată că circumstanțele invocate puteau fi rezonabil prevăzute de autoritatea contractantă prin vizitarea amplasamentului, prin proiectantul care a conceput soluția tehnică, circumstanțele fiind anterioare încheierii contractului. Reclamantul nu a justificat că la momentul lansării procedurii de atribuire circumstanțele erau imposibil de prevăzut, că starea conductelor putea fi constatată anterior încheierii contractului. Susține pârâta că autoritatea avea obligația înserării în caietul de sarcini a utilităților existente, de a efectua un studiu elaborat cu privire la amplasamentul proiectului, că evoluția degradării structurilor putea fi imprevizibilă dacă era determinată de factori neprevăzuți. Având în vedere că reclamanta a întocmit documentația proiectului, aceasta nu poate să-și invoce propria culpă. Susține pârâta că potrivit art. 1270 din Legea nr. 287/2009 contractul are putere de lege între părțile contractante iar potrivit pct. 5.1 din contract părțile au convenit că prețul nu este revizibil iar actul adițional are ca obiect doar modificarea prețului.

Instanța, verificând actele și lucrările dosarului reține următoarele:

În fapt, în procedura prevăzută de O.U.G. nr. 34/2006, s-a atribuit contractul nr. 100738/04.01.2009 având ca obiect Reabilitare rețele termice secundare - lot 2 - PT 13, sursa de finanțare fiind realizată prin co-finanțarea din Fonduri Europene obținute prin Programul Operațional Sectorial de Mediu, bugetul de stat și bugetul local. În vederea asigurării finanțării reclamanta și pârâta au încheiat contractul de finanțare nr. 102.377/06.03.2010. Prin art. 13 din contractul de finanțare părțile au convenit clauze privind constatarea neregulilor și restituirea finanțării. Astfel, potrivit art. 13(12) în cazul în care beneficiarul nu respectă legea în domeniul achizițiilor publice vor fi aplicate corecții financiare (în conformitate cu prevederile Ghidului pentru determinarea corecțiilor financiare, versiunea COCOF 07/0037/03 - EN din 29.11.2007).

Contractul de lucrări a fost pus în executare de executant, iar în 14.04.2011 s-a încheiat actul adițional nr. 2 prin care s-au modificat clauzele referitoare la prețul convenit prin contract în sensul că autoritatea se obliga să plătească suma de 2.758.995,80 lei în loc de 2.358.404,70 lei diferența de 243.143,92 lei reprezentând lucrări suplimentare. Actul adițional a fost fundamentat pe dispozițiile art. 122 lit. i din O.U.G. 34/2006, referatul de necesitate întocmit de autoritatea contractantă și dispozițiile de șantier nr. 1/13.09.2010 și nr. 2/15.09.2010. Potrivit dispoziției de șantier nr. 1/2010 reprezentanții părților din contractul de lucrări „în urma vizualizării în teren” au constatat că în vecinătate există un stâlp de electricitate și o pompă de apă, un mecanism de ridicat și s-a realizat un traseu de cabluri de 20 KV. Prin dispoziția de șantier nr. 2/2010 s-a descoperit situația precară a conductelor din subsolul blocurilor până la bucla de contorizare.

Potrivit art. 122 lit. i din OUG 34/2006(M) (forma din aprilie 2011) autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere tară publicarea prealabilă a unui anunț de participare numai atunci când este necesară achiziționarea unor lucrări sau servicii suplimentare/adiționale, care nu au fost incluse în contractul inițial, dar care datorită unor circumstanțe imprevizibile au devenit necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză, și numai dacă se respectă, în mod cumulativ, condițiile expres enumerate de în acest text de lege.

În cauză nu sunt contestate realizarea condițiilor prevăzute de lege ci doar caracterul imprevizibil al circumstanțelor care au determinat părțile să încheie actul adițional. Sintagma „circumstanțe imprevizibile” nu este definită de OUG 34/2006 însă, având în vedere că documentația de atribuire a contractului de achiziție publică este întocmită de unul sau mai mulți, profesioniști autorizați să efectueze lucrările tehnice specifice, printr-o interpretare gramaticală a textului de lege, circumstanțele la care se referă art. 122 lit. i sunt imprevizibile atunci când acestea, cu diligența specifică unui profesionist, nu pot fi prevăzute. De asemenea, efectuând o interpretare sistematică a art. 122 care la lit. c când se referă la evenimentele imprevizibile, acestea trebuie să nu se datoreze sub nicio formă unei acțiuni sau inacțiuni a autorității.

Așadar, sunt circumstanțe imprevizibile care justifică dreptul autorității de a aplica procedura de negociere-fără. publicarea prealabilă a unui anunț de participare doar acele circumstanțe care nu puteau fi prevăzute de un profesionist în exercitarea calității sale și care să fie exterioare acțiunii sau inacțiunii autorității contractante. Or, așa cum rezultă din dispoziția de șantier nr. 1 circumstanțele au fost constatate printr-o simplă observație a reprezentanților părților contractante, caz în care astfel de circumstanțe nu puteau fi apreciate ca imprevizibile nici unei persoane obișnuite, respectiv care să nu ti avut pregătirea profesională specifică, și cu atât mai mult reclamantei care a întocmit documentația de atribuire prin specialiștii autorizați să efectueze astfel de lucrări. Mai mult, acele circumstanțe se aflau în vecinătatea traseului lucrărilor ce faceau obiectul contractului atribuit, susținerea referitoare la lipsa acestora de pe avizele emise de societățile care le aveau în exploatare fiind irelevante.

În ceea ce privește certificatul de urbanism, acesta a fost emis de prepușii autorității contractante, reclamanta din cauză, faptul că reclamanta nu poate să aibă o imagine clară asupra propriilor proprietăți sau a capacității prepușilor ei de a-și exercita atribuțiile îi sunt direct imputabile și nu poate defini o situație imprevizibilă potrivit art. 122 lit. i din OUG 34/2006. În ceea ce privește dispoziția de șantier nr. 2 aceasta constată coroziunea unor conducte aflate în subsolul blocurilor. Instanța reține că nici o astfel de circumstanță nu este imprevizibilă. Astfel, chiar proiectul avea ca scop reabilitarea rețelei termice, necesitatea reabilitării presupune că aceasta nu mai corespunde performanțelor tehnice actuale. Într-o astfel de situație este greu de conceput că performanțele tehnice ar fi fost menținute pentru cei 18 ml de conductă pentru fiecare consumator reabilitat deși rețeaua nu mai răspundea exigențelor tehnice, ambele fiind parte a unui întreg așa cum arată chiar reclamanta atunci când justifică caracterul inseparabil al lucrărilor. Mai mult, chiar dacă am accepta o gândire tehnică a întregului scindată după cum conductele se aflau în subsolul blocurilor sau având o altă poziționare, nu poate fi reținut caracterul imprevizibil al acestei circumstanțe având în vedere că autoritatea contractantă avea posibilitatea, anterior elaborării documentației tehnice, să constate prin persoane de specialitate starea unei părți din rețeaua supusă reabilitării fără de care reabilitarea nu ar putea, după cum se susține în referatul de necesitate, să atingă scopul pentru care a fost inițiată procedura tehnică de reabilitare. Așadar, instanța constată că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 122 din OUG 34/2006(M).

Pârâta, în stabilirea corecțiilor financiare a reținut incidența pct. 2 și 2.2 din anexa OUG 66/2011, potrivit căruia corecția este de 25 % din valoarea contractului pentru lucrări suplimentare. În ceea ce privește aplicarea retroactivă a dispozițiilor OUG 66/2011 instanța reține că în data de 20 iunie 2011 a intrat în vigoare O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente, act normativ care abrogă expres O.G. 79/2003. Noul act normativ nu reglementează recuperarea prejudiciului produs prin neregularitate ci, așa cum rezultă și din denumirea actului normativ, sancționează orice neregularitate care, fie a produs un prejudiciu fie este doar apt să producă un prejudiciu. De asemenea, din economia dispozițiilor O.U.G. nr. 66/2011 rezultă că legiuitorul a renunțat la a recupera prejudiciul efectiv cauzat prin neregularitate, consacrand, pentru tipuri de neregularități, corecții financiare abstracte procentuale.

În consecință, O.U.G. nr. 66/2011 are un regim sancționator și, la fel ca O.G. 79/2003 are în conținutul său atât dispoziții de drept material cât și de procedură. Stabilirea faptelor care constituie neregularitate atât prin art. 2 lit. a din O.U.G. nr. 66/2011 cât și prin anexele actului normativ, a sancțiunilor financiare aplicabile într-o astfel de situație reprezintă norme de drept material. Potrivit art. 15 (2) din Constituția României, legea dispune pentru viitor, cu excepția legii penale mai favorabile.

Având în vedere, principiul constituțional, instanța reține că faptelor juridice le sunt aplicabile dispozițiile legale în vigoare la data săvârșirii lor și în consecință, reținând că normele de procedură sunt de imediată aplicare, dispozițiile legale din O.U.G. nr. 66/2011 care conțin norme de drept material nu sunt, în principiu, aplicabile neregularității lor (faptelor juridice) săvârșite înaintea intrării lor în vigoare.

Cu toate acestea, pct. 2.2 din anexa OUG. 66/2011 impune aceiași corecție financiară ca și corecția cuprinsă în COCOF /2007 la pct. 22, OUG 66/2011 preluând corecțiile financiare prevăzute în ghidul emis de Comisia Europeană (COCOF/2007), corecții la plata cărora reclamanta s-a obligat prin contractul de finanțare (art. 13(12)). Așa fiind, având în vedere că procedura prevăzută de OUG 66/2011 este de imediată aplicare nu se poate reține caracterul retroactiv al sancțiunii stabilite de pârâtă atât timp cât reclamanta s-a obligat la plata acestora prin contractul de finanțare.

În consecință, față de cele ce preced, instanța urmează să respingă acțiunea ca nefondată.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge acțiunea promovată de reclamantul Municipiul Bacău - prin Primar, cu sediul în Bacău, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu, cu sediul în București, ca nefondată.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică azi, 13 noiembrie 2012.

Dosar nr. 441/32/2012

CURTEA DE APEL BACĂU
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 218/2012
ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 30 OCTOMBRIE 2012

La ordine a venit spre soluționare acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamant Municipiul Bacău - prin Primarul Municipiului Bacău, în contradictoriu cu pârât MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR - DIRECȚIA GENERALĂ AUTORITATEA DE MANAGEMENT PENTRU PROGRAMUL OPERAȚIONAL SECTORIAL DE MEDIU, având ca obiect anulare act administrativ. Dezbaterile au avut loc în ședința publică din data de 26.10.2012 și au fost consemnate în încheierea de ședință pronunțată la acea dată.

CURTEA DELIBERÂND:

Asupra acțiunii civile de față constată următoarele:

Prin cererea de chemare în judecată înregistrată sub nr. 441/32/2012 pe rolul Curții de Apel Bacău, reclamantul Municipiul Bacău a chemat în judecată pe pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor solicitând anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 141012/13.01.2012 și a deciziei nr. 135112/15.03.2012.

În motivarea acțiunii reclamantul a arătat că, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire a contractului de lucrări nr. 100807/30.12.2009 „Reabilitarea rețelei termice secundare lot 3-PT 31 în cadrul proiectului „Retehnologizarea sistemului de termoficare din municipiul Bacău în vederea conformării la normele de protecția mediului privind emisiile poluate în aer și pentru creșterea eficienței în alimentarea cu căldură urbană” COD SMIS 16948 și că, ulterior, a încheiat actul adițional nr.2/14.04.2011 pentru lucrări suplimentare, utilizând procedura de negociere fără publicarea inițială a unui anunț de participare în baza prevederilor art. 122 lit.i) din O.U.G.nr.34/2006.

Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 141012/13.01.2012, considerând că au fost încălcate dispozițiile art. 122 din O.U.G. nr.34/2006 și art.I din Ordinul nr.863/2008, lucrările suplimentare fiind încredințate prin procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în lipsa unor împrejurări imprevizibile, pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor a aplicat o corecție financiară de 25% din valoarea contractului de lucrări suplimentare, respectiv 142.132,12 lei, stabilind o creanță bugetară de 131.565,87 lei fără T.V.A.

Actele contestate, susține reclamantul, sunt netemeinice deoarece sunt reținute ca fiind aplicabile dispozițiile O.U.G. nr. 66/2011, act normativ ce nu era în vigoare la data elaborării documentației de atribuire. Totodată au fost respectate prevederile O.U.G. nr.24/2006, în cauză lucrările fiind inseparabile față de contractul inițial și rezultatul unor împrejurări imprevizibile constând în: imposibilitatea vizualizării și măsurării, la momentul proiectului inițial, a conductelor din subsolurile blocurilor, acestea fiind inundate sau blocate de compartimentări neautorizate efectuate de locatari; starea de degradare avansată a conductelor, vizibilă doar la momentul conectării la conductele noi; atitudinea ostilă a asociațiilor de locatari.

Pârâta, prin întâmpinarea formulată a solicitat respingerea acțiunii, considerând că în raport de dispozițiile art.66 din O.U.G. nr.66/2011, nu se poate pune problema aplicării retroactive a dispozițiilor acestui act normativ și că, în ceea ce privește încălcarea dispozițiilor art. 122 din O.U.G. nr. 34/2006, circumstanțele care au determinat încheierea contractului de lucrări suplimentare nu rezultau din referatul de necesitate care a stat la baza suplimentării lucrărilor, analiza incidenței

dispozițiilor referitoare la acest aspect trebuind să aibă în vedere doar motivele invocate la momentul luării deciziei încheierii contractului.

Instanța, examinând actele și lucrările dosarului, reține următoarele :

La data de 30.12.2009 Primăria municipiului Bacău a încheiat cu Asociația S.C Branpis S.R.L. Bacău, S.C. Multiservice S.R.L. Bacău, S.C. Segama S.R.L. Bacău, S.C. Thic Izolații S.R.L. Pașcani și S.C. General Electric S.R.L. Bacău contractul de lucrări nr. 100807/30.12.2009 „Reabilitarea rețelei termice secundare lot 3-PT 31 în cadrul proiectului „Retehnologizarea sistemului de termoficare din municipiul Bacău în vederea conformării la normele de protecția mediului privind emisiile poluate în aer și pentru creșterea eficienței în alimentarea cu căldură urbană” COD SMIS 16948, pentru o valoare de 3.610.922,12 lei. În urma emiterii referatului de necesitate nr. 1985/15.03.2011 autoritatea contractantă a inițiat și desfășurat procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru lucrări suplimentare și a încheiat actul adițional nr.2/14.04.2011 pentru lucrări suplimentare în valoare de 568.528,47 lei fără T.V.A. Lucrările suplimentare au constat în principal în următoarele:

- lucrări de înlocuire integrală a materialului tubular, inclusiv sistemul de monitorizare;
- suplimentarea cantității de țevă, elemente preizolate și întregirea sistemului de transmisiuni de date;

Conform Referatului înregistrat cu nr.1985/15.03.2011 a apărut necesitatea lucrărilor suplimentare pentru eliminarea situațiilor în regim de avarie intervenite pe tronsoanele vechi precum și datorită unor devieri de trasee care nu au fost prevăzute în faza de elaborare a proiectului. Lucrările suplimentare erau necesar pentru asigurarea optimizării consumului de energie termică, a regimului hidraulic al sistemului de pompare precum și pentru finalizarea circuitului de recirculare și reducerea pierderilor.

Pârâtul, prin Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu, a întocmit Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 141012/13.01.2012 reținând că atribuirea serviciilor care fac obiectul actului adițional nr. 2 prin procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare a fost incorectă deoarece:

- lucrările suplimentare nu au devenit necesare datorită unor circumstanțe imprevizibile, ci au fost solicitate pentru optimizarea consumului de energie termică;
- nu au existat motive de extremă urgență, determinate de evenimente imprevizibile, pentru a nu aplica proceduri de atribuire obiective și transparente care să fie în concordanță cu legislația privind achizițiile publice.

Reclamantul a contestat concluziile notei de constatare, pârâtul respingând contestația prin decizia nr. 135112/15.03.2012.

Curtea analizând apărările formulate de reclamant, constată că sunt nefondate, pentru cele ce vor fi arătate în continuare.

1. Aplicarea retroactivă a dispozițiilor O.U.G.nr.66/2011:

Așa cum s-a reținut, actul adițional la contractul de lucrări a fost încheiat la 14.04.2011, dată la care era în vigoare O.G. nr. 79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător. O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente a intrat în vigoare la data de 20.06.2011. Proiectul „Retehnologizarea sistemului de termoficare din municipiul Bacău în vederea conformării la normele de protecția mediului privind emisiile poluate în aer și pentru creșterea eficienței în alimentarea cu căldură urbană” se derulează însă pe o perioadă de 40 de luni, producând efecte sub ambele acte normative arătate mai sus (nefiind încheiat nici la această dată).

Legea este retroactivă atunci când reglementează fapte care, anterior intrării sale în vigoare, au dat naștere, au modificat sau au stins situații juridice precum și atunci când efectele respectivelor situații juridice s-au produs tot înainte de intrarea ei în vigoare. Specific cauzei de față este că fapta (încălcarea dispozițiilor art. 122 lit. i) din O.U.G. nr.34/2006 care a produs situația juridică (neregula) s-a produs în timp ce era în vigoare O.G.nr.79/2003 dar efectele sale juridice au continuat să se producă și sub imperiul noii reglementări.

Ambele acte normative definesc neregula, după cum urmează:

- art.2 alin.1 lit.a din O.G. nr. 79/2003 prevede următoarele: *„neregula reprezintă orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile legale naționale și/sau comunitare, precum și cu prevederile contractelor ori ale altor angajamente legale încheiate în baza acestor dispoziții, care prejudiciază bugetul general al Comunității Europene și/sau bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, precum și bugetele din care provine cofinanțarea aferentă printr-o cheltuială necuvenit”*.

- art.2 alin.1 lit. a din O.U.G. nr.6/2011 definește neregula ca fiind *„orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit”*.

Reglementarea este asemănătoare, singura diferență notabilă, care poate prezenta relevanță din perspectiva cauzei de față, fiind referirea la prejudiciu: O.G.79 vorbește de abateri care prejudiciază în timp ce O.U.G.66/2011 se referă la abateri care au prejudiciat sau care pot prejudicia bugetul Uniunii Europene. Deosebirile rămân însă la nivelul aparenței, ambele sintagme acoperind, fie prin folosirea unui prezent continuu (cazul O.G. O.U.G.79/2003) fie prin referirile la momentele anterioare sau posterioare neregulii (cazul O.U.G. O.G.66/2011), întreaga perioadă de derulare a unui program finanțat din fonduri europene.

Prin urmare, neregulile fiind definite identic, singura chestiune care rămâne în discuție este cea a posibilității aplicării corecției financiare dispuse de organul de control. Efectele neregulilor avute în vedere de O.U.G.nr.66/2011 pot fi concomitente cu săvârșirea acestora dar și posterioare comiterii lor, în funcție de acte intervenite ulterior pe parcursul derulării unui program cu finanțare europeană. Astfel efectele unei nereguli se produc la momentul aprobării cererii de rambursare a sumelor constatate ca neeligibile, din această clipă prejudiciul eventual, vizat prin sintagma *„care poate prejudicia bugetul”*, devenind efectiv. În cauză sumele neeligibile au fost introduse de reclamant în cererea de rambursare nr.3/9.07.2011, după intrarea în vigoare a O.U.G.nr.66/2011.

Pe cale de consecință, efectele juridice ale neregulii constatate producându-se sub imperiul O.U.G. nr.66/2011, este justificată aplicarea de către organul de control a dispozițiilor acestui act normativ, nepunându-se problema retroactivității acestuia.

2. Imprevizibilitatea lucrărilor suplimentare.

Legiuitorul nu definește, în O.U.G.nr.34/2006, sintagma circumstanțe imprevizibile, ceea ce presupune că ea nu poate avea alt sens decât cel din vorbirea curentă, respectiv cel de circumstanțe care nu puteau fi prevăzute la un moment dat. Ceea ce rămâne să stabilească organul de control sau instanța, în cazul în care litigiul este dedus judecătii, este măsura în care circumstanțele concrete ale cauzei puteau fi anticipate cu o diligență rezonabilă din partea celui care le invocă, diligență care poate fi analizată, la rândul ei, din perspectiva datelor și mijloacelor avute la îndemână pentru previzionarea acestora.

Din acest punct de vedere se observă foarte ușor că toate circumstanțele invocate de reclamant sunt anterioare încheierii contractului inițial de lucrări și chiar proiectului „Retehnologizarea sistemului de termoficare din municipiul Bacău în vederea conformării la normele de protecția mediului privind emisiile poluate în aer și pentru creșterea eficienței în alimentarea cu căldură urbană” în ansamblul său.

Toate circumstanțele invocate pentru încheierea actului adițional erau anterioare proiectului și puteau fi prevăzute de către autoritatea contractantă prin vizitarea amplasamentului lucrărilor și cunoașterea tuturor circumstanțelor relevante pentru proiect. Totodată proiectantul era obligat să găsească soluțiile tehnice necesare executării contractului de lucrări în bune condiții.

Prin apărările formulate reclamantul invocă, de fapt, propria sa culpă, constând în nedepunerea diligențelor necesare cunoașterii tuturor circumstanțelor existente la data încheierii contractului inițial de lucrări, aspect ce nu-l poate exonera de răspundere câtă vreme avea obligația de a pune la dispoziția partenerului contractual întreaga documentație pentru execuția lucrărilor contractate.

Reclamantul a formulat apărări legate și de celelalte condiții prevăzute de art. 122 lit.i din O.U.G. nr.34/2006, dar ele nu vor fi analizate de instanță întrucât nu au fost reținute în nota de constatare contestată.

În consecință, pentru cele arătate anterior, constatând că în mod corect a fost reținută neregula contestată, aplicată corecția financiară de 25% din valoarea contractului și stabilită valoarea creanței bugetare, Curtea va respinge acțiunea ca nefondată.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Respinge ca nefondată acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamant Municipiul Bacău - prin Primarul Municipiului Bacău cu sediul în Municipiul Bacău, jud.Bacău, în contradictoriu cu pârât Ministerul Mediului Și Pădurilor - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu cu sediul în București, sector 4.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică azi 30.10.2012.

Dosar nr. 439/32/2012

CURTEA DE APEL BACĂU
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENȚIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 148/2012
Ședința publică de la 07 Septembrie 2012

Astăzi a venit spre pronunțare acțiunea formulată de reclamantul MUNICIPIUL BACĂU - PRIN PRIMAR, în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR - Direcția Generală - Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu, având ca obiect anulare act administrativ. Dezbaterile în fond au avut loc în ședința publică din 6 septembrie 2012, fiind consemnate în încheierea de ședință ce s-a întocmit la acea dată.

CURTEA DE APEL DELIBERÂND

Constată că Municipiul Bacău prin Primarul municipiului Bacău, a formulat plângere împotriva Deciziei nr. 141074/15.03.2012, privind soluționarea contestației formulata împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 141007/13.01.2012 solicitând ca, în contradictoriu cu Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu, să se dispună - anularea Deciziei nr. 141074/15.03.2012; anularea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 141007/13.01.2012.

S-a arătat în motivarea plângerii înregistrată pe rolul Curții de Apel Bacău la data de 01.06.2012 sub nr. 439/32/2012 că la data de 15.03.2012, Comisia de soluționare a contestațiilor, numita prin Decizia nr. 133/20.02.2012, emisa de Directorul general al Direcției Generale - Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu, a soluționat contestația formulată de Municipiul Bacău prin Primar împotriva notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 141007/13.01.2012, fiind emisa în acest sens Decizia nr. 141074/15.03.2012, prin care a fost respinsă aceasta contestație ca neîntemeiată, reținându-se faptul că petenta nu a făcut dovada caracterului imprevizibil al circumstanțelor invocate și că nu se poate prevala de propria culpa în faza de elaborare a documentației de atribuire a contractului.

Arată petenta că, atât decizia nr. 141074/15.03.2012 de soluționare a contestației, cât și nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare 141007/13.01.2012 sunt total nelegale și neîntemeiate, pentru următoarele motive: În primul rând, decizia nr. 141074/15.03.2012 și nota de constatare 141007/13.01.2012 au fost criticate sub aspectul reținerii faptelor și aplicării sancțiunilor în baza O.U.G. nr. 66/2011. Astfel, în condițiile în care O.U.G. nr. 66/2011 a intrat în vigoare în iunie 2011, iar contractul de lucrări suplimentare a fost încheiat în data de 16.03.2010, se apreciază ca în aceasta situație sunt aplicabile dispozițiile O.G. nr. 79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător, care, la art. 2, lit. a) arată ca prin „nereguli” se înțelege orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile legale naționale și/sau comunitare, precum și cu prevederile contractelor ori altor angajamente legale care prejudiciază bugetul general al Comunității Europene.

Așadar, la data de 16.03.2010 (data încheierii contractului de lucrări suplimentare) erau reglementate și sancționate neregulile prin care este prejudiciat bugetul Comunității Europene, nefiind prevăzute corecțiile financiare și nici faptele care sunt sancționate cu aceste corecții, reglementate de O.U.G. nr. 66/2011.

Având în vedere art. 15, alin. (2) din Constituția României, potrivit căruia legea dispune pentru viitor (cu excepția legii penale mai favorabile), rezultă că, în raport de principiul neretroactivității legii, nu se poate retine aplicabilitatea dispozițiilor de drept material inserate în O.U.G. nr. 66/2011, unor fapte juridice săvârșite anterior intrării în vigoare a acesteia. Deși controlul putea fi efectuat în temeiul O.U.G. nr. 66/2011, considera că nu se puteau aplica alte sancțiuni sau retine alte fapte decât cele reglementate de legislația în vigoare la data comiterii pretensei nereguli și nicidecum abaterile și corecțiile financiare reglementate începând cu data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011.

În al doilea rând, arată petenta, atât în cuprinsul notei de constatare, cât și în cuprinsul deciziei de soluționare a acesteia, s-a reținut o situație de fapt incorectă și s-a procedat la interpretarea greșită a dispozițiilor art. 122, lit. i) din O.U.G. nr. 34/2006. Astfel, între Municipiul Bacău, în calitate de autoritate contractanta, și Asociația S.C. Vlanda Company S.R.L. Roman, S.C. Gironap Prod S.A. Onești, S.C. Izoterm S.R.L. Baia Mare și S.C. Hidroterm S.A Roman, a fost încheiat contractul de lucrări nr. 100533/21.08.2009 - "Reabilitarea rețelei termice secundare lot 4 - PT 33" în cadrul proiectului "Retehnologizarea sistemului de termoficare din municipiul Bacău în vederea conformării la normele de protecția mediului privind emisiile poluante în aer și pentru creșterea eficienței în alimentarea cu căldura urbană" COD SMIS 16948.

Ulterior, în baza Referatului de necesitate nr. 1968/23.02.2010 și a dispozițiilor de șantier nr. 1-6, Municipiul Bacău, în calitate de autoritate contractanta, a încheiat Contractul nr. 68600/16.03.2010 pentru lucrări suplimentare, care constau în: - modificări ale adâncimii rețelelor termice secundare, având în vedere faptul că la întocmirea proiectului tehnic inițial nu au existat date și planuri din care să rezulte adâncimea de pozare a rețelelor termice;

- necesitatea amplasării unor cămine de golire, cu racorduri la cele mai apropiate canalizări din zona, care nu au fost prevăzute inițial;
- modificarea traseului rețelei de distribuție pentru încălzire aferent ramurii II din interiorul punctului termic, ca urmare a parcurgerii din data de 10.11.2009 a traseului rețelei de distribuție secundare și în urma cerințelor executantului;

- modificări ale conductelor în zona unor blocuri datorita diferenței de cota dintre ramura principala și plecările către consumatori și mutarea unor cămine de golire, precum și realizarea unui cămin de canalizare nou având în vedere că există diferența între cota de intrare în bloc și cota la care ajunge rețeaua la acel bloc;
- modificarea traseului în funcție de situația din teren și redimensionarea conductelor pe porțiunile modificate, ca urmare a constatării existenței unor proprietăți private, procedura inițiată și desfășurată pentru achiziția acestor lucrări suplimentare fiind cea de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în baza prevederilor art. 122, punctul i) din O.U.G. nr. 34/2006.

Atât prin decizia nr. 141074/15.03.2012, cât și prin nota de constatare nr. 141007/13.01.2012 este criticată tocmai procedura aplicată pentru achiziția lucrărilor suplimentare, reținându-se faptul că nu s-a făcut dovada caracterului imprevizibil al circumstanțelor invocate și că nu se pot prevala de propria culpa în fața de elaborare a documentației de atribuire a contractului. Arată petenta însă că a respectat întocmai toate condițiile prevăzute de legiuitor a fi îndeplinite în mod cumulativ pentru a se putea aplica negocierea țără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în baza prevederilor art. 122, punctul i) din O.U.G. nr. 34/2006.

Astfel, din prevederile art. 122, lit. i) din O.U.G. nr. 34/2006 în vigoare la data semnării contractului de lucrări suplimentare rezulta, în mod clar, că pentru a se putea realiza achiziția de lucrări suplimentare prin procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, trebuie îndeplinite, în mod cumulativ, două condiții esențiale: inseparabilitatea lucrărilor suplimentare față de contractul inițial și existența circumstanțelor imprevizibile. În ceea ce privește inseparabilitatea lucrărilor suplimentare față de contractul inițial, aceasta condiție este îndeplinită în acest caz și este justificată de faptul că execuția lucrărilor contractate nu poate fi tehnic disjunsă

pe mai mulți operatori economici fără apariția unor inconveniente majore pentru autoritatea contractantă, cu mențiunea că această scindare ar fi avut ca efecte: creșterea numărului de îmbinări ale tronsoanelor de țeava; asigurarea unor garanții de bună execuție diferite; realizarea unor tronsoane de rețele pentru care nu se puteau crea condiții de punere în funcțiune; lucrările prevăzute în contract nu puteau fi supuse probelor sau recepțiilor parțiale deoarece în momentul determinării unor situații neprevăzute acestea nu erau finalizate din punct de vedere fizic și funcțional și ar fi trebuit conservate până la finalizarea altor proceduri de achiziție; durata de îndeplinire a contractului de bază nu putea fi respectată datorită organizării în diverse etape de execuție, conform dispozițiilor de șantier, a mai multor proceduri de achiziție.

Totodată, a arătat petenta, faptul că sistemul de conducte preizolate funcționează ca un tot unitar și că un furnizor de materiale și servicii din acest domeniu nu poate garanta decât pentru calitatea întregului sistem și nu pe porțiuni. În momentul în care, pe un traseu de termoficare sunt intercalați doi sau mai mulți furnizori de materiale și lucrări, garantarea pe întreg ansamblul nu se mai poate face, deoarece contractorul principal nu poate să își extindă garanția pe materialele și lucrările furnizate pe tronsoane de către alți furnizori. Acordarea de garanții pe tronsoane nu asigură garantarea funcționării în siguranță a sistemului în ansamblu, deoarece funcționarea ca un tot unitar este pusă sub semnul incertitudinii. Mai mult decât atât, un furnizor de produse preizolate nu va garanta niciodată pentru o zonă executată cu materialele altui furnizor, chiar dacă se folosește aceeași tehnologie de montaj.

Garanția asupra unei lucrări de termoficare este unică și se acordă pentru întregul tronson care a fost executat, cu furnitura obținută de la un singur furnizor, care are o convenție cu executantul pentru executarea manșonărilor. Tehnologia de execuție trebuie să fie cea recomandată de furnizorul produselor preizolate, cu specificația că în cazul achiziției de noi contracte ar fi existat riscul ca noii contractanți să nu mai ofereze pentru tronsoanele pe care urmau să le execute, o garanție pe o perioadă de 30 de ani.

Operațiunile de sudare, manșoane, pretensionare, probe de presiuni, conexiunea firelor sistemului de monitorizare, sunt operațiuni reglementate de normele și normativele în vigoare și sunt strict supravegheate și înregistrate. La sfârșitul lucrării, înregistrările sunt incluse în cartea construcției (instalației). Efectuarea lor se poate face numai de un antreprenor care își asumă responsabilitatea pentru respectarea tehnologiei și care are un sistem de asigurarea calității implementat. Aceste operațiuni nu se pot face de către doi executanți diferiți, decât în cazul în care sunt într-o relație de subordonare antreprenor- subantreprenor.

În alta ordine de idei, prin organizarea mai multor proceduri de achiziție, respectiv prin participarea mai multor executanți care nu sunt implicați în aceeași relație contractuală s-ar fi generat și prelungirea duratei contractate inițial, care din punctul de vedere al echipei de audit, nu ar fi fost considerată ca fiind justificată. Astfel, dacă nu ar fi uzat de dispozițiile art. 122, lit. i) și am fi procedat la publicarea unui anunț de participare, executarea contractului ar fi fost sistată în acel moment pentru derularea procedurii de achiziție, cu consecințe nefaste pentru toată lumea. Pe de altă parte, necesitatea acestor lucrări suplimentare a fost propusă de către executantul lucrării, prin dispozițiile de șantier, astfel încât era firesc ca lucrările să fie executate de către acesta.

Referitor la condiția existenței unor condiții imprevizibile, se arată că aceasta este pe deplin justificată de faptul că în faza inițială de proiectare, elemente strict necesare, sunt cunoscute incomplet sau eronat, cu mențiunea că acest aspect constituie un factor de imprevizibilitate care justifică corecțiile aduse pe parcursul execuției prin dispoziții de șantier.

În acest sens, apreciază petenta că lucrările suplimentare referitoare la modificări ale adâncimilor rețelelor termine secundare, amplasarea unor cămine de golire, modificări ale conductelor în zona

unor blocuri, modificări de traseu, s-au datorat următoarelor circumstanțe imprevizibile: - lipsa, la momentul preluării rețelelor de la SC TERMLOC Bacău în anul 1997, a planurilor de situație cu traseul rețelelor secundare subterane sau a profilelor longitudinale/transversale, cu mențiunea ca nu s-au cunoscut cotele reale de execuție a rețelelor și eventualele intersecții cu alte rețele; - constatarea existenței unor proprietăți private după începerea execuției lucrărilor de rețehnologizare a rețelelor termice secundare, cu specificația ca Oficiul de Cadastru nu a semnalat, la momentul obținerii certificatului de urbanism, prezenta unor proprietăți private care să fie afectate de lucrările prevăzute în documentația tehnică.

În consecința, în condițiile în care, în momentul semnării contractului de lucrări, s-au luat toate măsurile necesare, respectiv solicitarea emiterii unui certificat de urbanism, a autorizației de construire și a avizelor necesare, apreciază petenta că, în mod clar, aceste situații intră în categoria "circumstanțelor imprevizibile", ele nefiind arătate de actele solicitate în prealabil și al căror rol era tocmai acesta. Mai mult decât atât, în tot cuprinsul deciziei de soluționare a contestației, se reține, în mod eronat faptul că, pe parcursul execuției lucrărilor au fost descoperite cereri de revendicare formulate de terțe persoane. În acest sens, se subliniază faptul că, așa cum s-a arătat și în contestația administrativă formulată, nu este vorba despre cereri de revendicare care existau și care au fost soluționate pe parcursul derulării lucrărilor, pentru ca petenta, prin compartimentele sale să aibă cunoștința despre ele și, eventual, despre modalitatea lor de soluționare, ci despre existența unor proprietăți particulare.

Se precizează faptul ca Oficiul de Cadastru și Publicitate Imobiliara este instituția abilitată să verifice și să avizeze planurile privind obiectivele de investiții din punct de vedere al planimetriei, al corectitudinii amplasării construcțiilor, al existenței unor proprietăți particulare, pe care le vizează în acest sens, cu mențiunea ca traseele proiectate au respectat întocmai planurile cu viza OCPI, care nu a menționat existența unor proprietăți particulare pe traseul rețelei termice de distribuție.

Totodată, se precizează că petenta se află în situația unor circumstanțe imprevizibile, în condițiile în care în proiectul inițial nu a fost posibilă vizualizarea și măsurarea conductelor din subsolurile blocurilor, motivat de faptul că subsolul era inundat cu apă și dejecții din rețeaua de canalizare; era blocat de compartimentări neautorizate făcute de locatari, care nu au permis accesul la conducte; conductele fiind acoperite cu materiale izolatoare și amplasate în locuri greu accesibile, starea lor avansată de coroziune putând fi constatată numai în momentul în care au fost racordate la conductele noi; asociațiile de locatari au răspuns cu ostilitate la solicitări și nu au permis accesul în subsol. Mai mult decât atât, deoarece avizele deținătorilor de gospodării subterane (conducte de apă, gaz, canalizare, cabluri electrice și telefonice, etc.) nu precizează poziția exactă, atât în plan vertical, cât și în plan orizontal a rețelelor, acestea nu pot fi localizate cu precizie.

În consecința, apreciază petenta ca reținerea situației de către intimată ca nu s-a făcut dovada existenței unor "circumstanțe imprevizibile" reprezintă o concluzie abstractă, nemotivată și nefundamentată din punct de vedere legal, care nu poate fi cuantificată, cu atât mai mult cu cât legiuitorul, în textul O.U.G. nr. 34/2006 nu definește termenul de "imprevizibil" și nici nu limitează caracterul de imprevizibilitate la situații concrete. Ce a făcut în schimb legiuitorul a fost să stabilească anumite condiții ce trebuie îndeplinite, în mod cumulativ, pentru a justifica achiziționarea de lucrări fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, condiții care au fost îndeplinite.

Apreciază petenta că, legiuitorul a prevăzut posibilitatea autorității contractante de a atribui lucrări suplimentare contractului inițial fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare tocmai pentru ca în derularea unor contracte pot apărea circumstanțe imprevizibile, iar în condițiile în care O.U.G. nr. 34/2006 face trimitere la aceasta noțiune fără a o defini, ea trebuie interpretată în

raport de elementele de fapt care intervin pe parcursul executării contractului, ținându-se cont de apărarea interesului public și de evitarea întreruperii contractului.

Plângerea a fost întemeiată pe prevederile art. 51 din O.U.G. nr. 66/2011 și pe prevederile art. 11 din Legea nr. 554/2004. S-a solicitat judecarea în lipsă potrivit prevederilor art. 242, alin. (2) Codul de procedură civilă.

Ministerul Mediului și Pădurilor, a formulat întâmpinare, solicitând a se respinge ca neîntemeiată cererea de chemare în judecată pentru următoarele motive: Cu privire la faptul că ar fi aplicabilă Ordonanța Guvernului nr.79/2003 motivat de faptul că Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.66/2011 a intrat în vigoare ulterior încheierii contractului verificat.

Se impune a fi avut în vedere că art.66 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.66/2011 prevede că „*Activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003*” - per a contrario, cele începute ulterior intrării în vigoare a Ordonanței de Urgență a Guvernului nr.66/2011 vor fi supuse prevederilor acestui din urmă act normativ, Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.66/2011 a intrat în vigoare la data publicării în Monitorul Oficial - 30.06.2011, activitatea de constatare a neregulilor în cazul de speță a început la data de 14.12.2011 și rezultă, arată intimata că argumentul invocat de Municipiul Bacău este neîntemeiat, neavând relevanță data la care contractul verificat a fost încheiat, acest moment contând doar pe fondul analizei, atunci când se verifică dacă încheierea respectivului contract a fost sau nu făcută cu respectarea dispozițiilor care reglementează achizițiile publice, în forma în vigoare la data încheierii sale. Procedura de verificare trebuie să aibă loc în concordanță cu normele care o guvernează, în speță cu cele ale Ordonanței de Urgență a Guvernului nr.66/2011, dispoziții intrate în vigoare la data efectuării controlului vizat în cauză. Pe fond, susținerile reclamantului sunt de asemenea neîntemeiate urmând a fi înlăturate.

Inexistența pretinselor circumstanțe imprevizibile care să determine încheierea contractului de lucrări suplimentare nr.68600/16.03.2010.

Arată intimata că potrivit dispozițiilor art. 122 lit. i) din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.34/2006, în forma în vigoare la data încheierii Actului adițional nr. 1/03.12.2010, autoritatea contractantă avea dreptul să aplice procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare: *„atunci când este necesară achiziționarea unor lucrări sau servicii suplimentare/adiționale care nu au fost incluse în contractual inițial, dar care datorită unor circumstanțe Imprevizibile au devenit necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză, și numai dacă se respectă, în mod cumulative, următoarele condiții: atribuirea să fie făcută contractantului Inițial; lucrările sau serviciile suplimentare /adiționale nu pot fi, din punct de vedere tehnic și economic, separate de contractul inițial fără apariția unor inconveniente majore pentru autoritatea contractantă sau, deși separabile de contractul inițial, sunt strict necesare în vederea îndeplinirii acestuia; valoarea cumulată a contractelor care vor fi atribuite și a actelor adiționale care vor fi încheiate pentru lucrări și/sau servicii suplimentare ori adiționale nu depășește 20% din valoarea contractului inițial; în cazuri temeinic motivate ordonatorul principal de credite poate aproba majorarea procentului până la limita maximă de 50% din valoarea contractului inițial pe baza unei note justificative în care vor fi precizate motivele care au condus la depășirea procentului de 20% și care este parte a dosarului achiziției publice.”*

Precizează intimata că majorarea în cauză a valorii contractului de lucrări încheiat inițial de către Municipiul Bacău a fost avută în vedere de către reclamant din cauza următorilor factori: lipsa, la momentul preluării în 1997 a rețelelor de la SC Termloc Bacău, a planurilor de situație cu traseul rețelelor secundare subterane sau a profilelor longitudinale/transversale, necunoscându-se cotele reale de execuție a rețelelor și eventualelor intersecții cu alte rețele; revendicări de teren situate pe

traseul rețelei termice de distribuție situații care, în opinia sa, ar constitui "*circumstanțe Imprevizibile*" în sensul dispozițiilor legale menționate anterior și ar fi făcut astfel posibilă aplicarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.

Contrar celor susținute de către reclamant, arată intimata, că aceste circumstanțe puteau fi rezonabil prevăzute de către autoritatea contractantă: prin inspectarea amplasamentului lucrărilor și cunoașterea tuturor pretinselor circumstanței Imprevizibile; prin intermediul proiectului tehnic elaborat pentru conceperea unei soluții viabile în vederea executării Contractului de lucrări; circumstanțele invocate erau anterioare încheierii Contractului de lucrări.

În speță, așa cum rezultă din Referatul de necesitate nr. 1968/23.02.2010, modificările față de proiectul inițial al lucrărilor de execuție au fost dispuse urmare a șase dispoziții de șantier prin care s-a constatat necesitatea modificării unor porțiuni de traseu, modificare cauzată de revendicarea unor proprietăți private și a intersecției rețelelor de termoficare cu alte rețele de gospodărie utilitare. Așadar, contrar celor susținute de către reclamant, în speță nu se poate invoca o reținere eronată a situației de fapt.

Situația juridică a terenurilor supuse revendicării către terți putea fi cunoscută la momentul încheierii contractului de lucrări inițial. Incertitudinea situației juridice a respectivelor terenuri aflate pe traseul rețelei termice de distribuție trebuind să fie prevăzută cu atât mai mult cu cât Serviciul de Cadastru ce funcționează în cadrul Primăriei Bacău deține Informații cu privire la situațiile relevate anterior.

Dispozițiile art. 122 lit. i) din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.34/2006 fac referire expresă la faptul că circumstanțele care pot determina majorarea procentului reglementat trebuie să aibă un caracter imprevizibil și temeinic motivat. În speță însă, autoritatea contractanta nu a justificat prin argumente fundamentate că la momentul lansării procedurii de atribuire a contractului de lucrări, astfel de circumstanțe erau imposibil de prevăzut.

Simpla expunere a unei situații existente la data execuției lucrărilor nu poate fi asimilată cu o motivare temeinică a rațiunilor pentru care reclamantul nu putea prevedea încă din faza licitației modificarea regimului juridic al terenurilor aflate pe traseele rețelei termice de distribuție, urmare a admiterii cererilor în revendicare formulate de către terți.

De asemenea, împrejurarea că starea conductelor și condițiile fizice din subsolurile blocurilor (subsoluri inundate și cu dejecții din rețeaua de canalizare, blocat de compartimentări neautorizate ale locatarilor care nu au permis accesul la conducte, conducte acoperite cu materiale izolatoare și amplasate în locuri greu accesibile, starea avansată de coroziune a conductelor) nu se circumscrie situației care nu putea fi prevăzută în mod obiectiv de către reclamant, pe de o parte prin proiectul tehnic elaborat, iar pe de altă parte prin inspectarea prealabilă a amplasamentului proiectului, în ipoteza în care reclamantul nu deținea suficiente Informații sau informațiile deținute nu erau actualizate, nu ar fi trebuit să lanseze procedura publică de atribuire, pentru a nu induce în eroare operatorii economici interesați.

De asemenea, solicită intimata a se avea în vedere și faptul că Certificatul de urbanism eliberat la momentul semnării contractului de lucrări inițial nu putea conține date referitoare la existența cererilor și acțiunile în revendicare formulate în legătură cu terenurile aflate în domeniul unității administrativ-teritoriale. Toate aceste elemente se puteau ușor prevedea prin consultarea departamentului specializat din cadrul Primăriei Bacău, ce deține informații privind situația Juridică a terenurilor aflate în patrimoniul unității administrativ-teritoriale. Mai mult, finalizarea soluționării unor cereri de revendicare se realizează pe parcursul unei perioade îndelungate, timp în care (între data depunerii cererii de revendicare și dat admiterii acesteia), reclamantul ar fi avut posibilitatea

să prevadă și să identifice în concret suprafeței de teren ce ar putea face obiectul unor soluții de admitere a revendicării către terți.

De asemenea, proiectantul desemnat avea obligația de a efectua un studiu elaborat și un proiect de execuție a lucrărilor care să cuprindă soluții tehnice, raportate la obstacolele de ordin juridic existente în amplasamentul lucrării, obstacolele întâlnite în subsolurile blocurilor putând fi îndepărtate, iar vechime și uzura conductelor putând fi, nu numai prevăzută, dar cunoscută. Așadar, modificarea adâncimilor rețelelor termice secundare, amplasarea unor cămine de golire modificarea conductelor în zona unor blocuri, modificarea traseelor erau previzibile încă din faza inițială de lansare a procedurii publice.

Reclamantul nu poate invoca propria culpă în faza de elaborare a documentației de atribuire a contractului - *nemo auditor propriam tuipitundinem allegans*

Reclamantul avea obligația de a include în caietul de sarcini atât studiul și documentația necesare executării lucrărilor de execuție, pentru identificarea utilităților existente pe amplasament și care ar putea împiedica lucrările de execuție, a condițiilor de execuție a lucrărilor din subsolurile blocurilor starea în care se găsesc conductele asupra cărora urmau a se realiza lucrările, prin raportare la data montării acestora, a condițiilor de utilizare, a eventualelor lucrări ce au fost executate asupra acestora în decursul timpului, cât și informații esențiale referitoare la situația juridică a terenurilor aflate pe traseele rețelei termice de distribuție. Inclusiv reclamantul recunoaște că aceste împrejurări au fost eronate sau incomplet cunoscute. Aspectele evidențiate de reclamant privind neconformitățile dintre proiectul inițial al lucrărilor și realitatea din teren supusă modificărilor de regim juridic al terenurilor după admiterea cererilor de revendicare sunt exclusiv imputabile reclamantului.

Municipiul Bacău a formulat răspuns la întâmpinare, arătând sub un prim aspect privind aplicabilitatea prevederilor O.U.G. nr. 66/2011, că paratul își fundamentează susținerile pe dispozițiile art. 66 din O.U.G. nr. 66/2011, potrivit cărora activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a ordonanței se finalizează și se valorifică cu aplicarea O.G. nr. 79/2003 - per a contrario, cele începute ulterior intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011 vor fi supuse prevederilor acestui din urma act normativ.

Aceste susțineri nu pot constitui temei pentru aplicarea retroactivă, dispozițiile invocate de parat fiind norme de procedura care permit finalizarea controalelor începute și, nicidecum, norme de drept material. Rezultă, așadar că, deși controlul putea fi efectuat în temeiul O.U.G. nr. 66/2011, nu se puteau aplica alte sancțiuni sau reține alte fapte decât cele reglementate de legislația în vigoare la data comiterii pretensei nereguli și nicidecum abaterile și corecțiile financiare reglementate începând cu data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011. Sub cel de-al doilea aspect, referitor la susținerile paratului privitoare la netemeinicia cererii de chemare în judecată, a arătat reclamanta că este îndeplinită condiția inseparabilității lucrărilor suplimentare față de contractul inițial și de asemenea și condiția existenței unor condiții imprevizibile.

Aceasta este pe deplin justificată de faptul că, în faza inițială de proiectare, elemente strict necesare, sunt cunoscute incomplet sau eronate, cu mențiunea că acest aspect constituie un factor de imprevizibilitate care justifică corecțiile aduse pe parcursul execuției prin dispoziții de șantier. La momentul preluării rețelelor de la **SC TERMLOC Bacău, în anul 1997**, lipseau planurile de situație cu traseul rețelelor secundare subterane; constatarea existenței unor proprietăți private după începerea execuției lucrărilor de rețehnologizare a rețelelor termice secundare, deși, în prealabil, s-au luat toate măsurile necesare, respectiv solicitarea emiterii unui certificat de urbanism, a autorizației de construire și a avizelor necesare (subliniem faptul că nu este vorba despre cereri de revendicare care existau și care au fost soluționate pe parcursul derulării lucrărilor, pentru că instituția noastră, prin compartimentele sale, să aibă cunoștință despre ele, și, eventual despre

modalitatea lor de soluționare, ci despre existența unor proprietăți particulare); traseele proiectate au respectat întocmai planurile cu viza OCPI, care nu a menționat existența unor proprietăți particulare pe traseul rețelei termice de distribuție, deși aceasta este instituția abilitată să verifice și să avizeze planurile privind obiectivele de investiții din punct de vedere al planimetrice, al corectitudinii amplasării construcțiilor, al existenței unor proprietăți particulare; în proiectul inițial nu a fost posibilă vizualizarea și măsurarea conductelor din subsolurile blocurilor, motivat de faptul că subsolul era inundat cu apă și dejecții din rețeaua de canalizare și era blocat de compartimentări neautorizate făcute de locatari, care nu au permis accesul la conducte.

Instanța în analizarea plângerii formulate, reține,

ÎN FAPT:

La data de 21.08.2009, Municipiul Bacău în calitate de Autoritate contractantă a încheiat Contractul de lucrări nr. 100533/21.08.2009 „Reabilitarea rețelei termice secundare lot 4 - PT 33” din cadrul proiectului Retehnologizarea sistemului de termoficare din mun. Bacău în vederea conformării la normele de protecție a mediului privind emisiile poluante în aer și pentru creșterea eficienței în alimentarea cu căldură urbană. Ulterior atribuirii Contractului de lucrări în temeiul Referatului de necesitate nr. 1968/23.02.2010 și a Dispozițiilor de șantier 1 - 6, Municipiul Bacău a încheiat un nou contract de lucrări, respectiv 68600/16.03.2010, având ca obiect executarea următoarelor lucrări suplimentare față de obiectul contractului inițial: modificarea adâncimii rețelelor termice secundare, având în vedere că la data întocmirii proiectului tehnic inițial nu au existat date și planuri din care să rezulte adâncimea de pozare a rețelelor termice (Dispoziție de șantier nr.6/4.12.2009); necesitatea amplasării unor cămine de golire, cu racorduri la cele mai apropiate canalizări din zonă care nu au fost prevăzute inițial (Dispoziție de șantier nr.6/4.12.2009); modificarea traseului de distribuție pentru încălzirea ramurii II din interiorul punctului termic ca urmare a parcurgerii din data de 10.11.2009 a traseului rețelei de distribuție secundare și în urma cerințelor executantului (Dispoziție de șantier nr.5/13.11.2009); modificarea conductelor în zona unor blocuri datorită diferenței de cotă dintre ramura principală și plecărilor către consumatori și mutarea unor cămine de golire, precum și realizarea unui cămin de golire, având în vedere diferența dintre cota de intrare în bloc și cota la care ajunge rețeaua la acel bloc (Dispoziție de șantier nr.2/13.10.2009); modificarea traseului în funcție de situația din teren și redimensionarea conductelor pe porțiuni modificate, ca urmare a revendicării unei proprietăți private și intersecției cu gospodăriile utilitare (Dispoziție de șantier nr. 1/23.09.2009).

Autoritatea contractantă a inițiat și desfășurat procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru lucrările suplimentare, în baza dispozițiilor art. 122, punctul i) din O.U.G. nr.34/2006. Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrată sub nr. 141007/13.01.2012 încheiată de Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu, s-a constatat că prin atribuirea unor servicii adiționale la contractul de lucrări nr. 100533/21.08.2009 prin procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în lipsa unor circumstanțe imprevizibile, s-au încălcat dispozițiile art. 122 lit. i) din O.U.G. nr.34/2006 și art.31 (1) din Directiva 18/2004, și având în vedere prevederile O.U.G. nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, s-a aplicat o corecție financiară de 25% (59653,18 lei) la valoarea contractului de lucrări suplimentare nr.68600/2010 de 238.612,73 lei, potrivit pct.2, subpunctul 2.2 din Anexa la O.U.G. nr.66/2011.

Împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrată sub nr. 141007/13.01.2012 încheiată de Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu, Municipiul Bacău prin Primar a formulat contestație, care prin Decizia nr. 141074/15.03.2012, fiind soluționată, a fost respinsă ca neîntemeiată reținându-se că nu s-a făcut dovada caracterului imprevizibil al circumstanțelor

invocate și că petenta nu se poate prevala de propria culpă în faza de elaborare a documentației de atribuire a contractului.

Cu privire la critica petentei privind aplicarea sancțiunilor în baza O.U.G. nr. 66/2011, instanța reține: O.U.G. nr. 66/2011 în care sunt prevăzute corecțiile financiare și faptele care sunt sancționate cu aceste corecții a intrat în vigoare la data de 30.06.2011, contractul de lucrări suplimentare fiind încheiat în data de 16.03.2010 iar activitatea de constatare a neregulilor a început la data de 14.12.2011.

Potrivit dispozițiilor art.66 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.66/2011 **„Activitățile de constatare a neregulilor și ele stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003”**. Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.66/2011 a intrat în vigoare la data publicării în Monitorul Oficial, respectiv ,30.06.2011,activitatea de constatare a neregulilor în cazul de speță a început la data de 14.12.2011. Conform dispozițiilor art. 15, alin.2 din Constituția României, legea dispune numai pentru viitor. Legea civilă dispune numai pentru viitor, ea nu are putere retroactivă, adică pentru trecut. Legea se aplică numai faptelor petrecute în intervalul de timp de la intrarea sa în vigoare și până la ieșirea sa din vigoare, nu faptelor petrecute anterior intrării ei în vigoare. Așa cum s-a mai menționat contractul de lucrări suplimentare nr.68600/2010, a fost încheiat anterior intrării în vigoare a Ordonanței de Urgență a Guvernului nr.66/2011. Instanța reține că susținerile petentei privitoare la faptul că la data încheierii contractului de lucrări suplimentare, O.U.G. 66/2011 nu era în vigoare, fiind în vigoare dispozițiile O.G. nr.79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător și H.G. nr. 1510/2003 de aprobare a normelor metodologice de aplicare a O.G. 79/2003, sunt întemeiate.

Ori dacă legea contractului, respectiv cea aplicabilă acestuia este cea în vigoare la data încheierii acestuia, constatarea și sancționarea unor nereguli ce derivă din încheierea contractului nu pot fi efectuate în baza altor dispoziții legale, respectiv nu pot fi combinate două acte normative, în situația în care O.G. nr.79/2003 cuprinde atât dispoziții de drept material cât și de procedură. Prin O.G. 79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător sunt definite, prin art.2 , atât neregulile în utilizarea fondurilor europene cât și creanțele bugetare rezultate din nereguli, care constituie sume de recuperat.

Potrivit art. 2 lit. a din O.G. 79/2003, prin nereguli se înțelege *orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile legale naționale și/sau comunitare, precum și cu prevederile contractelor ori ale altor angajamente legale încheiate în baza acestor dispoziții, care prejudiciază bugetul general al Comunității Europene și/sau bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, precum și bugetele din care provine cofinanțarea aferentă printr-o cheltuială necuvenită, iar potrivit lit. d, creanțele bugetare rezultate din nereguli reprezintă sume de recuperat la bugetul general al Comunității Europene și/sau la bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, precum și/sau la bugetele de cofinanțare aferente, ca urmare a utilizării necorespunzătoare a fondurilor comunitare și a sumelor de cofinanțare aferente și/sau ca urmare a obținerii necuvenite de sume în cadrul măsurilor care fac parte din sistemul de finanțare integrală ori parțială a acestor fonduri.*

Prin dispozițiile menționate sunt definite faptele (neregulile) care antrenează răspunderea autorității contractante în cazul încălcării dispozițiilor legale, aceste dispoziții fiind de drept material iar cele menționate la litera d) privitoare la sumele ce rezultă din nereguli care se impun a fi recuperate, antrenează o răspundere delictuală. O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente, act normativ care abrogă expres O.G. 79/2003, conține

dispoziții diferite cu privire la semnificația noțiunii de *neregulă*. Conform dispozițiilor art. 2 lit. a) *neregulă* constituie *orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit.*

Așa cum se observă, nu se mai stabilește recuperarea sumelor ce provin din nereguli, O.U.G. nr. 66/2011 stabilind însă corecții financiare procentuale. Ambele acte normative, respectiv atât O.G. 79/2003 cât și O.U.G. nr. 66/2011 prevăd atât dispoziții de drept material cât și de procedură iar dispozițiile art.66 din O.U.G. nr.66/2011 invocate de către pârâtă nu sunt de natură a determina aplicarea retroactivă a unui act normativ.

Pentru considerentele expuse, instanța va analiza situația de fapt, raportat la dispozițiile O.G. 79/2003. Conform dispozițiilor art. 122, alin.1 lit. i) din OUG nr.34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, *Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare numai în următoarele cazuri:*
i) atunci când este necesară achiziționarea unor lucrări sau servicii suplimentare/adiționale, care nu au fost incluse în contractul inițial, dar care datorită unor circumstanțe imprevizibile au devenit necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză.

În motivarea existenței „circumstanțelor imprevizibile” , autoritatea contractantă a arătat că acestea ar exista în situația în care în faza inițială de proiectare, elemente strict necesare, sunt cunoscute incomplet sau eronat, cu mențiunea ca acest aspect constituie un factor de imprevizibilitate care justifica corecțiile aduse pe parcursul execuției prin dispoziții de șantier. A apreciat petenta ca lucrările suplimentare referitoare la modificări ale adâncimilor rețelelor termice secundare, amplasarea unor cămine de golire, modificări ale conductelor în zona unor blocuri, modificări de traseu, s-au datorat următoarelor circumstanțe imprevizibile: - lipsa, la momentul preluării rețelelor de la SC TERMLOC Bacău în anul 1997, a planurilor de situație cu traseul rețelelor secundare subterane sau a profilelor longitudinale/transversale, cu mențiunea ca nu s-au cunoscut cotele reale de execuție a rețelelor și eventualele intersecții cu alte rețele; - constatarea existenței unor proprietăți private după începerea execuției lucrărilor de retehnologizare a rețelelor termice secundare, cu specificația ca Oficiul de Cadastru nu a semnalat, la momentul obținerii certificatului de urbanism, prezența unor proprietăți private care sa fie afectate de lucrările prevăzute în documentația tehnică.

În consecința, în condițiile în care, în momentul semnării contractului de lucrări, s-au luat toate măsurile necesare, respectiv solicitarea emiterii unui certificat de urbanism, a autorizației de construire și a avizelor necesare , apreciază petenta că, în mod clar, aceste situații intră în categoria "circumstanțelor imprevizibile", ele nefiind arătate de actele solicitate în prealabil și al căror rol era tocmai acesta. S-a precizat faptul ca Oficiul de Cadastru și Publicitate Imobiliară este instituția abilitată să verifice și să avizeze planurile privind obiectivele de investiții din punct de vedere al planimetriei, al corectitudinii amplasării construcțiilor, al existenței unor proprietăți particulare, pe care le vizează în acest sens, cu mențiunea ca traseele proiectate au respectat întocmai planurile cu viza OCPI, care nu a menționat existența unor proprietăți particulare pe traseul rețelei termice de distribuție, că petenta se află în situația unor circumstanțe imprevizibile, în condițiile în care în proiectul inițial nu a fost posibilă vizualizarea și măsurarea conductelor din subsolurile blocurilor, motivat de faptul ca subsolul era inundat cu apa și dejecții din rețeaua de canalizare; era blocat de compartimentări neautorizate făcute de locatari, care nu au permis accesul la conducte; conductele fiind acoperite cu materiale izolatoare și amplasate în locuri greu accesibile, starea lor

avansata de coroziune putând fi constatată numai în momentul în care au fost racordate la conductele noi; asociațiile de locatari au răspuns cu ostilitate la solicitări și nu au permis accesul în subsol.

Instanța urmează a înlătura toate apărările petentei, considerând că acestea nu sunt de natură a se încadra în "circumstanțele imprevizibile", prevăzute de legiuitor, pentru următoarele considerente: Scopul legislației achizițiilor publice este prevăzut de art. 2 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, fiind constituit de: promovarea concurenței între operatorii economici; garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici; asigurarea transparenței și integrității procesului de achiziție publică; asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice, prin aplicarea procedurilor de atribuire de către autoritățile contractante. Prin urmare, în respectarea îndeplinirii acestui scop se impune ca prin modalitatea de aplicare a dispozițiilor a art. 122 lit. i) din OUG nr. 34/2006 să nu se anihileze voința legiuitorului.

Acest articol permite autorităților contractante suplimentarea valorii contractului de servicii sau de lucrări atunci când, datorită unor „circumstanțe imprevizibile”, a devenit necesară achiziționarea unor lucrări sau servicii suplimentare/adiționale. Dispozițiile menționate sunt însă de strictă interpretare, având în vedere faptul că procedura negocierii fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare este reglementată ca o excepție de la regula instituită prin art. 20 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006. Este adevărat așa cum susține reclamanta, că legiuitorul nu definește termenul de "imprevizibil" și nici nu limitează caracterul de imprevizibilitate la situații concrete, rămânând ca judecătorul cauzei să analizeze dacă situațiile prezentate de către autoritatea contractantă pot fi încadrate în acest termen.

Instanța reține că, nu pot fi catalogate ca „circumstanțe imprevizibile” aspectele menționate de către reclamantă, respectiv că în faza inițială de proiectare, elemente strict necesare, sunt cunoscute incomplet sau eronat, autoritatea contractantă având obligația identificării soluției care să corespundă necesităților sale anterior demarării procedurii de atribuire. Ar putea ca exemplu să constituie elemente imprevizibile modul de manifestare a unor fenomenele naturale care nu pot fi anticipate, modificările în configurația terenului determinate de apariția unor construcții noi, în situația în care construcțiile au fost edificate ulterior demarării procedurii de atribuire a contractului inițial sau în perioada imediat anterioară, fără a exista indicii care să anticipeze o astfel de modificare la momentul întocmirii caietului de sarcini; degradarea elementelor de construcție ca urmare a unor accidente rutiere dacă accidentele respective au avut loc ulterior demarării procedurii de atribuire a contractului inițial sau în perioada imediat anterioară; inundații, alunecări de teren, etc.

Motivațiile reclamantei că s-a impus angajarea unor lucrări suplimentare deoarece a fost nevoie de modificări ale adâncimilor rețelelor termice secundare, amplasarea unor cămine de golire, modificări ale conductelor în zona unor blocuri, modificări de traseu, deoarece la momentul preluării rețelelor de la SC TERMLOC Bacău în anul 1997, lipseau planurile de situație cu traseul rețelelor secundare subterane sau a profilelor longitudinale/transversale, că nu s-au cunoscut cotele reale de execuție a rețelelor și eventualele intersecții cu alte rețele; că s-a constatat existența unor proprietăți private după începerea execuției lucrărilor de rețehnologizare a rețelelor termice secundare, nu pot justifica aplicabilitatea dispozițiilor art. 122, alin.1 lit. i) din O.U.G. nr.34/2006.

Toate elementele cu privire la care reclamanta invocă imposibilitatea cunoașterii anterioare, ar fi putut fi cunoscute prin depunerea de diligențe suplimentare de către aceasta. Necesitatea relocării unor utilități descoperite pe parcursul execuției lucrărilor poate avea caracter imprevizibil dacă existența acestora nu a fost și nu a putut fi prevăzută la momentul încheierii contractului inițial, în urma studiilor întocmite în vederea atribuirii contractului.

Este adevărat că legiuitorul, așa cum menționează reclamanta, a prevăzut posibilitatea autorității contractante de a atribui lucrări suplimentare contractului inițial fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, însă așa cum s-a mai arătat aceasta reprezentând excepția se impune ca și elementele care generează încheierea unor contracte suplimentare, să fie de excepție, de natură imprevizibilă. Dacă nu s-ar impune o astfel de exigență, dispozițiile art. 2 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 nu ar mai fi aplicate în scopul pe care legiuitorul l-a avut în vedere la legiferarea modalității de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii.

Nu poate fi primită susținerea reclamantei că în condițiile în care O.U.G. nr. 34/2006 face trimitere la noțiunea de „circumstanțe imprevizibile” fără a o defini, ea trebuie interpretată în raport de elementele de fapt care intervin pe parcursul executării contractului, ținându-se cont de apărarea interesului public și de evitarea întreruperii contractului. Noțiunea de „circumstanțe imprevizibile” trebuie interpretată în raport de elementele de fapt care intervin pe parcursul contractului, însă nu și de cele care ar fi putut fi cunoscute anterior demarării procedurii, prin depunerea unor diligențe serioase iar culpa lipsei acestora nu poate fi justificată prin angajarea unor lucrări suplimentare în apărarea interesului public, în situația în care acest interes nu a fost avut în vedere anterior demarării procedurii de atribuire, în caz contrar potrivit tezei reclamantei, în cazul intervenirii unor elemente de fapt pe parcursul executării contractului, la toate contractele încheiate conform procedurii achizițiilor publice s-ar impune încheierea unor contracte suplimentare.

Lipsite de relevanță sunt și motivele referitoare la imposibilitatea vizualizării și măsurării conductelor din subsolurile blocurilor, față de faptul ca subsolul era inundat cu apa și dejecții din rețeaua de canalizare; era blocat de compartimentări neautorizate făcute de locatari, care nu au permis accesul la conducte; conductele fiind acoperite cu materiale izolatoare și amplasate în locuri greu accesibile, starea lor avansată de coroziune putând fi constatată numai în momentul în care au fost racordate la conductele noi; asociațiile de locatari au răspuns cu ostilitate la solicitări și nu au permis accesul în subsol, autoritatea contractantă prin utilizarea pârghiilor legale ar fi putut elimina toate aceste situații, astfel încât anterior demarării procedurii de atribuire, să fie în posesia tuturor elementelor necesare stabilirii unei situații corecte și reale.

Având în vedere situația de fapt și considerentele expuse, instanța, urmează a constata că plângerea formulată este parțial întemeiată, doar în ce privește critici le privitoare la reținerea dispozițiilor O.U.G. nr.66/2011, reținându-se că în mod corect prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrată sub nr. 141007/13.01.2012 încheiată de Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu s-a constatat că prin atribuirea unor servicii adiționale la contractul de lucrări nr. 100533/21.08.2009 prin procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în lipsa unor circumstanțe imprevizibile, s-au încălcat dispozițiile art. 122 lit. i) din O.U.G. nr.34/2006.

Pe cale de consecință urmează a se dispune anularea Deciziei nr. 141074/15.03.2012 și anularea parțială a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrată sub nr. 141007/13.01.2012 încheiată de Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu, doar cu privire la aplicarea corecției financiare, creanța bugetară rezultată din neregulile constatate, urmând a fi recuperată potrivit dispozițiilor O.G. 79/2003.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Admite în parte plângerea formulată de reclamantul MUNICIPIUL BACĂU - PRIN PRIMAR, cu sediul în Bacău, județul Bacău, în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR -

Direcția Generală - Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu, cu sediul în București. Anulează Decizia nr. 141074/15.03.2012 și în parte Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecției financiare nr. 141007/13.01.2012 doar cu privire la aplicarea corecției financiare.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din 7 septembrie 2012.

Dosar nr. 440/32/2012

CURTEA DE APEL BACĂU
SECȚIA A II-A CIVILĂ,
DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA Nr. 169/2012
Ședința publică de la data de 21 Septembrie 2012

Pe rol fiind pronunțarea asupra acțiunii în contencios administrativ formulată de reclamantul Municipiul Bacău - prin Primar în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu, având ca obiect anulare act administrativ. Dezbaterile au avut loc în ședința publică din data de 14 septembrie 2012, fiind consemnate în încheierea de ședință de la acea dată.

CURTEA, deliberând:

Asupra acțiunii civile de față constată următoarele:

Prin cererea de chemare în judecată înregistrată sub nr. 440/32/2011/2012 pe rolul Curții de Apel Bacău, reclamantul Municipiul Bacău a chemat în judecată pe pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor solicitând anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 141011/13.01.2012 și a deciziei nr.141073/15.03.2012.

În motivarea acțiunii reclamantul a arătat că, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire a contractului de lucrări nr. 100532/21.08.2009 „Reabilitarea rețelei termice secundare lot 1-PT7” în cadrul proiectului „Retehnologizarea sistemului de termoficare din municipiul Bacău în vederea conformării la normele de protecția mediului privind emisiile poluate în aer și pentru creșterea eficienței în alimentarea cu căldură urbană” COD SMIS 16948 și că, ulterior, a încheiat contractul nr.68853/8.07.2010 pentru lucrări suplimentare constând în modificarea căminului de golire CG2, realizarea unor cămine de golire în zona unor blocuri și acoperirea canalului termic la intrarea în bloc cu dalele scoase din decopertarea canalului, modificări ale configurației traseului rețelei în funcție de situația din teren și redimensionarea conductelor pe porțiunile modificate.

Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 141011/13.01.2012, considerând că au fost încălcate dispozițiile art.122 din O.U.G. nr.34/2006 și art.1 din Ordinul nr.863/2008, lucrările suplimentare fiind încredințate prin procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în lipsa unor împrejurări imprevizibile, pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor a aplicat o corecție financiară de 25% din valoarea contractului de lucrări suplimentare, respectiv 74.409 lei.

Actele contestate, susține reclamantul, sunt netemeinice deoarece sunt reținute ca fiind aplicabile dispozițiile O.U.G. nr. 66/2011, act normativ ce nu era în vigoare la data elaborării documentației de atribuire. Totodată au fost respectate prevederile O.U.G. nr. 24/2006, în cauză lucrările fiind inseparabile față de contractul inițial și rezultatul unor împrejurări imprevizibile constând în lipsa, la momentul preluării rețelelor termice a planurilor de situație cu traseul rețelelor secundare subterane sau a profilelor longitudinale/transversale și în constatarea existenței unor proprietăți private după începerea execuției lucrărilor de retnologizare a rețelelor termice secundare, Oficiul de Cadastru nesemnaland, la momentul emiterii certificatului de urbanism, prezența unor proprietăți private afectate de lucrările prevăzute în documentația tehnică.

Pârâta, prin întâmpinarea formulată a solicitat respingerea acțiunii, considerând că în raport de dispozițiile art.66 din O.U.G. nr.66/2011, nu se poate pune problema aplicării retroactive a

dispozițiilor acestui act normativ și că, în ceea ce privește încălcarea dispozițiilor art. 122 din O.U.G. nr. 34/2006, circumstanțele care au determinat încheierea contractului de lucrări suplimentare nu rezultau din referatul de necesitate care a stat la baza suplimentării lucrărilor, analiza incidenței dispozițiilor referitoare la acest aspect trebuind să aibă în vedere doar motivele invocate la momentul luării deciziei încheierii contractului.

Instanța, examinând actele și lucrările dosarului, reține următoarele :

La data de 21.08.2009 Primăria municipiului Bacău a încheiat contractul de lucrări nr. 100532/21.08.2009 „Reabilitare rețele termice secundare Lot I- PT7,, cu Asociația S.C Branpis S.R.L. Bacău, S.C. Multiservice S.R.L. Bacău, S.C. Segama S.R.L. Bacău, S.C. Thic Izolații S.R.L. Pașcani și S.C. General Electric S.R.L. Bacău, pentru o valoare a lucrărilor de 1.751.407, 99 lei și o durată de execuție de 75 zile.

În urma emiterii referatului de necesitate nr.5839/11.06.2010 și a dispozițiilor de șantier nr. 1-3, autoritatea contractantă a inițiat și desfășurat procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru lucrări suplimentare și a încheiat contractul nr.68853/08.07.2010 cu o valoare a lucrărilor suplimentare de 297.639, 21 lei și o durată de execuție de 30 de zile.

Lucrările suplimentare au constat în principal în următoarele:

- modificarea căminului de golire CG2 (de la 1,60 m la 2,90 m), ca urmare a pozării conductelor de distribuție secundare în zona căminului de golire CG2 la o adâncime mai mare decât cea prevăzută în detaliile căminului (Dispoziție de șantier nr.3/20.10.200);
- realizarea unor cămine de golire în zona unor blocuri și acoperirea canalului termic la intrarea în bloc cu dalele scoase din decopertarea canalului pentru toate cazurile în care cota de intrare a conductelor în bloc este de sub 0,6 m (Dispoziție de șantier nr.2/13.10.2009);
- modificări ale configurației traseului rețelei în funcție de situația din teren și redimensionarea conductelor pe porțiunile modificate (în zona unor blocuri), ca urmare a unor revendicări de teren situat pe traseul rețelei termice de distribuție (Dispoziție de șantier nr. 1/10.09.2009).

Conform Referatului înregistrat cu nr.5839/11.06.2010 a apărut necesitatea unor modificări de traseu datorită:

- revendicării unor terenuri proprietate privată pe traseul rețelei termice de distribuție; amplasării inițiale a conductelor de distribuție secundare la o adâncime mai mare decât adâncimea din proiect;
- intersecției cu rețele de apă aflate pe traseul rețelei termice.

Pentru reabilitarea rețelei termice secundare aferente PT7, a fost emis Certificatul de urbanism nr.232/07.05.2009, în care a fost specificat faptul că terenul este de utilitate publică și liber de construcții. Pârâțul, prin Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu, a întocmit Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 141011/13.01.2012 reținând că atribuirea serviciilor care fac obiectul actului adițional nr. 2 prin procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare a fost incorectă deoarece:

- lucrările suplimentare nu au devenit necesare datorită unor circumstanțe imprevizibile, ci au fost solicitate pentru adaptarea lucrărilor la situațiile existente în teren, situații ce trebuiau cunoscute până la data semnării contractului de lucrări;
- nu au existat motive de extremă urgență, determinate de evenimente imprevizibile și care nu s-au datorat sub nici o formă unei acțiuni sau inacțiuni a autorității contractante, pentru al nu aplica proceduri de atribuire obiective și transparente care să fie în concordanță cu legislația privind achizițiile publice.

Pârâtul a contestat concluziile notei de constatare, pârâtul respingând contestația prin decizia nr. 141073/15.03.2012. Curtea analizând apărările formulate de reclamant, constată că sunt nefondate, pentru cele ce vor fi arătate în continuare.

1. Aplicarea retroactivă a dispozițiilor O.U.G.nr.66/2011

Așa cum s-a reținut, actul adițional la contractul de lucrări a fost încheiat în anul 2010, dată la care era în vigoare O.G. nr. 79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător. O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente a intrat în vigoare la data de 20.06.2011. Proiectul „Retehnologizarea sistemului de termoficare din municipiul Bacău în vederea conformării la normele de protecția mediului privind emisiile poluate în aer și pentru creșterea eficienței în alimentarea cu căldură urbană” se derulează însă pe o perioadă de 40 de luni, producând efecte sub ambele acte normative arătate mai sus (nefiind încheiat nici la această dată).

Legea este retroactivă-atunci când reglementează fapte care, anterior intrării sale în vigoare, au dat naștere, au modificat sau au stins situații juridice precum și atunci când efectele respectivelor situații juridice s-au produs tot înainte de intrarea ei în vigoare.

Specific cauzei de față este că fapta (încălcarea dispozițiilor art. 122 lit. i din O.U.G. nr.34/2006) care a produs situația juridică (neregula) s-a produs în timp ce era în vigoare O.G.nr.79/2003 dar efectele sale juridice au continuat să se producă și sub imperiul noii reglementări.

Ambele acte normative definesc neregula, după cum urmează:

- art.2 alin.1 lit.a din O.G. nr. 79/2003 prevede următoarele: „*neregula reprezintă orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile legale naționale și/sau comunitare, precum și cu prevederile contractelor ori ale altor angajamente legale încheiate în baza acestor dispoziții, care prejudiciază bugetul general al Comunității Europene și/sau bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, precum și bugetele din care provine cofinanțarea aferentă printr-o cheltuială necuvenită*”.

- art.2 alin.1 lit. a din O.U.G. nr.6/2011 definește neregula ca fiind „*orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit*”.

Reglementarea este asemănătoare, singura diferență notabilă, care poate prezenta relevanță din perspectiva cauzei de față, fiind referirea la prejudiciu: O.G.79 vorbește de abateri care prejudiciază în timp ce O.U.G. 66/2011 se referă la abateri care au prejudiciat sau care pot prejudicia bugetul Uniunii Europene. Deosebirea rămân însă la nivelul aparenței, ambele sintagme acoperind, fie prin folosirea unui prezent continuu (cazul O.G. O.U.G.79/2003) fie prin referirile la momentele anterioare sau posterioare neregulii (cazul O.U.G. O.G.66/2011), întreaga perioadă de derulare a unui program finanțat din fonduri europene.

Prin urmare, neregulile fiind definite identic, singura chestiune care rămâne în discuție este cea a posibilității aplicării corecției financiare dispuse de organul de control. Efectele neregulilor avute în vedere de O.U.G. nr.66/2011 pot fi concomitente cu săvârșirea acestora dar și posterioare comiterii lor, în funcție de acte intervenite ulterior pe parcursul derulării unui program cu finanțare europeană. Astfel efectele unei nereguli se produc la momentul aprobării cererii de rambursare a sumelor constatate ca neeligibile, din această clipă prejudiciul eventual, vizat prin sintagma „care

poate prejudicia bugetul”, devenind efectiv. În cauză sumele neeligibile au fost introduse de reclamant în cererea de rambursare nr. 12/17.02.2012, dar din actele dosarului nu rezultă că a fost și aprobată, sumele rămase de plată fiind de 689.975,64 lei, mai mari decât valoarea actului adițional.

Pe cale de consecință, efectele juridice ale neregulii constatate producându-se sub imperiul O.U.G. nr.66/2011, este justificată aplicarea de către organul de control a dispozițiilor acestui act normativ, nepunându-se problema retroactivității acestuia.

2. Imprevizibilitatea lucrărilor suplimentare.

Legiuitorul nu definește, în O.U.G.nr.34/2006, sintagma circumstanțe imprevizibile, ceea ce presupune că ea nu poate avea alt sens decât cel din vorbirea curentă, respectiv cel de circumstanțe care nu puteau fi prevăzute la un moment dat. Ceea ce rămâne să stabilească organul de control sau instanța, în cazul în care litigiul este dedus judecătii, este măsura în care circumstanțele concrete ale cauzei puteau fi anticipate cu o diligență rezonabilă din partea celui care le invocă, diligență care poate fi analizată, la rândul ei, din perspectiva datelor și mijloacelor avute la îndemână pentru previzionarea acestora.

Din acest punct de vedere se observă foarte ușor că toate circumstanțele invocate de reclamant sunt anterioare încheierii contractului inițial de lucrări și chiar proiectului „Retehnologizarea sistemului de termoficare din municipiul Bacău în vederea conformării la normele de protecția mediului privind emisiile poluate în aer și pentru creșterea eficienței în alimentarea cu căldură urbană” în ansamblul său. Referitor la existența unor proprietăți private pe traseul pe care urmau să fie efectuate lucrările existența acestora reieșea din certificatul de urbanism, acesta cuprinzând mențiunea privind regimul juridic al terenurilor proprietate publică a municipiului Bacău și proprietate privată.

Împrejurarea că amplasarea inițială a conductelor de distribuție secundare era la o amplasare mai mare decât în proiect putea fi, de asemenea, foarte ușor cunoscută atât prin inspectarea prealabilă a amplasamentului cât și prin realizarea unui proiect tehnic care să reflecte realitatea din teren. De altfel, ideea unui proiect tehnic referitor la retnologizarea sistemului de termoficare care să nu cuprindă date esențiale cum ar fi amplasarea inițială a conductelor este foarte greu de acceptat, o conduită diligență presupunând solicitarea acestora proiectantului anterior demarării lucrărilor.

Cât privește problema revendicării unor suprafețe de teren, acest motiv a fost indicat doar la modul general, fără indicarea în concret a suprafețelor revendicate și a amplasamentului acestora, acest demers nefiind efectuat nici măcar în fața instanței de judecată, pentru a se putea verifica temeinicia sa. Reclamantul a formulat apărări legate și de celelalte condiții prevăzute de art. 122 lit.i din O.U.G. nr.34/2006, dar ele nu vor fi analizate de instanță întrucât nu au fost reținute în nota de constatare contestată.

În consecință, pentru cele arătate anterior, constatând că în mod corect a fost reținută neregula contestată și aplicată corecția financiară de 25% din valoarea contractului, Curtea va respinge acțiunea ca nefondată.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul Municipiul Bacău - prin Primar cu sediul în mun. Bacău, județul Bacău în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu cu sediul în mun. București, având ca obiect anulare act administrativ, ca nefondată. Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, azi, 21 septembrie 2012.

Dosar nr. 5106/112/2012

TRIBUNALUL BISTRIȚA-NĂSĂUD
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONȚENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ Nr. 1861/2013
Ședința publică din data de 24 Octombrie 2013

Pe rol fiind judecarea acțiunii în contencios administrativ și fiscal formulată de reclamantul CONSILIUL JUDEȚEAN BISTRIȚA-NĂSĂUD, împotriva pârâtului MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR - COMISIA DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, având ca obiect anulare acte emise de autoritățile de reglementare.

Cauza a fost reținută în pronunțare la data de 3 octombrie 2013, încheierea de ședință de la acea dată face parte integrantă din prezenta hotărâre, iar completul de judecată având nevoie de timp pentru deliberare a amânat pronunțarea pentru termenul 10 octombrie 2013, 17 octombrie 2013 și 31 octombrie 2013, pentru când:

TRIBUNALUL, deliberând, constată:

Prin acțiunea înregistrată inițial sub nr. 814/33/2012 pe rolul Curții de Apel Cluj, reclamantul Consiliul Județean Bistrița Năsăud, în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR - COMISIA DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR a solicitat:

Suspendarea actelor administrative atacate respectiv suspendarea Deciziei nr. 148449/28.11.2011 și a Notei de Constatate a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 156406 din 20.12.2012 până la soluționarea definitivă și irevocabilă a prezentei cauze. Admiterea prezentei acțiuni și pe cale de consecință admiterea contestației nr. 5804/21.10.2011 și pe fond și anularea Deciziei nr. 148449/28.11.2011 și a Notei de Constatate a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 156406 din 20.12.2012 emisă de Direcția Generală AM POS Mediu din cadrul Ministerului Mediului și Pădurilor și anularea corecției financiare de 259.272,42 lei și a creanței bugetare de 150.009,20 lei.

În motivare s-a arătat că Ministerul Mediului și Pădurilor prin Direcția Generală AM POS Mediu a comunicat Consiliului Județean Bistrița - Năsăud Nota de Constatate a Neregulilor și Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. 155485 din data de 21.09.2011 înregistrată la Consiliul Județean Bistrița-Năsăud sub nr. 5/965/5804/03.10.2011.

În nota de constatare, la cap.6. - Prezentarea aspectelor constatate - s-a reținut că din analiza documentației de atribuire aferente contractului de servicii nr. 6036/21.10.2009 "Asistență tehnică pentru supervizarea contractelor aferente sistemului de management integrat al deșeurilor din județul Bistrița-Năsăud" din cadrul proiectului "Sistem de Management Integrat al Deșeurilor Solide în județul Bistrița-Năsăud" a arătat că s-au încălcat prev.art.2, alin.(1) lit.a) din OUG nr. 34/2006 și art. 8 din HG nr. 925/2006 că s-a utilizat ca și criteriu de calificare faptul că s-a solicitat operatorilor participanți la procedura de atribuire a contractului de servicii nr. 6036/21.10.2009 să prezinte în vederea dovedirii Capacității tehnice și/sau profesionale faptul că au finalizat cu succes în ultimii 3 ani împliniți la data termenului limită pentru depunerea ofertei minimum 3 proiecte în domeniile managementului deșeurilor și/sau asistență tehnică/supervizare.

Conform concluziilor activității de verificare (cap. 8 din proiectul notei), pentru încălcarea prevederilor sus menționate, abaterea este cea prevăzută la pct. 1 din anexa 1 la OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea

fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, respectiv descrierea insuficientă a unui criteriu de calificare și selecție.

Astfel s-a aplicat o corecție financiară de 5% reprezentând suma de 259.272,42 lei din valoarea fără TVA (5.185.448,27 lei) a contractului de servicii nr. 6036/21.10.2009 din cadrul proiectului "Sistem de management integrat al deșeurilor solide în județul Bistrița - Năsăud" împotriva Notei de Constatate a Neregulilor și de Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. 155485 din data de 21.09.2011, Consiliul Județean Bistrița-Năsăud a formulat contestația nr. 5804 din 21.10.2011 prin care a solicitat, atât pe procedură în raport cu prev. art. 21 alin. 11, 14, 15 din OUG nr. 66/2011 cât și pe fond desființarea notei ca nelegală și neîntemeiată.

În ce privește motivarea în drept a Notei de Constatate a Neregulilor și Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. 155485/21.09.2011 consideră că prevederile art.2, alin.(1) lit.a) din OUG nr. 34/2006 respectiv principiul nediscriminării nu a fost încălcat pentru că în primul rând așa cum chiar în notă se precizează în urma solicitărilor de clarificări criteriul de selecție și calificare utilizat a fost nuanțat, iar în al doilea rând prin discriminare se înțelege asigurarea condițiilor de manifestare a concurenței reale pentru ca orice operator economic, indiferent de naționalitate, să poată participa la procedura de atribuire și să aibă șansa de a deveni contractant.

Aceasta este evident și pentru că procedura nu a fost contestată, conform prevederilor art. 256 ind. 2, al 2 din OUG nr.34/2006. Considerentele reclamantului formulate pe fond nu au fost reținute astfel că prin Decizia nr. 148449/28.11.2011 contestația a fost admisă numai pe procedură și respinsă pe fond, astfel că s-a dispus desființarea Notei de Constatate a Neregulilor și Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. 155485 din data de 21.09.2011 pentru că la întocmirea ei nu au fost respectate prev. art. 21 alin.(2), alin.(14), alin.(15) și art.34 din OUG nr.66/2011 și întocmirea unei noi Note de constatare pentru aceleași aspecte pe fond cu respectarea prevederilor legale menționate.

Ca urmare a fost întocmit proiectul unei noi note de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare pe fond identică cu cea desființată și prin adresa nr. 156310/08.12.2011 înregistrată la Consiliul Județean Bistrița-Năsăud sub nr. 7440/13.12.2011 s-a solicitat punct de vedere.

Prin adresa nr. UIP/AMPOSMEDIU/DF/1262/7440/15.12.2011 Consiliul Județean Bistrița-Năsăud a comunicat că datorită faptului că proiectul noii note de constatare este întemeiat pe aceleași considerente și de drept și de fapt, pe care a fost întemeiată nota de constatare anulată, își menține poziția formulată în contestație pe fond. Ca urmare a fost întocmită Nota de Constatate a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 156406 din 20.12.2012 definitivă prin care s-a constatat aceeași abatere: descrierea insuficientă a unui criteriu de calificare și selecție, s-a aplicat aceeași corecție financiară de 5% reprezentând suma de 259.272,42 lei din valoarea fără TVA (5.185.448,27 lei) a contractului de servicii nr. 6036/21.10.2009.

Prin adresa nr. 1156433/20.12.2011 înregistrată la Consiliul Județean sub nr. 7635/27.12.2011 Direcția Generală AMPOS Mediu din cadrul MMP a notificat Consiliul Județean Bistrița - Năsăud că este debitorul creanței bugetare în valoare de 150.009,20 lei. În opinia reclamantului atâta timp cât ofertanții participanți la procedura de atribuire a contractului de servicii nr.6036/21.10.2009 nu s-au prevalat de prev. art. 256, art.255 din OUG nr.34/2006 și deci nu au contestat și nu au formulat plângere împotriva actelor emise în cadrul acestei proceduri de către Consiliul Județean Bistrița Năsăud, toate aceste acte au rămas valabile și legale prin neatacare.

Astfel că reclamantul consideră că în mod neîntemeiat și nelegal se reține prin Decizia nr. 148449/28.11.2011 și Nota de Constatate a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr.156406

din 20.12.2012 că nu s-au respectat prev. art. 2, alin.(1) lit.a) din OUG nr.34/2006 și art.8 din HG nr. 925/2006.

Apoi în opinia reclamantului prevederile OUG nr.66/2001 s-au aplicat retroactiv pentru un contract încheiat înainte de intrarea în vigoare a ordonanței. În ceea ce privește cererea de suspendare formulată, prin încheierea ședinței publice din 29 iunie 2012, Curtea a luat act de împrejurarea că reclamantul a renunțat la judecată, iar în privința posibilității de anulare a actelor contestate, în ședința publică din 07.09.2012 s-a pus în discuție, întemeiat pe dispozițiile art. 159 alin 4 C.pr.civ., art. 2 și 3 C.pr.civ., art. 10 alin. 1 din Legea nr. 554/2004, excepția necompetenței materiale a Curții de Apel Cluj în soluționarea lui.

Prin sentința civilă, nr. 541/2012 pronunțată de Curtea de Apel Cluj în dosarul nr. 814/33/2012 a fost admisă excepția necompetenței materiale a Curții de Apel Cluj și în consecință a fost declinată competența de soluționare a cererii formulate de reclamantul Consiliul Județean Bistrița-Năsăud în favoarea Tribunalului Bistrița-Năsăud. Primind cauza spre justă soluționare a fost înregistrată pe rolul Tribunalului Bistrița-Năsăud sub nr. 5106/112/2012.

Pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor a formulat întâmpinare, prin care a solicitat fie să fie respinsă ca lipsită de interes acțiunea în privința Deciziei nr. 148449/28.11.2011, fie să fie respinsă ca inadmisibilă acțiunea în privința Notei de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare să fie respinsă cererea de chemare în judecată ca neîntemeiată sub toate capetele sale de cerere.

În motivare s-a arătat că în temeiul prevederilor Ordonanței de Urgență a Guvernului nr.66/2011, a Deciziei nr. 155399/07.09.2011, o echipă de control din cadrul DG AM POS Mediu a efectuat o verificare documentară ce a avut drept scop analiza celor expuse în Suspiciunea de neregulă nr. 133767/02.09.2011 transmisă de către Direcția Fonduri Structurale - Serviciul Monitorizare Raportare privind încheierea de către Consiliul Județean Bistrița-Năsăud a contractului de servicii nr. 6036/21.10.2009 "Asistență tehnică pentru supervizarea contractelor aferente sistemului de management integrat al deșeurilor din județul Bistrița-Năsăud" cu încălcarea prevederilor legale care reglementează domeniul achizițiilor publice.

Ca urmare a verificărilor efectuate, echipa de control din cadrul DG AM POS Mediu a emis Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 155.485/21.09.2011, prin care a fost stabilit în sarcina Consiliului Județean Bistrița-Năsăud o corecție financiară în sumă totală de 259.272,42 lei.

Consiliul Județean Bistrița-Năsăud a formulat contestație împotriva acestei note de constatare, contestație admisă prin Decizia nr. 148449/28.11.2011, sens în care s-a dispus: "Admiterea contestației formulate de Consiliul Județean Bistrița-Năsăud, desființarea titlului de creanță reprezentat de Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 155485/21.09.2011, încheiată de Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu, privind contractul de servicii nr. 6036/21.10.2009 - "Asistență tehnică pentru supervizarea contractelor aferente sistemului de management integrat al deșeurilor din județul Bistrița-Năsăud" din cadrul proiectului "Sistem de Management Integrat al Deșeurilor Solide în județul Bistrița-Năsăud" și dispune întocmirea unei noi Note de constatare, pentru aceleași aspect, ținând cont de considerentele prezentei decizii referitoare la respectarea dispozițiilor procedural reglementate de art. 21 alin.(2), (14) și (15) și ale art. 34 alin.(2) din O.U.G. nr.66/2011. Totodată se reține că prin noul act ce urmează a fi încheiat nu se pot reține în sarcina contestatorului sume mai mari decât cele din actul desființat."

Ulterior, prin Nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 156406/20.12.2011 s-a stabilit în sarcina Consiliului Județean Bistrița-Năsăud un debit în sumă totală de 150.009,20 lei.

Referitor la excepția lipsei de interes a acțiunii în privința Deciziei nr.148449/28.11.2011 se arată că „Pentru a justifica sesizarea instanței de judecată, interesul trebuie să îndeplinească anumite condiții:

- să fie legitim, corespunzător cerințelor legii materiale și procesuale. (...)
- să fie născut și actual în momentul în care este formulată cererea, pentru că rolul judecătorului este de a rezolva litigii deja cunoscute. Un interes eventual, ca și un interes care a trecut, a fost depășit, nu poate fi luat în considerare. (...)
- să fie personal și direct, adică folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii judiciare să aparțină celui care recurge la acțiune."

Prin Decizia nr. 148449/28.11.2011 contestația reclamantului a fost admisă și nu respinsă. Drept consecință, acesta nu justifică un interes în anularea respectivei decizii. În ceea ce privește inadmisibilitatea acțiunii ce vizează nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 156406/20.12.2011, pârâtul arată că acțiunea reclamantului se îndreaptă și împotriva Notei de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 156406/20.12.2011, fără ca reclamantul să fi formulat contestație pe cale administrativă împotriva sa.

Or, potrivit dispozițiilor: art.46 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora: "împotriva titlului de creanță se poate formula contestație în condițiile prezentei ordonanțe de urgență. Contestația este o cale administrativă de atac și nu înlătură dreptul la acțiune al celui care se consideră lezat în drepturile sale printr-un act administrativ, în condițiile legii. Este îndreptățit la contestație debitorul, personal sau prin reprezentant legal."

Potrivit art.7 alin.1 din Legea nr.554/2004 a contenciosului administrativ: "înainte de a se adresa instanței de contencios administrativ competente, persoana care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act administrativ individual trebuie să solicite autorității publice emitente sau autorității ierarhic superioare, dacă aceasta există, în termen de 30 de zile de la data comunicării actului, revocarea, în tot sau în parte, a acestuia."

În cauză nu s-a parcurs în privința Notei de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 156406/20.12.2011 procedura expres reglementată de dispozițiile legii speciale (Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora), dispoziții dublate și de cele ale legii generale în materie (Legea nr.554/2004 a contenciosului administrativ).

În aceste condiții, se solicită respingerea ca inadmisibilă a acțiunii în privința notei amintite pentru neparcurgerea procedurii administrative prealabile. Referitor la netemeinicia cererii de chemare în judecată se arată că art.66 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.66/2011 activitățile de control a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003 - per a contrario, cele începute ulterior intrării în vigoare a Ordonanței de Urgență a Guvernului nr.66/2011 vor fi supuse prevederilor acestui din urmă act normativ.

Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.66/2011 a intrat în vigoare la data publicării în Monitorul Oficial - 30.06.2011, activitatea de constatare a neregulilor în cazul de speță a început după data intrării în vigoare a ordonanței sus-amintite, rezultă că argumentul invocat de Consiliul Județean Bistrița-Năsăud este neîntemeiat, neavând relevanță data la care contractul verificat a fost încheiat, acest moment contând doar pe fondul analizei, atunci când se verifică dacă încheierea respectivului contract a fost sau nu făcută cu respectarea dispozițiilor care reglementează achizițiile publice, în forma în vigoare la data încheierii sale. Procedura de verificare trebuie să aibă loc în concordanță cu normele care o guvernează, în speță cu cele ale Ordonanței de Urgență a Guvernului nr.66/2011, dispoziții intrate în vigoare la data efectuării controlului vizat în cauză.

Pe fond, susținerile Consiliului Județean Bistrița-Năsăud sunt de asemenea neîntemeiate deoarece în documentația de atribuire a contractului încheiat de Consiliul Județean Bistrița-Năsăud, reclamantul a solicitat îndeplinirea de către operatorii economici a unor cerințe de calificare având ca efect restrângerea accesului la procedura de atribuire, încălcând astfel dispozițiile art.2 alin.1 lit.a) și lit.b) din Ordonanța de Urgență a Guvernului 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, a contractelor de concesiune de lucrări, publice și a contractelor de concesiune de servicii și pe cele ale art.8 alin.2 din Hotărârea Guvernului nr.925/2006.

Astfel, în conformitate cu dispozițiile art. 179 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.34/2006, autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul cerințelor minime solicitate, luând în considerare exigențele specifice impuse de natura și complexitatea contractului care urmează a fi atribuit.

Este interzis așadar a se solicita operatorilor economici îndeplinirea unor criterii minime de calificare și selecție privind situația economică și financiară, capacitatea tehnică și/sau profesională care au caracter discriminatoriu. În acest sens, este interzisă stabilirea unor cerințe minime de calificare ce sunt disproporționate în raport cu complexitatea contractului care face obiectul procedurii de achiziție publică.

În cazul impunerii unor cerințe minime privind situația economică și financiară, capacitatea tehnică și/sau profesională, autoritatea contractantă are obligația, în conformitate cu prevederile art.8 alin.2 din Hotărârea Guvernului nr.925/2006, de a motiva aceste cerințe elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției. Răspunsul Consiliului Județean Bistrița-Năsăud la solicitarea de clarificări (clarificare nr.4) în sensul că, "se va considera îndeplinită în cazul în care proiectele finalizate prezentate de către ofertant în vederea probării experienței au indus servicii de supervizare pentru categorii de lucrări similar cu cele ce fac obiectul supervizării din prezentul contract de servicii nu este de natură să înlăture caracterul discriminatoriu (numărul minim de proiecte solicitat) al criteriului de calificare și selecție susmenționat". Prin impunerea unor astfel de criterii reclamantul nu a respectat principiul proporționalității și asigurarea accesului cât mai multor operatori economici la procedura organizată.

Atât legislația europeană cât și legislația națională în domeniul achizițiilor publice impune autorităților contractante să nu solicite criterii de calificare și selecție interpretabile, măsurile preventive pentru eliminarea acestui risc vizând formularea cerințelor de calificare cu respectarea principiului proporționalității, în vederea asigurării participării unui număr cât mai mare de operatori economici la procedura privind atribuirea contractelor de achiziție publică.

Analizând actele și lucrările dosarului, instanța reține următoarele:

Reclamantul a fost supus unei verificări documentare din partea unei echipe de control din cadrul DG AM POS Mediu, ce a avut drept scop analiza celor expuse în Suspiciunea de neregulă

nr.133767/02.09.2011 transmisă de către Direcția Fonduri Structurale - Serviciul Monitorizare Raportare privind încheierea de către Consiliul Județean Bistrița-Năsăud a contractului de servicii nr.6036/21.10.2009 "Asistență tehnică pentru supervizarea contractelor aferente sistemului de management Integrat al deșeurilor din județul Bistrița-Năsăud" cu încălcarea prevederilor legale care reglementează domeniul achizițiilor publice.

În urma verificărilor efectuate, s-a emis Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 155.485/21.09.2011, prin care a fost stabilit în sarcina Consiliului Județean Bistrița-Năsăud o corecție financiară în sumă totală de 259.272,42 lei.

Reclamantul Consiliul Județean Bistrița-Năsăud a formulat contestație împotriva acestei note de constatare, contestație soluționată prin Decizia nr. 148449/28.11.2011, prin care s-a dispus: "Admiterea contestației formulate de Consiliul Județean Bistrița-Năsăud, desființarea titlului de creanță reprezentat de Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 155485/21.09.2011, încheiată de Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu, privind contractul de servicii nr. 6036/21.10.2009 - "Asistență tehnică pentru supervizarea contractelor aferente sistemului de management integrat al deșeurilor din județul Bistrița-Năsăud" din cadrul proiectului "Sistem de Management Integrat al Deșeurilor Solide în județul Bistrița-Năsăud" și întocmirea unei noi Note de constatare, pentru aceleași aspect, ținând cont de considerentele prezentei decizii referitoare la respectarea dispozițiilor procedurale reglementate de art.21 alin.(II), (14) și (15) și ale art.34 din O.U.G. nr.66/2011."

S-a mai reținut că prin noul act ce urmează a fi încheiat nu se pot reține în sarcina contestatorului sume mai mari decât cele din actul desființat. Ulterior, prin Nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare, s-a stabilit în sarcina Consiliului Județean Bistrița-Năsăud un debit în sumă totală de 150.009,20 lei.

Analizând cu prioritate, conform art. 137 Cod proc. civilă, excepția lipsei interesului în privința capătului de cerere privind anularea Deciziei nr. 148449/28.11.2011, invocată de pârât, tribunalul constată că aceasta este nefondată, astfel ca o va respinge, interesul reclamantului constând în desființarea deciziei menționate cu consecințe asupra fondului Notei de Constatare a Neregulilor și Stabilire a Corecțiilor Financiare din data de 21.09.2011, contestația fiind admisă numai pe procedură și respinsă pe fond, dispunându-se desființarea Notei de Constatare a Neregulilor și Stabilire a Corecțiilor Financiare pentru că la întocmirea ei nu au fost respectate prev. art.21 alin.(2), alin.(14), alin.(15) și art.34 din OUG nr.66/2011 și întocmirea unei noi Note de constatare pentru aceleași aspecte pe fond.

În ceea ce privește capătul de cerere vizând anularea Deciziei nr. 148449/28.11.2011 emisă de pârât, tribunalul îl apreciază ca nefondat, soluția adoptată cu privire la Nota de Constatare a Neregulilor și Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. 155485 din data de 21.09.2011 în sensul desființării acesteia, pe procedură, deoarece la întocmirea ei nu au fost respectate prev. art. 21 alin.(2), alin.(14), alin.(15) și art.34 din OUG nr.66/2006.

De asemenea, reclamantul a fost notificat cu privire la debit prin adresa nr. 155581/AM/29.09.2011, adresă la care s-a atașat Nota de Constatare a Neregulilor și Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. 155485 din data de 21.09.2011, nefiind astfel respectat nici termenul de comunicare a titlului de creanță care este de 3 zile lucrătoare de la data emiterii, conform art. 34 alin. 2 din OUG nr.66/2011.

Tribunalul apreciază că, într-adevăr, nu sunt incidente dispozițiile art. 31 alin. 1 și 2 din OUG nr. 66/2011, invocate de reclamant, care se referă la reluarea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare dacă, până la data împlinirii termenului de prescripție, apar alte date

suplimentare necunoscute la data efectuării verificărilor sau apar erori de calcul care influențează rezultatele acestora, situație în care se poate emite un nou proces verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare pentru eventuale diferențe necesare până la acoperirea integrală a prejudiciului.

Însă, nu este nelegală Decizia nr. 148449/28.11.2011 emisă de pârât, sub aspectul invocat de reclamant, în sensul dispunerii încheierii unei alte note de constatare, deoarece era necesară reluarea procedurii din momentul transmiterii proiectului notei de constatare a reclamantului pentru a i se acorda posibilitatea de a-și exprima punctul de vedere cu privire la constatările structurii de control, punct de vedere care urma să fie analizat și abia apoi să se emită o altă notă de constatare.

În decizie s-a menționat că Nota de constatare se va întocmi pentru aceleași aspecte pe baza că această nu poate să vizeze sume mai mari decât cele din actul desființat. Într-adevăr, Nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 156406/20.12.2011 a stabilit un debit în cuantum cu mult inferior celui din nota de constatare desființată. Astfel, tribunalul apreciază că Nota de constatare emisă ulterior nu se greșează pe ipoteza normei conținută de art. 31 alin. 1 și 2 din OUG nr. 66/2011, neavând la bază date suplimentare necunoscute la data efectuării controlului.

Referitor la capătul de cerere vizând anularea Notei de Constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 156406/20.12.2011, emisă de Direcția Generală AM POS Mediu din cadrul pârâtului, acesta apare ca fiind inadmisibil, deoarece reclamantul nu a urmat, anterior sesizării instanței de judecată, procedura prevăzută de dispozițiile art.46 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora care sunt în sensul că: "împotriva titlului de creanță se poate formula contestație în condițiile prezentei ordonanțe de urgență. Contestația este o cale administrativă de atac și nu înlătură dreptul la acțiune al celui care se consideră lezată în drepturile sale printr-un act administrativ, în condițiile legii."

Astfel, instanța de judecată poate fi abilitată "să interneze ea însăși cu activitatea pârâtei, să se substituie acesteia și prin hotărârea pronunțată, să se pronunțe pe cale directă, în substanță, asupra legalității notei de constatare.

Raportat la considerentele de fapt și de drept mai sus relevate, tribunalul, va respinge, ca nefondat, capătul de cerere vizând anularea Deciziei nr. 148449/28.11.2011 emisă de pârât și ca inadmisibil, capătul de cerere privind anularea Notei de Constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 156406/20.12.2011, emisă de Direcția Generală AM POS Mediu din cadrul pârâtului. Cheltuieli de judecată nu s-au solicitat.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge, ca nefondată, excepția lipsei interesului în privința capătului de cerere privind anularea Deciziei nr. 148449/28.11.2011, invocată de pârât.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere formulat de reclamantul Consiliul Județean Bistrița-Năsăud, cu sediul în Bistrița, împotriva pârâtului Ministerul Mediului și Pădurilor - Comisia de Soluționare a Contestațiilor, cu sediul în București, vizând anularea Deciziei nr. 148449/28.11.2011 emisă de pârât.

Respinge, ca inadmisibil, capătul de cerere privind anularea Notei de Constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 156406/20.12.2011, emisă de Direcția Generală AM POS Mediu din cadrul pârâtului.

Fără cheltuieli de judecată. Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică azi, 24.10.2013.

Dosar nr. 6488/112/2012

TRIBUNALUL BISTRIȚA-NĂSĂUD
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONȚENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ Nr. 342/2013
Ședința publică din data de 19 Martie 2013

Pe rol fiind judecarea acțiunii în contencios administrativ și fiscal formulată de reclamantul Consiliul Județean Bistrița-Năsăud în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu, având ca obiect anulare acte emise de autoritățile de reglementare - decizie și notă de constatare.

Cauza s-a judecat în fond la data de 5 martie 2013, concluziile reprezentanților părților fiind consemnate în încheierea de ședință de la acea dată, încheiere ce face parte integrantă din prezenta sentință.

TRIBUNALUL, deliberând constată:

Prin cererea înregistrată inițial sub nr. 1291/33/2012 la Curtea de Apel Cluj, reclamantul Consiliul Județean Bistrița-Năsăud în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu, a solicitat să se anuleze Decizia nr. 141088/09.04.2012 și Nota de Constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 134910 din 23.02.2012, ca neîntemeiată și nelegală.

În motivare acțiunii se arată că prin Decizia nr. 141088 din 09/04/2012 înregistrată la Consiliul Județean Bistrița-Năsăud sub nr. 2199 din 18/04/2012 s-a respins contestația nr. 1142 din 07/03/2012 a Consiliului Județean Bistrița-Năsăud ca lipsită de obiect, întrucât nu respectă prevederile art.47 alin.(3) din O.U.G. nr.66/2011 care dispun că obiectul contestației administrative îl constituie numai sumele și măsurile stabilite înscrise în procesul-verbal de stabilire a creanței bugetare care reprezintă titlu executoriu, astfel că întrucât nota nu stabilește corecții financiare și creanțe bugetare ci constată nereguli, contestația a rămas fără obiect.

Decizia nr. 141088 din 09.04.2012 este nelegală pentru că potrivit prevederilor art. 31 din O.U.G nr. 66/2011 activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare poate fi reluată de aceeași [. . .] structură de control [. . .] dacă, până la data împlinirii termenului de prescripție, apar alte date suplimentare necunoscute la data efectuării verificărilor sau apar erori de calcul care influențează rezultatele acestora și se poate emite un nou proces-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare pentru eventuale diferențe necesare până la acoperirea integrală a prejudiciului numai în condițiile sus menționate.

În fapt, Ministerul Mediului și Pădurilor prin Direcția Generală AM POS Mediu, în perioada 14/12/2011-22/02/2012, a reluat activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare cu privire la contractul de servicii nr. 5319/17/09/2009 "Asistență tehnică pentru sprijin managerial în implementarea sistemului de management integrat al deșeurilor solide în județul Bistrița-Năsăud " din cadrul proiectului" Sistem de management integrat al deșeurilor solide în județul Bistrița-Năsăud " COD SM1S 1385 și Documentația de atribuire aferentă contractului de servicii nr.5319/17/09/2009 și a emis o nouă notă, Nota de Constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 134910 din 23/02/2012.

Numai cu două săptămâni înainte, în perioada 18/10/2011 - 30/11/2011, Ministerul Mediului și Pădurilor prin Direcția Generală AM POS Mediu a verificat și a controlat aceleași documente și a emis Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 155945/03/11/2011.

Că s-au verificat și controlat aceleași documente rezultă din cap.6, din ambele note: "acest control a avut la bază verificarea următoarelor documente: contractul de servicii nr.5319/17/09/2009 «Asistență tehnică pentru sprijin managerial în implementarea sistemului de management integrat al deșeurilor solide în județul Bistrița-Năsăud; documentația de atribuire aferentă contractului de servicii nr.5319/17/09/2009» Asistență tehnică pentru sprijin managerial în implementarea sistemului de management integrat al deșeurilor solide în județul Bistrița-Năsăud".

Din faptele mai sus arătate rezultă că Ministerul Mediului și Pădurilor prin Direcția Generală AM POS Mediu în mod nelegal a reluat activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare și în mod nelegal a emis o nouă notă respectiv Nota de Constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 134910 din 23/02/2012, încălcând prevederile art.31 din O.U.G. nr.66/2011 deși în perioada dintre cele două verificări respectiv între data de 01/12/2011 data când a fost finalizată prima verificare și 13/12/2011 data când a început a doua verificare în mod evident că nu au apărut alte date suplimentare necunoscute la data efectuării primei verificări și nici erori de calcul care să fi influențat rezultatele acesteia contractul și documentația de atribuire nefiind modificate în această perioadă.

Mai mult, ca urmare a primei verificări prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 155945/03/11/2011 s-a stabilit corecția maximă de 25% din valoarea contractului, prejudiciul fiind integral acoperit. Așa fiind solicită să se admită prezenta acțiune, să se anuleze Decizia nr. 141088/09/04/2012 și Nota de Constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 134910 din 23/02/2012 ca neîntemeiată și nelegală.

Face precizarea că Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 155945/03/11/2011 face obiectul dosarului nr.996/33/2012 aflat pe rolul Curții de Apel Cluj, secția Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal, cu termen în data de 11/09/2011. Nu în ultimul rând se arată că prevederile OUG nr.66/2001 s-au aplicat retroactiv pentru un contract încheiat înainte de intrarea în vigoare a ordonanței, respectiv pentru că contractul nr. 5319 a fost încheiat în data de 17/09/2009, iar prev. OUG nr.66/2011 au intrat în vigoare în la 30 iunie 2011 fiind publicată în MO al României nr. 461/30/06/2011 încălcându-se astfel prev. art. 15, alin.(2) din Constituția României respectiv că "Legea dispune numai pentru viitor [...]".

Pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor a depus la dosar *întâmpinare*, prin care a solicitat respingerea acțiunii ca nefondată. În motivare se arată că reclamantul Consiliul Județean Bistrița - Năsăud, în calitate de autoritate contractantă și beneficiar al proiectului "Sistem de management integrat al deșeurilor solide în județul Bistrița - Năsăud", a atribuit contractul de servicii nr.5319/17.09.2009 „Asistență tehnică pentru sprijin managerial în implementarea sistemului de management integrat al deșeurilor în județul Bistrița - Năsăud" din cadrul proiectului menționat anterior, prin încălcarea regulilor de publicitate, și a atribuit contractul unui ofertant care nu îndeplinea cerințele minime de calificare.

În baza atribuțiilor sale, echipa de control din cadrul Direcției Generale AM POS Mediu, structură în cadrul Ministerul Mediului și Pădurilor, a efectuat verificarea legalității atribuirii contractului de servicii nr.5319/17.09.2009 ca urmare a suspiciunii de neregulă nr. 134.991/14.12.2011 din care rezultă că atribuirea contractului s-a făcut cu încălcarea prevederilor legale care reglementează domeniul achizițiilor publice („încălcarea regulilor de publicitate prin modificarea unui element esențial al anunțului de participare, respectiv valoarea estimată a contractului, fără a respecta obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, în condițiile prevăzute de Regulamentul Comisiei Europene nr. 1564/2005, precum și neîndeplinirea cerințelor minime de calificare de către oferta câștigătoare, referitoare la experiența experților cheie").

Suspiciunea de neregulă nr. 134.991/14.12.2011 a fost întocmită de Direcția Fonduri Structurale în baza Raportului preliminar de audit nr.51548/AP/09.12.2011, elaborat ca urmare a misiunii de verificare privind auditarea sistemului de management și control stabilit pentru implementarea POS Mediu, efectuate în perioada 18.07.2011 -30.11.2011.

Prin Decizia nr. 157.641/14.12.2011, emisă de Directorul General al DG AM POS Mediu a fost numită echipa de control pentru verificarea documentelor care au stat la baza emiterii Suspiciunii de neregulă nr. 134.991/14.12.2011. Ca rezultat al verificărilor, echipa de control a emis Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 134.910/23.02.2012.

Conform specificațiilor din Raportul preliminar mai sus amintit și în baza verificărilor efectuate de echipa DG AM POS Mediu au fost constatate următoarele: „încălcarea regulilor de publicitate de către Autoritatea contractantă la atribuirea Contractului nr. 5319/17.09.2009, cu o valoare de 1.980.962,2 lei fără TVA, încheiat între Consiliul Județean Bistrița-Năsăud și asociația al cărui lider este SC KVB Economic SRL, prin modificarea unui element esențial al anunțului de participare, respectiv valoarea estimată a contractului, fără a respecta obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, în condițiile prevăzute de Regulamentul Comisiei Europene nr. 1.564/2005.

Astfel, autoritatea contractantă a publicat anunțul de participare atât în SEAP (nr. 81.350/02.07.2009) cât și în JOUE (nr.2009/S 125-182298 din 01.07.2009). Potrivit anunțului de participare valoarea estimată a contractului era de 1.934.965 lei. După 21 de zile de la data publicării anunțului în JOUE, autoritatea contractantă a majorat valoarea estimată la 2.573.240 lei, informație publicată în SEAP sub forma unei clarificări la documentația de atribuire.

Acțiunea autorității contractante reprezintă o încălcare a principiului transparenței și tratamentului egal între potențialii ofertanți, din următoarele motive: Chiar dacă s-a asigurat un anumit nivel de publicitate prin publicarea clarificării în SEAP, modificarea nu a fost publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, potențialii ofertanți de pe teritoriul altui stat nefiind informați.

Prin publicarea informației referitoare la majorarea valorii estimate numai sub forma unei clarificări la documentația de atribuire, s-a creat un avantaj evident potențialilor ofertanți a căror ofertă estimată s-a situat în jurul valorii publicate în anunț, respectiv 1.934.965 lei. Dacă ar fi cunoscut informația privind majorarea valorii estimate cu peste 20%, un număr de alți potențiali ofertanți ar fi putut fi interesați să aplice la această procedură.

Criteriul care a stat la baza atribuirii acestui contract este „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, motiv pentru care nu se putea prezuma că o ofertă cu un preț mai mare nu ar fi putut influența rezultatul procesului de atribuire. Termenul limită de depunere a ofertelor nu a fost modificat, întrucât a schimbat o informație esențială cuprinsă în anunțul de participare, autoritatea contractantă ar fi trebuit să acorde suficient timp potențialilor ofertanți pentru a pregăti ofertele, în vederea asigurării unui nivel adecvat de concurență și de calitate a ofertelor.

Astfel au fost încălcate prevederile art. 36 alin. 5 din Directiva CE 18/2005”....Anunțurile publicate la nivel național nu trebuie să cuprindă alte informații decât cele cuprinse în anunțurile trimise Comisiei sau publicate pentru un profil de cumpărător în conformitate cu articolul 35 alineatul (1) primul paragraf...” art. 26 alin. 2 din HG 925/2006: „În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja publicate, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, în condițiile prevăzute de Regulamentul Comisiei Europene nr. 1.564/2005, care stabilește formatul standard al anunțurilor publicitare în cadrul procedurilor de atribuire prevăzute în directivele nr. 17/2004/CE și 18/2004/CE.

O altă deficiență identificată în cadrul acestui contract este neîndeplinirea cerințelor minime de calificare de către oferta câștigătoare referitoare la experiența experților cheie. La punctul V.4.2 - Informații privind capacitatea profesională din documentația de atribuire aferentă contractului asistența tehnică pentru sprijin managerial în implementarea sistemului de management integrat al deșeurilor solide în județul BISTRIȚA-NASAUD" aprobată prin dispoziția Președintelui Consiliului Județean Bistrița Năsăud nr. 121/26.06.2009, autoritatea contractantă a solicitat îndeplinirea de către ofertanți a următoarelor cerințe minime de calificare: „Cerința minimă obligatorie: Experții cheie sunt aceia a căror implicare (activitate) este esențială în atingerea obiectivelor contractului. Pozițiile și responsabilitățile acestora sunt definite în caietul de sarcini. Prestatorul va pune la dispoziția Beneficiarului o echipa formată din personal cu competențe și experiența dovedite, alcătuită din minim următorii experți-cheie, având calificarea și experiența detaliată, după cum urmează:

1. Manager de Proiect/Coordonator/Team Leader - calificare/diploma de Manager de Proiect; experiența în planificarea/proiectarea și implementarea a minim 3 proiecte de complexitate similară finalizate, dintre care cel puțin unul în domeniul managementului deșeurilor;
2. Expert în ingineria mediului - Studii superioare de lungă durată în domeniul tehnic, experiența în aceeași poziție, în minim 3 proiecte de complexitate similară finalizate, dintre care cel puțin unul pentru construcție depozit ecologic/închidere depozit neconform;
3. Expert în publicitate și comunicare - Studii superioare de lungă durată; experiența pe aceeași poziție în minim 2 proiecte finalizate, de complexitate similară, finanțate din fonduri europene/internaționale, incluzând desfășurarea de campanii de conștientizare publică;
4. Expert în achiziții - Studii superioare tehnice/juridice/economice de lungă durată; experiență în derularea procedurilor de achiziție publică naționale/internaționale; experiența pe aceeași poziție în minim 2 proiecte finalizate, de complexitate similară, finanțate din fonduri europene/internaționale;
5. Expert financiar - Studii superioare de lungă durată în domeniul economic; experiența pe aceeași poziție în minim 2 proiecte finalizate, de complexitate similară, co-finanțate de Uniunea Europeană și/sau instituții finanțatoare internaționale. Pentru experții cheie se vor prezenta:
 - a) O listă cu experții cheie propuși pentru implementarea proiectului - Formularul 19;
 - b) Curriculum vitae pentru fiecare expert cheie urmărind Formularul 20.

Este recomandabil ca fiecare Curriculum Vitae să conțină maxim 4 pagini. Un expert poate fi nominalizat pentru o singură poziție din cele identificate în caietul de sarcini (dacă nu se prevede altfel). Pentru a verifica îndeplinirea cerințelor caietului de sarcini și a informațiilor din CV, pentru fiecare expert cheie propus ofertantul va depune: copii ale diplomelor de studii și ale certificatelor profesionale obținute și menționate în CV; copii ale certificatelor sau referințelor emise de angajatori sau beneficiari care să probeze experiența indicată în CV și durata de lucru în domeniile/specializările cerute. Acestea vor conține mențiunea „conform cu originalul” și semnătura expertului cheie propus.”

Din Raportul procedurii rezultă faptul că a fost declarată admisibilă și câștigătoare oferta depusă de Asocieria formată din SC KVB Economic SRL, SC KPMG România SRL și SC Vizual SRL, cu toate că 3 dintre cei 5 experți cheie nominalizați de ofertantul câștigător nu fac dovada îndeplinirii cerințelor minime referitoare la experiența profesională:

Nici unul dintre experții în ingineria mediului nominalizați în ofertă nu dovedesc, prin copii ale certificatelor sau referințelor emise de angajatori sau beneficiari, că dețin experiența în aceeași poziție, în minim 3 proiecte de complexitate similară finalizate, dintre care cel puțin unul pentru construcție depozit ecologic/închidere depozit neconform. La dosarul achiziției nu este atașată nici o referință/certificat.

Niciunul dintre experții în achiziții incluși în echipa ofertantului câștigător nu dovedesc, prin copii ale certificatelor sau referințelor emise de angajatori sau beneficiari, că dețin experiența în derularea procedurilor de achiziție publică naționale/internaționale; experiența pe aceeași poziție în minim 2 proiecte finalizate, de complexitate similară, finanțate din fonduri europene/internaționale. La dosarul achiziției nu este atașată nicio referință/certificat.

Nici unul dintre experții financiari propuși de ofertantul câștigător nu dovedesc, prin copii ale certificatelor sau referințelor emise de angajatori sau beneficiari, că dețin experiența în pe aceeași poziție în minim 2 proiecte finalizate, de complexitate similară, co-finanțate de Uniunea Europeană și/sau instituții finanțatoare internaționale. La dosarul achiziției nu este atașată nicio referință/certificat.

Prin adresa nr. 224/29.09.2011, a fost solicitat punctul de vedere al comisiei de evaluare. În răspunsul nr. 5792/03.10.2011, comisia de evaluare precizează că a avut în vedere informațiile prezentate în CV-uri și diplomele atașate.

Explicațiile comisiei de evaluare nu pot fi luate în considerare, din următoarele motive:
Cu privire la expertul în ingineria mediului, comisia nu a furnizat niciun document care probează experiența în aceeași poziție, în minim 3 proiecte de complexitate similară finalizate, dintre care cel puțin unul pentru construcție de depozit ecologic/închidere de depozit neconform. Diplomele invocate sunt doar o dovadă a studiilor și calificărilor deținute de experți și nu a experienței profesionale.

Cu privire la experții în achiziții și experții financiari, prin răspunsul comisiei de evaluare nu s-a furnizat nici o referință/certificat care să ateste experiența pe aceeași poziție în minim 2 proiecte finalizate, de complexitate similară, finanțate din fonduri europene/internaționale.

Procedura de atribuire afectată de deficiențele consemnate anterior s-a finalizat prin semnarea contractului de servicii nr. 5319/17.09.2009, având o valoare de 1.980.962,2 lei fără TVA.

Din verificarea modului de atribuire a Contractului nr. 5319/17.09.2009, având o valoare de 1.980.962,2 lei fără TVA, încheiat între Consiliul Județean Bistrița-Năsăud și asociația al cărui lider este SC KVB Economic SRL, având ca obiect prestarea de servicii de asistență tehnică pentru sprijin managerial pentru implementarea sistemului de management integrat al deșeurilor în județul Bistrița-Năsăud, au fost identificate următoarele abateri de la legislația aplicabilă achizițiilor publice:

Încălcarea regulilor de publicitate de către Autoritatea contractantă la atribuirea Contractului nr. 5319/17.09.2009, cu o valoare de 1.980.962,2 lei fără TVA, încheiat între Consiliul Județean Bistrița-Năsăud și asociația al cărui lider este SC KVB Economic SRL prin modificarea unui element esențial a anunțului de participare, respectiv valoarea estimată a contractului, fără a respecta obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, în condițiile prevăzute de Regulamentul Comisiei Europene nr. 1.564/2005.

O altă deficiență identificată în cadrul acestui contract este neîndeplinirea cerințelor minime de calificare de către oferta câștigătoare referitoare la experiența experților cheie.

Prin modificarea unui element esențial a anunțului de participare, respectiv valoarea estimată a contractului, fără a respecta obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, în condițiile prevăzute de Regulamentul Comisiei Europene nr. 1.564/2005 au fost încălcate prevederile art. 36 alin. 5 din Directiva CE 18/2005: „...Anunțurile publicate la nivel național nu trebuie să cuprindă alte informații decât cele cuprinse în anunțurile trimise Comisiei sau publicate

pentru un profil de cumpărător în conformitate cu articolul 35 alineatul (1) primul paragraf..." Art. 26 alin. 2 din HG 925/2006: „ În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja publicate, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial. În condițiile prevăzute de Regulamentul Comisiei Europene nr. 1.564/2005, care stabilește formatul standard al anunțurilor publicitare în cadrul procedurilor de atribuire prevăzute în directivele nr.17/2004/CE și 18/2004/CE/.

Pentru neîndeplinirea cerințelor minime de calificare de către oferta câștigătoare referitoare la experiența experților cheie a fost încălcat art. 204 din O.U.G. nr.34/2006. În conformitate cu prevederile punctului 1.2 din Anexă la Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, pentru modificarea unui element esențial a anunțului de participare, respectiv valoarea estimată a contractului, fără a respecta obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, se aplică o corecție de 25% din valoarea contractului de servicii nr. 5319/17.09.2009.

Având în vedere că urmare reverificărilor realizate de AM POS Mediu asupra modului de atribuire a contractului nr. 5319/17.09.2009, au fost identificate nereguli, pentru care a aplicat deja o corecție financiară de 25% (conform Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 155945/03.1.1.2011) și ținând cont de prevederile art. 4 din HG nr. 875/2011 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, „în cazul în care, pentru același contract de achiziție verificat, se constată existența mai multor nereguli/abateri privind regimul achizițiilor pentru care trebuie aplicate corecțiile financiare/reducerile procentuale prevăzute în anexa la ordonanță, se va aplica valoarea cea mai mare a corecției financiare/reducerii procentuale propuse", rămâne aplicată corecția de 25% pentru care a fost deja emis titlu de creanță de către DG AM POS Mediu."

Nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 134.910/23.02.2012, aprobată de Directorul General al DG AM POS MEDIU a fost comunicată autorității contractante Consiliul Județean Bistrița - Năsăud prin fax în data de 24.02.2012 și prin poștă recomandată cu confirmare de primire. Consiliului Județean Bistrița - Năsăud a depus contestația înregistrată la Ministerul Mediului și Pădurilor cu nr. 135.030/09.03.2012 împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 134.910/23.02.2012 emisă de Ministerul Mediului și Pădurilor - DG AM POS Mediu.

Pentru soluționarea contestației, în conformitate cu prevederile art. 47 și următoarele din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011, Directorul General al DG AM POS MEDIU a emis Decizia nr. 180/12.03.2012 prin care a numit comisia de soluționare a contestației depuse de Consiliul Județean Bistrița - Năsăud împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 134.910/23.02.2012.

Urmare verificărilor efectuate, comisia de soluționare a contestației nr. 135.030/09.03.2012 formulată de Consiliul Județean Bistrița - Năsăud a emis Decizia nr. 141.088/09.04.2012, prin care stabilește respingerea pe cale de excepție, ca lipsită de obiect a contestației introduse de Consiliul Județean Bistrița Năsăud. Pe fond, contestația formulată de către Consiliul Județean Bistrița-Năsăud este neîntemeiată.

Prin cererea introductivă de instanță, înregistrată pe rolul Curții de Apel Cluj, reclamanta solicită anularea Deciziei nr. 141.047/22.02.2012 de respingere ca lipsită de obiect a contestației, emise de

Comisia de soluționare a contestației din cadrul Direcției Generale AM POS Mediu și anularea Notei de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 134.910 - 23.02.2012.

Referitor la motivele invocate de reclamant:

1. Decizia nr. 141.088/09.04.2012 este nelegală, pentru că Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu a reluat activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare cu privire la contractul de servicii nr.5319/17.09.2009 în mod nelegal, nerespectându-se prevederile art.31 din OUG nr.66/2011. Ca urmare a primei verificări, prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 155.945/03.11.2011 prin care s-a stabilit corecția maximă, de 25% din valoarea contractului, prejudiciul fiind integral acoperit.

O echipă de control din cadrul Direcției Generale AM POS MEDIU, structură în cadrul Ministerul Mediului și Pădurilor, a efectuat verificarea legalității atribuirii contractului de servicii nr. 5319/17.09.2009 ca urmare a Suspiciunii de neregulă nr. 134.250/14.10.2011 din care rezultă că atribuirea contractului s-a făcut cu încălcarea prevederilor legale care reglementează domeniul achizițiilor publice.

Suspiciunea de neregulă nr. 134.250/14.10.2011 a avut la bază verificările efectuate de către Direcția Fonduri Structurale - Serviciul Monitorizare Raportare, în conformitate cu instrucțiunea nr.157570/10.08.2011 privind utilizarea listelor unitare de verificare a procedurilor de achiziții publice din cadrul proiectelor finanțate din instrumente structurale.

Prin Decizia nr. 155.752/18.10.2011 1, emisă de Directorul General al DG AM POS MEDIU a fost numită echipa de control pentru verificarea documentelor care au stat la baza emiterii Suspiciunii de neregulă nr. 134.250/14.10.2011.

Ca rezultat al verificărilor, echipa de control a emis Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 155.945/02.11.2011 în care se concluzionează la Cap. 7- Motivele de fapt și Cap. 8 - Temeiul de drept că : „Beneficiarul - Consiliul Județean Bistrița-Năsăud a solicitat, în Fișa de date a achiziției la pct. V.4 Capacitatea tehnică și/sau profesională, următoarele înfonnații: „Ofertantul (operator economic sau membrii asocierii de operatori economici împreună) a finalizat cu succes în ultimii 3 ani împliniți la data termenului limită pentru depunerea ofertei, minimum 3 proiecte în domeniile managementul deșeurilor și/sau asistență tehnică și minimum 1 proiect de conștientizare publică. Autoritatea Contractantă nu are dreptul să solicite îndeplinirea unor astfel de cerințe minime de calificare (art. 178 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006) deoarece sunt menite să restrângă accesul la procedura de atribuire, având ca efect încălcarea prevederilor art. 2 alin. (1) lit. a) și lit. b) din același act normativ, referitoare la promovarea concurenței între operatorii economici și garantarea tratamentului egal între aceștia”.

În conformitate cu prevederile punctului 1.7 din Anexa la Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, pentru aplicarea de criterii de calificare și selecție care sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică, se aplică o corecție de 25% reprezentând 495.240,55 lei din valoarea fără TVA (1.980.962,20 lei) a contractului de servicii nr. 5319/17.09.2009 "Asistență tehnică pentru sprijin managerial în implementarea sistemului de management integrat al deșeurilor solide în județul Bistrița-Năsăud" din cadrul proiectului Sistem de management integrat al deșeurilor solide în județul Bistrița-Năsăud. Consiliului Județean Bistrița - Năsăud a depus contestația înregistrată la Ministerul Mediului și Pădurilor cu nr. 155.945/23.01.2012 împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 155.945/03.11.2011 emisă de Ministerul Mediului și Pădurilor - DG AM POS MEDIU.

Pentru soluționarea contestației în conformitate cu prevederile art. 47 și următoarele din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011, Directorul General al DG AM POS MEDIU a emis Decizia nr. 90/26.01.2012 prin care a numit comisia de soluționare a contestației depuse de Consiliul Județean Bistrița - Năsăud împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 155.945/03.11.2011.

Urmare verificărilor efectuate, comisia de soluționare a contestației nr. 155.945/23.01.2012 formulată de Consiliul Județean Bistrița - Năsăud a emis Decizia nr. 141.047/21.02.2012 prin care stabilește respingerea ca tardiv formulată a contestației introduse de Consiliul Județean Bistrița Năsăud. Suspiciunea de neregulă nr. 134.991/14.12.2011 a fost întocmită de Direcția Fonduri Structurale în baza Raportului preliminar de audit nr.51548/AP/09.12.2011, elaborat ca urmare a misiunii de verificare efectuate în perioada 18.07.2011 - 30.11.2011 privind auditarea sistemului de management și control stabilit pentru implementarea POS Mediu.

Potrivit art. 18 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, forma în vigoare la data întocmirii suspiciunii de neregulă, „autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația înregistrării și transmiterii, în termen de 10 zile lucrătoare, către structurile de control prevăzute la art. 20 a tuturor constatărilor cu implicații financiare sau cu posibile implicații financiare din actele de control/audit întocmite de reprezentanții Uniunii Europene/donatorului public internațional, a celor din actele de control emise de DLAF, a celor din rapoartele de audit emise de Autoritatea de Audit/structurile de audit intern/structurile de audit extern, precum și a celor din rapoartele de verificare la fața locului emise de autoritatea de certificare”.

Așa cum se observă din succesiunea evenimentelor prezentate anterior, a doua suspiciune de neregulă pe contractul nr.5319 a fost întocmită ca urmare a unui raport de audit, luând în considerare art. 18 alin.(l) din OUG nr.66/2011, și a determinat investigarea altor încălcări ale legislației în materia achizițiilor publice. Din Suspiciunea de neregulă nr. 134.991/14.12.2011 rezultă că atribuirea contractului s-a făcut cu încălcarea prevederilor legale care reglementează domeniul achizițiilor publice respectiv „încălcarea regulilor de publicitate prin modificarea unui element esențial al anunțului de participare, respectiv valoarea estimată a contractului, fără a respecta obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, în condițiile prevăzute de Regulamentul Comisiei Europene nr. 1564/2005, precum și neîndeplinirea cerințelor minime de calificare de către oferta câștigătoare referitoare la experiența experților cheie”, iar din Suspiciunea de neregulă nr. 134.250/14.10.2011 rezultă că atribuirea contractului s-a făcut cu încălcarea prevederilor legale care reglementează domeniul achizițiilor publice, respectiv „în Fișa de date a achiziției, capacitatea tehnică și/sau profesională, cerințele obligatorii sunt restrictive prin solicitarea a minimum... ”.

Potrivit art. 31 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora: „(1) Activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare poate fi reluată de aceeași sau altă structură de control prevăzută la art. 20 dacă, până la data împlinirii termenului de prescripție, apar alte date suplimentare necunoscute la data efectuării verificărilor sau apar erori de calcul care influențează rezultatele acestora. În condițiile alin. (1) se poate emite un nou proces-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare pentru eventuale diferențe necesare până la acoperirea integrală a prejudiciului.”

După cum se poate observa, articolul menționat anterior privește reluarea controlului în ceea ce privește aceeași încălcare a legii, în situația în care se descoperă elemente noi, nu reluarea misiunilor de control ca urmare a descoperirii unor încălcări noi ale legislației.

Având în vedere că urmare re verificărilor realizate de AM POS Mediu asupra modului de atribuire a Contractului nr. 5319/17.09.2009 au fost identificate nereguli pentru care a aplicat deja o corecție financiară de 25% (conform Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 155945/03.11.2011) și ținând cont de prevederile art. 4 din H.G. nr. 875/2011 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor O.U.G. nr. 66/2011 „în cazul în care, pentru același contract de achiziție verificat, se constată existența mai multor nereguli/abateri privind regimul achizițiilor pentru care trebuie aplicate corecțiile financiare/reducerile procentuale prevăzute în anexa la ordonanță, se va aplica valoarea cea mai mare a corecției financiare/reducerii procentuale propuse”, echipa de control a considerat că rămâne aplicabilă corecția de 25% pentru care a fost deja emis titlu de creanță de către Direcția Generală AM POS Mediu.

În eventualitatea în care s-ar considera că interpretarea art.31 din OUG nr.66/2011 este cea făcută de reclamant, art.4 din HG 875/2011 menționat anterior ar rămâne fără obiect, deoarece nu s- ar mai ajunge în situația ca o corecție financiară să nu mai poată fi aplicată, după ce anterior, se mai stabilise alta. Or. legea se interpretează în sensul în care produce efecte, și nu în sensul neaplicării ei.

La termenul de judecată din data de 11.09.2012, Curtea de Apel Cluj s-a pronunțat în Dosarul nr.996/33/2012 la care face referire reclamantul după cum urmează: „Respinge acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul CJ Bistrița Năsăud în contradictoriu cu pârâții CSC din cadrul MMP și DG AM POS MEDIU, din cadrul MMP. Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din 11.09.2012.”

Potrivit art. 47 alin. (3) din O.U.G. nr. 66/2011 „Obiectul contestației administrative îl constituie numai sumele și măsurile stabilite înscrise în procesul-verbal de stabilire a creanței bugetare care reprezintă titlu executoriu”. Ca atare, Contestația administrativă ce a făcut obiectul Deciziei nr. 141088/09.04.2012, putea fi formulată împotriva: sumelor stabilite ca creanță bugetară; măsurilor dispuse de echipa de control.

Prin Nota de constatare a cărei anulare se solicită nu s-a aplicat nicio corecție financiară și nu s-a stabilit nicio creanță bugetară (punctul 11 Valoarea creanței bugetare). De asemenea, echipa de control nu a dispus măsuri care să fie aduse la îndeplinire de reclamant.

Comisia de soluționare a contestației a constatat că obiectul Contestației formulate nu respectă prevederile art. 47 alin. (3) din O.U.G. nr. 66/2011. În atare condiții, Contestația formulată a fost respinsă ca lipsită de obiect. Contestația formulată era și lipsită de interes întrucât Nota de constatare nu a reținut calitatea de debitor al unei noi creanțe în sarcina Consiliului Județean Bistrița-Năsăud, urmare emiterii acesteia. Potrivit art. 2 alin. (1) lit. h) din O.U.G. nr. 66/2011, activitatea de constatare a neregulilor constă „în activitatea de control/investigare desfășurată de autoritățile competente în conformitate cu prevederile actului normativ invocat, în vederea stabilirii existenței unei nereguli”.

Împrejurarea că anterior, prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 155945/03.11.2011 s-a aplicat deja corecția cea mai mare, respectiv 25% din valoarea Contractului de servicii nr. 5319/17.09.2009, nu are relevanță în cauză. Un argument în acest sens îl constituie tocmai faptul că echipa de control nu a aplicat o corecție financiară pentru neregulile constatate prin Nota de constatare nr. 134.910/23.02.2012.

Emiterea documentului intitulat „Notă de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare” nr. 155945/03.11.2011 nu exclude emiterea documentului intitulat „Notă de constatare neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare” nr. 134910/23.02.2012, în condițiile în care: echipa de control a constatat noi nereguli cu privire la atribuirea Contractului de servicii nr. 5319/17.09.2009; au fost respectate prevederile art. 4 din Norma metodologică din 31.12.2011 de aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

Nota de constatare a fost emisă cu respectarea prevederilor O.U.G. nr. 66/2011 coroborate cu cele ale O.U.G. nr. 34/2006. Potrivit prevederilor art. 1 din O.U.G. nr. 66/2011: „Prezenta ordonanță de urgență reglementează activitățile de prevenire, de constatare a neregulilor, de recuperare a creanțelor bugetare rezultate din neregulile apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, precum și de raportare a neregulilor către Comisia Europeană sau către alți donatori internaționali. Dispozițiile prezentei ordonanțe de urgență se aplică autorităților cu competențe în gestionarea fondurilor europene și oricăror alte instituții publice care au atribuții privind prevenirea, constatarea unei nereguli, stabilirea și urmărirea încasării creanțelor bugetare rezultate din nereguli apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și a fondurilor publice naționale aferente acestora, beneficiarilor de fonduri europene și/sau fonduri publice naționale aferente acestora, precum și oricăror alți operatori economici cu capital public sau privat care desfășoară activități finanțate din fonduri europene în baza unor acte juridice.”

Sursa de finanțare a Contractului de servicii nr.5319/17.09.2011 constă în fonduri europene nerambursabile acordate în temeiul Contractului de finanțare nr. 80.504/25.05.2009 încheiat între Ministerul Mediului și Pădurilor și Consiliul Județean Bistrița-Năsăud. Astfel, derularea Contractului de servicii implică utilizarea fondurilor europene obținute de către Autoritatea contractantă, în calitate de beneficiar potrivit art. 2 alin.(1) lit. g) din O.U.G. nr. 66/2011, în baza Contractului de finanțare menționat. Or, scopul edictării O.U.G. nr. 66/2011 constă în constatarea neregulilor, stabilirea și recuperarea creanțelor bugetare rezultate din neregulile apărute în utilizarea, de către autoritățile contractante - beneficiari ai finanțării nerambursabile obținute pentru implementarea proiectelor aprobate de către Comisia Europeană.

Monitorizarea modului de gestionare și utilizare a fondurilor europene astfel obținute revine, potrivit prevederilor art. 2 alin.(l) lit. e) din O.U.G. nr. 66/2011, autorității de management în cadrul programelor finanțate din instrumente structurale, de coeziune, respectiv Direcției Generale AM POS Mediu. Pe cale de consecință, prevederile O.U.G. nr. 66/2011 sunt pe deplin aplicabile în cauză.

În sensul celor de mai sus, având în vedere faptul că Direcția Generală AM POS Mediu a fost investită cu prerogativa analizării modului de utilizare a fondurilor europene, precum și a modalității în care autoritatea contractantă a respectat/eludat prevederile în materia achizițiilor publice, Nota de constatare a fost emisă cu respectarea prevederilor instituite de O.U.G. nr. 66/2011 raportate la cele guvernate de O.U.G. nr. 34/2006.

DG AM POS Mediu a demarat misiunea de control ca urmare a Notificării privind suspiciunea de neregulă nr. 134.991/14.12.2011, întocmită de către Direcția Fonduri Structurale. Aceasta a fost demarată după intrarea în vigoare a Ordonanței de urgență a Guvernului nr.66/2011, care a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr.461 din 30.06.2011.

Potrivit art. 21 alin.(5) din OUG 66/2011 „în vederea constatării neregulilor și stabilirii creanțelor bugetare, conducerea instituției publice în cadrul căreia funcționează structura de control în

situațiile de excepție/derogare prevăzute la art. 20 alin. (2) lit. a) și b), la art. 20 alin. (7) și, după caz, la art. 20 alin. (4), respectiv conducerea autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, în celelalte situații, aprobă: componența nominală a echipei care va efectua verificarea și constatarea; durata activității de verificare; mandatul privind obiectul verificărilor, stabilirea creanței bugetare rezultate din nereguli și a debitorilor; structura sau structurile verificate."

Rezultă astfel că misiunea de control a DG AM POS Mediu a început după întocmirea Suspiciunii de neregulă (14.12.2011) și nu la data derulării procedurii de atribuire.

Potrivit dispozițiilor art. 66 din O.U.G. nr. 66/2011 "Activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr.79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare."

Per a contrario, activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care se desfășoară după data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011 se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor acestui act normativ. În situația în care activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare a fost declanșată după intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011, din punct de vedere procedural, se vor aplica regulile acestui act normativ (legea nouă), chiar dacă fapta a fost săvârșită sub imperiul legii vechi (în speță. O.G. nr. 79/2003).

Reclamantul nu a adus argumente care să susțină pe fond introducerea acțiunii împotriva Notei de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 134.910/23.02.2011 și a Deciziei nr. 141.088/09.04.2012. Au fost încălcate regulile de publicitate de către Autoritatea contractantă la atribuirea Contractului nr. 5319/17.09.2009, cu o valoare de 1.980.962,2 lei, la care se adaugă TVA, încheiat între Consiliul Județean Bistrița-Năsăud și asocieria al cărui lider este S.C. Kvb Economic S.R.L. prin modificarea unui element esențial al anunțului de participare, respectiv valoarea estimată a contractului, după 21 de zile de la data publicării Anunțului de participare în JOUE, fără a respecta obligația de a transmite spre publicare un anunț-tip erată la anunțul inițial, în condițiile prevăzute de Regulamentul Comisiei Europene nr. 1.564/2005.

Nu au fost îndeplinite cerințele minime de calificare de către oferta câștigătoare depusă de Asocieria formată din S.C. KVB ECONOMIC S.R.L. - S.C. KPMG ROMÂNIA S.R.L. și S.C. VIZUAL S.R.L referitoare la experiența experților-cheie, respectiv 3 dintre cei 5 experți-cheie nominalizați de ofertantul câștigător nu au făcut dovada îndeplinirii cerințelor minime referitoare la experiența profesională:

Niciunul dintre experții în ingineria mediului nominalizați în ofertă nu dovedesc, prin copii ale certificatelor sau referințelor emise de angajatori sau beneficiari, că dețin experiență în aceeași poziție, în minim 3 proiecte de complexitate similară finalizate, dintre care cel puțin unul pentru construcție depozit ecologic/închidere depozit neconform. La dosarul achiziției nu este atașată nicio referință/certificat.

Niciunul dintre experții în achiziții incluși în echipa ofertantului câștigător nu dovedesc, prin copii ale certificatelor sau referințelor emise de angajatori sau beneficiari că dețin experiență în derularea procedurilor de achiziție publică naționale/internaționale; experiență pe aceeași poziție în minim 2 proiecte finalizate, de complexitate similară, finanțate din fonduri europene/internaționale La dosarul achiziției nu este atașată nicio referință/certificat.

Niciunul dintre experții financiari propuși de ofertantul câștigător nu dovedesc, prin copii ale certificatelor sau referințelor emise de angajatori sau beneficiari, că dețin experiență pe aceeași

poziție în minim 2 proiecte finalizate, de complexitate similară, cofinanțate de Uniunea Europeană și/sau instituții finanțatoare internaționale. La dosarul achiziției nu este atașată nicio referință/certificat.

În concluzie, pentru considerentele mai sus expuse, solicită respingerea ca nefondată a cererii de chemare în judecată și menținerea ca legale a Deciziei nr. 141.088/09.04.2012 și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 134.910/23.02.2012 emise de Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS MEDIU.

În drept, s-au invocat dispozițiile art. 115-118 Cod procedură civilă, Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, cu modificările și completările ulterioare, OUG 66/2011 cu modificările și completările ulterioare, HG nr. 875/2011 cu modificările și completările ulterioare, OUG 34/2006 și HG 925/2006 republicată cu modificările și completările ulterioare.

Prin sentința civilă nr. 700/2012 pronunțată de Curtea de Apel Cluj în dosarul nr. 1291/33/2012 a fost admisă excepția necompetenței materiale și a fost declinată competența de soluționare a acțiunii în contencios administrativ, în favoarea Tribunalului Bistrița-Năsăud - Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal, deoarece conform art. 21 alin. 19 și 20 din OUG 66/2011, procesul-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanței bugetare este act administrativ în sensul Legii nr.554/2004, cu modificările și completările ulterioare. Procesul-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanței bugetare/Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare constituie titlu de creanță și se emite în vederea stingerii acestei creanțe. Din chiar acest text de lege coroborat cu art.38-51 din OUG nr.66/2011 rezultă ca aceste procese verbale sunt acte administrative ce au ca obiect stabilirea unor creanțe bugetare, acte ce se înscriu așadar în categoria actelor administrative ce privesc contribuții bugetare în sensul prevederilor art. 10 alin.(l) din Legea nr.554/2004.

Acțiunea având ca obiect anularea acestui proces verbal în procedura reglementată de O.U.G. nr.66/2011 este așadar de competența instanței de contencios administrativ determinată în funcție de valoarea creanței bugetare potrivit regulilor de competența prevăzute de art. 10 alin.(1) din Legea nr.554/2004 iar în speță atât valoarea corecției financiare, cât și a creanței bugetare este de sub 500.000 lei, valoare în funcție de care în baza prevederilor art. 10 din Legea 554/2004 competența materială de soluționare a prezentei acțiuni în primă instanță aparține tribunalului.

Astfel, dosarul a fost înregistrat pe rolul Tribunalului Bistrița-Năsăud sub nr. 6488/112/20112, dosar în care reclamantul Consiliul Județean Bistrița-Năsăud a depus la dosar „răspuns la întâmpinare”, prin care a arătat următoarele:

Prin întâmpinare pârâtul susține că a doua suspiciune de neregulă a fost întocmită ca urmare a Raportului de audit nr. 51548/AP/09/11/2011 luând în considerare prevederile art. 18 alin.(1) din OUG nr.66/2011 respectiv că: Autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația să înregistreze și să transmită, în scopul investigării, în termen de 10 zile lucrătoare, structurilor de control prevăzute la art. 20 toate constatările cu implicații financiare sau cu posibile implicații financiare.

Potrivit prevederilor art. 21, alin.(3) din OUG nr.34/2006: Fac excepție de la prevederile alin. (2) actele de control emise de DLAF, rapoartele de inspecție emise de OLAF și documentele de constatare emise de Autoritatea de Audit pentru care este aplicabilă procedura prevăzută la alin. (25) și (26).

La alineatul (2) la care face trimitere norma citată mai sus și care este excepția în speță se prevede că în termen de maximum 10 zile de la primirea de către structura de control competentă conform

prevederilor art. 20 a oricărei solicitări ca urmare a aplicării prevederilor art. 18, aceasta are obligația organizării activității de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare.

Așadar din normele mai sus citate rezultă că pentru documentele de constatare emise de Autoritatea de Audit, în speță Raportul preliminar de audit nr.51548/AP/09.12.2011 elaborat ca urmare a misiunii de verificare efectuate perioada de 18.07.2011-30.11.2011 privind auditarea sistemului de management și control stabilit pentru implementarea POS Mediu, este aplicabilă procedura prevăzută la alin. (25) și (26) și nu cea prevăzută la art.21 alin.(2) din OUG nr.34/2006 aplicată de pârât.

Așa fiind, pârâtul în mod nelegal a organizat activitate de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare și a emis Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 134910 din 23/02/2012, ci trebuia să organizeze și să efectueze verificările necesare stabilirii creanței bugetare rezultate din nereguli și să emită procesul-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare.

Mai mult, într-o speță asemănătoare în care s-a pronunțat și Curtea de Apel Cluj prin Sentința civilă nr.849/2012 în dosarul nr. 1175/33/2012, instanța a statuat că controlul și verificarea unei situații menționate într-un raport de audit trebuie făcută în mod nemijlocit de către Direcția de Control și Verificare, Utilizare Fonduri Comunitare. În ce privește aplicarea retroactivă a prevederilor OUG nr. 66/2011 își menține opinia exprimată în acțiune.

Așa fiind consideră întemeiată și legală acțiunea și ca urmare solicită admiterea acesteia și anularea Deciziei nr. 141088/09/04/2012 și Nota de Constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 134910 din 23/02/2012 ca neîntemeiată și nelegală. În drept, se invocă prevederile art. 21, alin.(3), alin.(25), (26), art. 31, din OUG nr.66/2011.

Analizând actele și lucrările dosarului, instanța reține următoarele:

Prin nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 134910/23.02.2012 întocmită de Ministerului Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu, s-au reținut în sarcina reclamantei nereguli în atribuirea contractului nr.5319/17.09.2009 Asistență tehnică pentru sprijin managerial în implementarea sistemului de management integrat al deșeurilor solide în județul Bistrița-Năsăud din cadrul proiectului "Sistem de management integrat al deșeurilor solide în județul Bistrița-Năsăud" COD SMIS 1385 - file 17-28 dosar.

Motivele de fapt și temeiul de drept sunt indicate la pct.7 și 8 din nota mai-sus menționată, în esență reținându-se că au fost încălcate regulile de publicitate de către autoritatea contractantă la atribuirea Contractului nr.5319/17.09.2009, cu o valoare de 1.980.962,2 lei, fără TVA, încheiat între Consiliul Județean Bistrița-Năsăud și asocieria al cărei lider este SC Kvb Economic SRL prin modificarea unui element esențial al anunțului de participare, respectiv valoarea estimată a contractului, fără a respecta obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, în condițiile prevăzute de Regulamentul Comisiei Europene nr. 1.564/2005, respectiv neîndeplinirea cerințelor minime de calificare de către oferta câștigătoare referitoare la experiența experților-cheie.

S-a relevat că, în conformitate cu prevederile punctului 1.2 din Anexa la O.U.G. nr. 66/2011, pentru modificarea unui element esențial a anunțului de participare, respectiv valoarea estimată a contractului, fără a respecta obligația de a transmite spre publicare a unui anunț de tip erată la anunțul inițial, comisia de control a aplicat o corecție de 25%, din valoarea contractului de servicii nr.5319/17.09.2009, însă având în vedere că urmare a reverificărilor realizate de AM POS Mediu asupra modului de atribuire a acestui contract au fost identificate nereguli pentru care se a aplicase deja o corecție financiară de 25% (conform Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a

corecțiilor financiare nr. 155945/03.11.2011) și ținând cont de prevederile art. 4 din H.G. nr.875/2011 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor O.U.G. nr. 66/2011: „în cazul în care, pentru același contract de achiziție verificat, se constată existența mai multor nereguli/abateri privind regimul achizițiilor pentru care trebuie aplicate corecțiile financiare/reducerile procentuale prevăzute în anexa la ordonanță, se va aplica valoarea cea mai mare a corecției financiare/reducerii procentuale propuse”, s-a arătat că rămâne aplicabilă corecția de 25% pentru care a fost deja emis titlu de creanță nr. 155945/3.11.2011 (adică corecția financiară de 495.240,55 lei - 25% din valoarea contractului) de către Direcția Generală AM POS Mediu, mențiunile de la pct. 10 și 11, 13 din nota de control fiind relevante sub acest aspect. Împotriva notei de constatare, reclamantul a formulat o contestație în temeiul art. 47 și urm. din OUG nr.66/2011, soluționată prin decizia nr. 141088/09/04/2012, file 5-16 dosar, în sensul respingerii contestației ca lipsită de obiect.

În justificarea acestei soluții, s-a reținut că potrivit art. 47 alin. (3) din O.U.G. nr.66/2011 „Obiectul contestației administrative îl constituie numai sumele și măsurile stabilite înscrise în procesul-verbal de stabilire a creanței bugetare care reprezintă titlu executoriu”, deci contestația putea fi formulată împotriva: sumelor stabilite ca și creanță bugetară; măsurilor dispuse de echipa de control, însă prin nota de constatare nu s-a aplicat nicio corecție financiară (punctul 10 - Valoarea corecției financiare) și nu s-a stabilit nicio creanță bugetară (punctul 11 - Valoarea creanței bugetare), iar echipa de control nu a dispus măsuri care să fie aduse la îndeplinire de contestator; mai mult, s-a apreciat că această contestație este și lipsită de interes întrucât nota de constatare nu a reținut calitatea de debitor al unei noi creanțe în sarcina Consiliului Județean Bistrița-Năsăud.

Tribunalul constată că, potrivit art. 31 din OUG nr.66/2011, a cărui încălcare a fost invocată prin acțiunea introductivă: *“(1) Activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare poate fi reluată de aceeași sau altă structură de control prevăzută la art. 20 dacă, până la data împlinirii termenului de prescripție, apar alte date suplimentare necunoscute la data efectuării verificărilor sau apar erori de calcul care influențează rezultatele acestora. (2) în condițiile alin. (1) se poate emite un nou proces-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare pentru eventuale diferențe necesare până la acoperirea integrală a prejudiciului”*.

Aspectul că în perioada 18.10.2011 - 30.11.2011, Ministerul Mediului și Pădurilor prin Direcția Generală AM POS Mediu a verificat și a controlat aceleași documente și a emis Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 155945/03.11.2011 (file 20, 50 dosar), în acest sens fiind cele consemnate la pct.6 din ambele note, nu este de natură a atrage concluzia că este permisă doar o singură activitate de control pentru evidențierea tuturor neregulilor cu privire la același contract de achiziție publică, câtă vreme baza noilor verificări a fost Suspiciunea de neregulă nr. 134.991/14.12.2011, la rândul său cu izvorul în Raportul preliminar al autorității de audit nr.51548/AP/9.12.2011, raport întocmit tocmai în urma controlului din perioada octombrie - noiembrie 2011, ce a oferit date suplimentare față de suspiciunea de neregulă nr. 134250/14.10.2011 a Direcției Fonduri Structurale (file 69-72). O atare interpretare se impune în considerarea regulii de interpretare "actus inteipretandus est potius ut valeat quam perat", un text de lege trebuie interpretat în sensul în care ar produce efecte, iar nu în sensul în care n-ar produce niciunul, iar existența art. 31 din ordonanța în discuție nu ar mai avea nicio justificare logică.

Singura limitare impusă de legiuitor și care a fost respectată în speță, deoarece echipa de control nu a aplicat o corecție financiară pentru neregulile constatate prin Nota de constatare nr. 134.910/23.02.2012, este cea a art. 4 din HG nr.875/201 1: *”în cazul în care, pentru același contract de achiziție verificat, se constată existența mai multor nereguli/abateri privind regimul achizițiilor pentru care trebuie aplicate corecțiile financiare/reducerile procentuale prevăzute în anexa la*

ordonanță, se va aplica valoarea cea mai mare a corecției financiare/reducerii procentuale propuse”.

Apoi, potrivit dispozițiilor art.66 din O.U.G. nr.66/2011: "Activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr.79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr.529/2003, cu modificările și completările ulterioare", coroborate cu cele ale art. 63: "Prevederile secțiunii a 2-a a cap. II se vor aplica contractelor/acordurilor/deciziilor/ordinelor de finanțare încheiate după intrarea în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență" (adică doar în ceea ce privește regulile în materia conflictului de interese, nu și capitolul III - „Constatarea neregulilor și stabilirea creanțelor bugetare rezultate din nereguli”), rezultă fără putință de tăgadă că activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care se desfășoară după data intrării în vigoare a O.U.G. nr.66/2011 se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor acestui act normativ, chiar și pentru contractele de finanțare încheiate anterior intrării în vigoare a acestei ordonanțe de urgență, nepunându-se problema nesocotirii art. 15 alin.2 din Constituție.

Cum contestatorul nu a înțeles să invoce nicio apărare pe fondul celor relevate în nota de constatare din data de 23.02.2012, cu privire la noile neregulile reținute prin acest document, axându-se doar pe cele de ordin formal, instanța, raportat la prevederile art.50 alin.8 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011, va respinge ca nefondată acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul Consiliul Județean Bistrița-Năsăud în contradictoriu cu pârâțul Ministerului Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge ca nefondată acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul Consiliul Județean Bistrița-Năsăud, cu sediul în mun. Bistrița, jud. Bistrița-Năsăud în contradictoriu cu pârâțul Ministerului Mediului și Pădurilor, cu sediul procesual ales la Direcția Generală AM POS Mediu, din București, sector 4.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din data de 19.03.2013.

Dosar nr. 813/33/2012

CURTEA DE APEL CLUJ
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONȚENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 938/2012
Ședința publică din data de 28 noiembrie 2012

S-a luat în examinare acțiunea în contencios administrativ formulată de către reclamantul CONSILIUL JUDEȚEAN BISTRIȚA - NĂSĂUD în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR - COMISIA DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, având ca obiect - anulare acte emise de autoritățile de reglementare.

Mersul dezbaterilor, susținerile și concluziile părților au fost consemnate în încheierea de ședință din data de 14 noiembrie 2012, încheiere ce face parte integrantă din prezenta hotărâre, pentru când s-a dispus amânarea pronunțării la data de 21.11.2012 și ulterior la data de 28.11.2012.

CURTEA

Prin acțiunea în contencios administrativ formulată la 13.06.2012 de către reclamantul CONSILIUL JUDEȚEAN BISTRIȚA-NĂSĂUD în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR - COMISIA DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR s-a solicitat admiterea contestației nr. 5746/21/10/2011 și pe fond și anularea Deciziei nr. 148450/28/11/2011 și a Notei de Constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 156405 din 20/12/2012 emisă de Direcția Generală AM pas Mediu din cadrul Ministerului Mediului și Pădurilor și anularea corecției financiare de 700.156,7 lei și a creanței bugetare de 131.051,25 lei.

În motivarea acțiunii reclamantul a arătat că Ministerul Mediului și Pădurilor prin Direcția Generală AM POS Mediu a comunicat Consiliului Județean Bistrița-Năsăud, Nota de Constatare a Neregulilor și Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. 155487 din data de 21/09/2011 înregistrată la Consiliul Județean Bistrița-Năsăud sub nr. 5746 din data de 29/09/2011.

În nota de constatare, la cap.6.- Prezentarea aspectelor constatate - s-a reținut că în fișa de date a achiziției, pentru atribuirea contractului de lucrări nr.817/18/02/2010, la cap.VI. 7 - Modul de prezentare a propunerii tehnice - s-a menționat că aceasta (propunerea tehnică) trebuie să cuprindă:

1. Metodologie
2. Organizare
3. Programul de asigurare a calității propus pentru toate activitățile aferente executării contractului
4. Evaluarea riscurilor.

În urma clarificărilor solicitate, pct. 7 Evaluarea riscurilor din fișa de date inițială, a fost revizuit pentru a fi pus în acord cu factorul de evaluare P4 din algoritmul de calcul Perioada de garanție acordată lucrărilor. Fișa de date revizuită a fost publicată în SEAP în data de 01/01/2010. În Procesul Verbal al ședinței de evaluare nr. 3/09/02/2010 se menționează că oferta S.C. Hidroconstrucția S.A. București a fost depunctată pe motiv că nu a făcut o evaluare a riscurilor conform fișei de date. Ca urmare s-a reținut că Consiliul Județean Bistrița-Năsăud a aplicat incorect factorii de evaluare astfel că au fost încălcate prev. art. 199 din OUG nr.34/2006 și art. 14 din HGR nr.925/2006.

Conform Concluziilor activității de verificare (cap.8 din proiectul notei), pentru încălcarea prevederilor sus menționate, abaterea este cea prevăzută la pct 1.6 din anexa 1 la OUG nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea

fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora respectiv aplicarea de criterii de atribuire (factori de evaluare) nelegale. Astfel s-a aplicat o corecție financiară de 5% reprezentând suma de 700.156,7 lei din valoarea fără TVA (14.003.134 lei) a contractului de lucrări nr.817/18/02/2010 "Construcția a cinci stații de transfer și a cinci centre de colectare în județul Bistrița - Năsăud" din cadrul proiectului "Sistem de management integrat al deșeurilor solide în județul Bistrița - Năsăud".

Nota de Constatate a Neregulilor și Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. 155487 din data de 21/09/2011 a fost comunicată Consiliului Județean Bistrița-Năsăud după ce a devenit definitivă și nu în proiect așa cum dispun prev. art.21, alin. 11, 14, 15 din OUG nr.66/2011, în vederea formulării unui punct de vedere. Așa fiind împotriva Notei de Constatate a Neregulilor și Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. 155487 din data de 21/09/2011 definitive, Consiliul Județean Bistrița-Năsăud a formulat contestația nr. 5746 din 21/10/2011 prin care a solicitat, atât pe procedură în raport cu prev. art.21 , alin. 11, 14, 15 din OUG nr.66/2011 cât și pe fond desființarea notei ca nelegală și neîntemeiată.

Pe fond a susținut că în fișa de date a achiziției cap.VI.7 - Modul de prezentare a propunerii tehnice, al.3 - se subliniază că la pct.4 - Evaluarea riscurilor - ofertantul are obligația de a prezenta Evaluarea riscurilor asociate implementării proiectului. S.C. Hidroconstrucția S.A. București, prin adresa nr. 25/7/13/01/2010 înregistrată la Consiliul Județean Bistrița-Năsăud sub nr. 151/13/01/2010 a solicitat clarificări cu privire la P4 Evaluarea riscurilor.

Consiliul Județean Bistrița-Năsăud a răspuns S.C. Hidroconstrucția S.A. București și a atașat răspunsul în data de 14/01/2010 la anunțul de participare nr.91783/02/12/2009 secțiunea "Documente și clarificări" . A revizuit fișa de date a achiziției iar în data de 15/01/2010 a publicat pe SEAP Fișa de date a achiziției revizuită și evident incluzând și răspunsul la solicitarea S.C. Hidroconstrucția S.A. București prin care Consiliul Județean Bistrița-Năsăud a comunicat tuturor operatorilor economici interesați că la P4 Evaluarea riscurilor, va fi evaluată " perioada de garanție acordată.... " și că ofertanții au obligația de a prezenta Evaluarea riscurilor asociate implementării proiectului.

La acest factor de evaluare - Perioada de garanție a lucrărilor - oferta S.C. Hidroconstrucția S.A. București a obținut punctajul maxim respectiv 10 puncte conform cu fișele de punctaj individuale anexe la Raportul procedurii de atribuire. Prin urmare în mod neîntemeiat în nota de constatare se reține că oferta S.C. Hidroconstrucția S.A. București a fost depunctată la acest factor de evaluare.

De asemenea a arătat că de vreme ce S.C. Hidroconstrucția S.A. București nu s-a prevalat de disp.art. 256, alin.(2) din OUG nr.34/2006 potrivit căroră putea formula contestație în termen de 10 zile de la data luării la cunoștință în cazul de față data publicării în SEAP a fost 15/01/2010 data publicării în SEAP a fișei de date revizuită, atunci aceasta a considerat documentația de atribuire din care face parte și fișa de date a achiziției revizuită un act legal. Mai mult prin adresa nr. 682/11/102/2010 a fost comunicat la S.C. Hidroconstrucția S.A. București și raportul procedurii împreună cu punctajul detaliat pe fiecare factor de evaluare și nici acest act nu a fost contestat, rămânând valabil și legal prin necontestare.

De asemenea procedura de atribuire a fost a fost supusă verificărilor observatorilor UCVAP cooptați în comisia de evaluare potrivit OUG nr.30/2006, în raportul acestora încheiat în data de 02/03/2010 la cap.2.5 "Observații privind modul de desfășurare a ședințelor de evaluare a ofertelor", se menționează că comisia de evaluare a analizat și a evaluat obiectiv ofertele depuse.

Astfel comisia de evaluare a respectat toate obligațiile prevăzute de prev. art. 199 din OUG nr.34/2006 respectiv a indicat în anunțul de participare sau în documentația de atribuire cel puțin

ordinea descrescătoare a importanței factorilor de evaluare care urmează să fie utilizați și a precizat, în mod clar și detaliat, în documentația de atribuire factorii de evaluare a ofertei cu ponderile relative ale acestora sau algoritmul de calcul, precum și metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți precum și prev. art. 14 din HGR nr.925/2006. Algoritmul de calcul, precum și factorii de evaluare a ofertelor, care vor fi luați în considerare în cazul aplicării criteriului "oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic", se precizează în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți.

Considerentele reclamantului formulate pe fond nu au fost reținute astfel că prin Decizia nr. 148450/28/11/2011 contestația a fost admisă numai pe procedură și respinsă pe fond, astfel că s-a dispus desființarea Notei de Constatate a Neregulilor și Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. 155487 din data de 21/09/2011 pentru că la întocmirea ei nu au fost respectate prev. art.21 alin.(11), alin.(14), alin.(15) și art.34 din OUG nr.66/2011 și întocmirea unei noi Note de constatare pentru aceleași aspecte pe fond cu respectarea prevederilor legale menționate.

Ca urmare a fost întocmit proiectul unei noi note de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare pe fond identică cu cea desființată și prin adresa nr. 156308/08/12/2011 înregistrată la Consiliul Județean Bistrița-Năsăud sub nr. AF/1261/7439/13/12/2011 s-a solicitat punct de vedere. Prin adresa nr. UIP/AMPOSMEDIU/DF/1261/7439/15/12/2011 Consiliul Județean Bistrița-Năsăud a comunicat că datorită faptului că proiectul noii note de constatare este întemeiat pe aceleași considerente și de drept și de fapt, pe care a fost întemeiată nota de constatare anulată, își menține poziția formulată în contestație pe fond.

Ca urmare a fost întocmită Nota de Constatate a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 156405 din 20/12/2012 definitivă prin care s-a constatat aceeași abatere aplicarea de criterii de atribuire (factori de evaluare) nelegale, s-a aplicat aceeași corecție financiară de 5% reprezentând suma de 700.156,7 lei din valoarea fără TVA (14.003.134 lei) a contractului de lucrări nr.817/18/02/2010.

Prin adresa nr. 156437/20/12/2011 înregistrată la Consiliul Județean Direcția Generală AMPOS Mediu din cadrul MMP a notificat Consiliul Județean Bistrița - Năsăud că este debitorul creanței bugetare în valoare de 131.051,25. De asemenea, cu privire la același debit, Consiliul Județean Bistrița-Năsăud a fost notificat și de MFP - Autoritatea de Certificare și Plată prin adresa nr. 156439/20/12/2011 înregistrată la Consiliul Județean Bistrița-Năsăud sub nr. 7638/22/12/2011.

În opinia reclamantului atâta timp cât ofertanții participanți la procedura de atribuire a contractului de lucrări nr.817/18/02/2010 "Construcția a cinci stații de transfer și a cinci centre de colectare în județul Bistrița - Năsăud" din cadrul proiectului "Sistem de management integrat al deșeurilor solide în județul Bistrița - Năsăud" în speță S.C. Hidroconstrucția S.A. București nu s-au prevalat de prev. art. 256 ind. 2, art.255 din OUG nr.34/2006 și deci nu au contestat și nu au formulat plângere împotriva actelor emise în cadrul acestei proceduri de către Consiliul Județean Bistrița-Năsăud, toate aceste acte au rămas valabile și legale prin neatacare.

Astfel că reclamantul consideră că în mod neîntemeiat și nelegal se reține prin Decizia nr. 148450/28/11/2011 și Nota de Constatate a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 156405 din 20/12/2012 că nu s-au respectat prev. art. 199 din OUG nr.34/2006 și art. 14 din HGR nr.925/2006. Apoi în opinia reclamantului prevederile OUG nr.66/2001 s-au aplicat retroactiv pentru un contract încheiat înainte de intrarea în vigoare a ordonanței respectiv pentru contractul nr. 817 care a fost încheiat în data de 18/02/2010 iar prev. OUG nr.66/2011 au intrat în vigoare la

30 iunie 2011 fiind publicată în MO al României nr. 461/30/06/2011 încălcându-se astfel prev. art. 15, alin.(2) din Constituția României respectiv că "Legea dispune numai pentru viitor [...]".

În drept s-au invocat prevederile: art.51, alin.(2) din OUG nr.66/2011; - prev. art. 199 din OUG nr.34/2006; - prev. art. 14 din HGR nr.925/2006 ; - prev.art.7 alin.(1), (2), art.8, alin.(1), art.1 O, alin.(1) teza ultimă, art. 11, alin.(1) lit.a), art. 12, art. 14, art. 15, art. 18, alin.(1) și (2), alin.(6) din Legea nr.554/2004; - prev.art.3, alin.(1) Cod Pr.Civ.; - prev. art. 15 Constituția României; - prev. art.24 din OG nr.92/2003 privind Codul de procedură fiscală cu modificările și completările ulterioare (r3);

Pârâțul Ministerul Mediului și Pădurilor a formulat întâmpinare la cererea de chemare în judecată a reclamantului Consiliul Județean Bistrița-Năsăud, prin care solicită respingerea acesteia ca netemeinică și nefondată. **Analizând acțiunea prin prisma motivelor invocate, a apărărilor formulate și a probelor administrate, Curtea reține următoarele:**

Consiliul Județean Bistrița-Năsăud, beneficiar al proiectului Sistem de management integrat al deșeurilor solide în județul Bistrița - Năsăud", a atribuit prin procedura licitației deschise contractul de lucrări nr. 817/18.02.2010 având ca obiect "Construcția a cinci stații de transfer și a cinci centre de colectare în județul Bistrița Năsăud". Echipa de control din cadrul Direcției Generale AM POS MEDIU din cadrul Ministerul Mediului și Pădurilor a verificat legalitatea atribuirii contractului de lucrări nr. 817/18.02.2010 ca urmare a suspiciunii de neregulă nr. 133855/12.09.2011.

Prin Decizia nr. 155445/14.09.2011, emisă de Directorul General al DG AM POS MEDIU a fost numită echipa de control pentru verificarea documentelor care au stat la baza emiterii Suspiciunii de neregulă nr. 133855/ 12.09.2011. Ca rezultat al verificărilor, echipa de control a emis Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 155487/21.09.2011

Împotriva acesteia, Consiliul Județean Bistrița-Năsăud a depus contestația înregistrată la Ministerul Mediului și Pădurilor cu nr. 155847/28.10.2011, comisia de soluționare a contestației emițând Decizia nr. 148450/28.11.2011 prin care decide admiterea în parte a contestației formulată de Consiliul Județean Bistrița-Năsăud, desființarea titlului de creanță reprezentat de Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 155487/21.09.2011 emisă de Ministerul Mediului și Pădurilor - DG AM POS MEDIU, și întocmirea unei noi Note de constatare, pentru aceleași aspecte, ținând cont de considerentele din decizie referitoare la respectarea prevederilor art.21 alin.(11), (14) și (15) și ale art.34 alin.(2) din OUG nr.66/2011 și respinge ca neîntemeiate celelalte capete ale contestației.

Ulterior emiterii Deciziei nr. 148450/28.11.2011, a fost întocmită o nouă notă având nr. 156405/20.11.2011 care analizează aceleași aspecte, care au făcut obiectul Suspiciunii de neregulă nr. 133855/12.09.2011 și menține considerentele din nota inițială.

Astfel, se reține că : "în conformitate cu prevederile punctului 1.6 din Anexa la Ordonanța de urgență a Guvernului nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, pentru încălcarea prevederilor art. 199 din OUG nr. 34/2006 și art. 14 din H.G. nr.925/2006 se aplică o corecție de 5% reprezentând suma de 700.156,70 lei din valoarea fără TVA (14.003.134 lei) a contractului de lucrări nr.817/18.02.2010 "Construcția a cinci stații de transfer și a cinci centre de colectare în județul Bistrița Năsăud" în cadrul proiectului "Sistem de management integrat al deșeurilor solide în județul Bistrița - Năsăud".

Curtea constată că în fișa de date a achiziției pentru atribuirea contractului de lucrări nr. 817/18.02.2010, la cap. VI. 7- Modul de prezentare a propunerii tehnice s-a menționat că aceasta trebuie să cuprindă:

1. Metodologie
2. Organizare
3. Programul de asigurare a calității propus pentru toate activitățile aferente executării contractului
4. Evaluarea riscurilor

Prin adresa nr.2517/13.01.2010 înregistrată la Consiliul Județean Bistrița-Năsăud sub nr. 151/13.01.2010, S.C. Hidroconstrucția S.A. București a solicitat clarificări cu privire la factorul de evaluare P4- Evaluarea riscurilor. Răspunsul la solicitarea de clarificare a S.C. Hidroconstrucția S.A. București a fost atașat la anunțul de participare nr.91783/02.12.2009 secțiunea "Documente și clarificări". Astfel, fișa de date a achiziției a fost revizuită iar în data de 15.01.2010, a fost publicată în SEAP. Urmare a analizării ofertelor, în Procesul Verbal al ședinței de evaluare nr.3/09.02.2010 se menționează că s-a depunat oferta S.C. Hidroconstrucția S.A. București pe motiv că nu a făcut o evaluare a riscurilor, conform fișei de date.

Susținerea Consiliul Județean Bistrița-Năsăud potrivit căreia a comunicat tuturor operatorilor economici interesați înlocuirea factorului 4, Evaluarea riscurilor cu factorul "Perioada de garanție acordată lucrărilor" dar și că ofertanții au obligația de a prezenta totuși Evaluarea riscurilor asociate implementării proiectului, nu este susținută de documente. Astfel, prin clarificarea nr.6 Consiliul Județean Bistrița-Năsăud precizează doar punerea în concordanță a punctului 4 de la pagina 19 din Fișa de date a achiziției cu factorul din algoritmul de calcul prezentat la pagina 22, respectiv, "Perioada de garanție acordată lucrărilor".

Răspunsul autorității este elocvent în acest sens: „, Precizăm că Fișa de date a achiziției va fi revizuită, astfel încât punctul 4 de la pagina 19 să fie în concordanță cu factorul de evaluare P4 din algoritmul de calcul prezentat la pagina 22, respectiv "Perioada de garanție acordată lucrărilor". Rezultă așadar că autoritatea nu menționează obligația operatorilor economici de a prezenta totuși Evaluarea riscurilor asociate implementării proiectului, așa cum susține reclamantul.

De asemenea, în conținutul Fișei de date revizuite la capitolele VI. 7-Modul de prezentare a propunerii tehnice și VII.3 - Detalii privind aplicarea algoritmului de calcul pentru propunerea tehnică, nu se menționează în nici un fel factorul de evaluare Evaluarea riscurilor asociate implementării proiectului. Că este așa o demonstrează și faptul că în procesul verbal intermediar al ședinței nr. 3 din data de 09.02.2010, încheiat de comisia de evaluare, se arată:

"Din punct de vedere tehnic, Comisia stabilește că nerespectarea și neevaluarea Riscurilor conform Raportului Tehnic întocmit de experții tehnici cooptați, la punctul 5 de către S.C. Hidroconstrucția S.A. București, nu este de natură a respinge oferta pentru neîndeplinire a cerințelor din Fișa de date a achiziției pct.VI.7 - 4 Evaluarea riscurilor, însă S.C. Hidroconstrucția S.A. București va fi depunctată la acordarea punctajului la Factorul de evaluare P1 - Metodologie, în fișele individuale de punctaj întocmite de fiecare membru al comisiei de evaluare."

Curtea achiesează astfel la susținerile pârâtului potrivit cărora oferta depusă de S.C. Hidroconstrucția S.A. București a fost depunctată pentru lipsa unui factor de evaluare (Evaluarea riscurilor) care a fost eliminat și înlocuit cu un alt factor de evaluare (Perioada de garanție acordată lucrărilor) conform Fișei de date revizuite și a clarificărilor formulate de autoritatea contractantă, ofertantul fiind astfel dezavantajat prin evaluarea de către comisia de evaluare în mod incorect a unui factor de evaluare inexistent.

Nu prezintă relevanță faptul S.C. Hidroconstrucția S.A. București nu s-a prevalat de prevederile art.256 ind. 2 și art.255 din O.U.G. nr.34/2006 și nu a contestat sau formulat plângere împotriva actelor emise în cadrul acestei proceduri, nefiind afectat dreptul altor organe abilitate de a verifica ulterior legalitatea atribuirii contractelor de achiziție publică, drept consacrat prin acte normative speciale, cum este în speță H.G. nr.457/2008 privind cadrul instituțional de coordonare și de gestionare a instrumentelor structurale.

Față de aceste considerente, în baza art. 18 din L.554/2004, Curtea va respinge ca neîntemeiată acțiunea formulată de către reclamantul CONSILIUL JUDEȚEAN BISTRIȚA-NĂSĂUD în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR - COMISIA DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR. Fără cheltuieli de judecată.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge ca neîntemeiată acțiunea formulată de către reclamantul CONSILIUL JUDEȚEAN BISTRIȚA-NĂSĂUD în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR - COMISIA DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică azi, 28.XI.2012.

Dosar nr.1488/33/2012

CURTEA DE APEL CLUJ
SECȚIA a II-a CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
Sentință nr. 866
Ședința din data de 12 noiembrie 2012

S-a luat în examinare acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul CONSILIUL JUDEȚEAN BISTRIȚA NĂSĂUD, cauza privind și pe pârâții MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR - DIRECȚIA GENERALĂ AM POS MEDIU și AUTORITATEA NAȚIONALĂ PENTRU REGLEMENTAREA ȘI MONITORIZAREA ACHIZIȚIILOR PUBLICE, având ca obiect anulare acte emise de autoritățile de reglementare Decizia nr. 136332/17.07.2012 emisă de Comisia de soluționare a contestațiilor din cadrul Ministerului Mediului și Pădurilor.

La apelul nominal făcut în cauză se constată lipsa părților litigante de la dezbateri. Procedura de citare este legal îndeplinită. Acțiunea promovată este timbrată cu 4 lei taxă judiciară de timbru și timbru judiciar de 0,3 lei. S-a făcut referatul cauzei, după care se constată că, în data de 06.11.2012 s-a înregistrat la dosar un înscris din partea reclamantului la care s-au anexat dovezile ce atestă plata taxelor de timbru datorate (f. 110-111). De asemenea, în data de 07.11.2012, s-a înregistrat la dosar întâmpinare trimisă prin fax, din partea A.N.R.M.A.P. prin care s-a invocat excepția lipsei calității procesuale pasive a pârâtei, întâmpinare care în data de 12.11.2012 a fost trimisă la dosar și prin poștă. Din partea pârâtului, MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR în data de 09.11.2012 s-a înregistrat la dosar întâmpinare, prin care s-a solicitat respingerea acțiunii, însoțită de o serie de înscrisuri în argumentarea poziției procesuale (f. 116-203).

Curtea în exercitarea prerogativelor instituite prin dispozițiile art. 1591 alin. 4 C.pr.civ., constată că fundamentat pe dispozițiile art. 10 ale Legii nr. 554/20064 coroborat cu dispozițiile O.U.G. nr. 66/2011 este competentă general, material și teritorial în a soluționa prezenta cerere. În baza înscrisurilor existente la dosar apreciază că, prezenta cauză este în stare de judecată, declară închisă faza probatorie și o reține în pronunțare pe excepția lipsei calității procesuale pasive a pârâtei A.N.R.M.A.P. și pe fondul cauzei.

CURTEA

Prin acțiunea în contencios administrativ formulată de „reclamantul CONSILIUL JUDEȚEAN BISTRIȚA NĂSĂUD, în contradictoriu cu pârâții MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR - DIRECȚIA GENERALĂ AM POS MEDIU și AUTORITATEA NAȚIONALĂ PENTRU REGLEMENTAREA ȘI MONITORIZAREA ACHIZIȚIILOR PUBLICE se solicită admiterea acțiunii și pe cale de consecință admiterea contestației nr. 11/A13143/18/06/2012, anularea decizie nr. 136332/17/07/2012 și a Notei de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 135809 din 29/05/2012 emisă de Direcția Generală AM POS Mediu din cadrul Ministerului Mediului și Pădurilor și anularea corecției financiare de 25% din valoarea fără TVA (2.563.438 lei) a actului adițional nr.3/25/01/2012 reprezentând 640.859,50 lei, stabilită ca fiind obligația Consiliului Județean Bistrița-Năsăud.

În motivare se arată că în data de 25/01/2012 s-a încheiat actul adițional nr.3 la Acordul contractual nr. 817/18/02/2010 "Construcția a 5 stații de transfer și a 5 centre de colectare în județul Bistrița-Năsăud". Obiectul actului adițional a fost lucrări suplimentare care datorită unor circumstanțe imprevizibile au devenit necesare pentru îndeplinirea acordului contractual și care nu au putut fi, din punct de vedere tehnic și economic, separate de contractul inițial fără apariția unor inconveniente majore pentru autoritatea contractantă sau deși separabile de contractul inițial, au fost strict necesare în vederea îndeplinirii contractului. Potrivit Raportului Procedurii nr.405/23/01/2012 actul adițional a fost atribuit în urma aplicării procedurii de negociere fără

publicarea prealabilă a unui anunț de participare în temeiul prev. art. 122, lit.i) din OUG nr.34/2006.

În perioada 01/03/2012-07/04/2012 Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AMPOS Mediu a procedat la efectuarea unei verificări documentare, în temeiul OUG nr.66/2011 și a întocmit în proiect, o notă de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare privind încheierea actului adițional nr.3/25/01/2012 la Acordul contractual nr. 817/18/02/2010 "Construcția a 5 stații de transfer și a 5 centre de colectare în județul Bistrița-Năsăud". S-a stabilit o corecție financiară în valoare de 640.859,50 lei prin aplicarea coeficientului de corecție de 25% din valoarea fără TVA (2.563.438 lei) a actului adițional nr.3/25/01/2012, procent prevăzut la pct.2.2 din anexa la OUG nr.66/2011 pentru că s-au încălcat prev. art. 122, lit.i) din OUG nr.34/2006 întrucât citez, din pag. 10: "analizând documentele menționate mai jos, comisia de control consideră că argumentele invocate de autoritate, respectiv nivelul de apă ridicat al apelor subterane, zonele cu strat de argilă prăfoasă neagră cu proprietăți necorespunzătoare pentru stratul de fundație aferent platformei stației de transfer, precum și refuzul eliberării autorizației de construire de către SNCFR, pot fi considerate evenimente care nu pot fi evitate sau împiedicate, deci nu puteau fi prevăzute și anticipate la data inițierii procedurii. Motivul identificării unor situații diferite față de cele existente la data întocmirii Proiectului tehnic ca urmare a curățării amplasamentului de deșeuri, nu poate fi reținut ca situație imprevizibilă care justifică aplicarea art. 122, lit.i) din OUG nr.34/2006. Aceste date trebuiau cunoscute de la data întocmirii proiectului tehnic, fiind greu de crezut că nu puteau fi observate la momentul întocmirii și că au apărut în mod neprevăzut după data întocmirii.

Prin adresa nr. 135692/AM/15/05/2012 înregistrată la Consiliul Județean Bistrița-Năsăud sub nr.2804/16/05/2012 s-a solicitat un punct de vedere la nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare privind actul adițional nr. 3/25/01/2012. Prin punctul de vedere formulat și înregistrat sub nr. 2804/22/05/2012 comunicat cu Ministerul Mediului și Pădurilor prin Borderoul nr. 61/2012 s-a arătat că s-au încălcat prevederile art. 13, alin. (1) din HGR nr. 875/2011 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, cu modificările și completările ulterioare, care dispun că [...] stabilirea valorii corecțiilor financiare prin aplicarea coeficienților de corecție prevăzuți în anexa la ordonanță se face cu încadrarea corectă a prevederilor actelor normative încălcate în categoria de abateri descrisă de aceasta.

Ori de vreme ce și la stația de transfer Beclean situația apărută este similară celorlalte situații apărute la celelalte stații de transfer și care au fost acceptate ca fiind imprevizibile atunci și aceasta este imprevizibilă iar urgența imperativă a existat și aici iar încheierea actului adițional nr.3/25/01/2012 a fost justificată și privitor la această situație, atunci nu există abatere astfel că în mod nelegal situația de la stația de transfer Beclean s-a considerat abatere și a fost încadrată la categoria de abateri înscrisă la pct.2.2 din anexa la ordonanță.

În perioada 07/03/2012-15/05/2012 s-a desfășurat din nou verificarea și s-a întocmit Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135809 din 29/05/2012 definitivă având aceleași considerente de drept și de fapt (pag. 11-12) și a fost comunicată cu Consiliul Județean Bistrița-Năsăud fiind înregistrată sub nr.3143/31/05/2012.

Împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135809/29/05/2012 s-a formulat contestație prin care s-a solicitat anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135809/29/05/2012 și a corecției financiare de 640.859,50 lei, ca nelegale și neîntemeiate. Contestația a fost respinsă ca nefondată prin Decizia nr. 136332/17/07/2012 înregistrată la Consiliul Județean Bistrița-Năsăud sub nr. 4380/23/07/2012.

Decizia nr. 136332/17/07/2012 este nelegală și neîntemeiată deoarece în decizie s-a reținut la pg.6, că "motivul identificării unor situații diferite față de cele existente la data întocmirii Proiectului tehnic ca urmare curățării amplasamentului de deșeuri, nu poate fi reținut ca situație imprevizibilă care să justifice aplicarea art. 122, lit.i) din OUG nr.34/2006 [...] autoritatea contractantă fiind obligată să se asigure că studiile aferente proiectului tehnic sunt corecte și că între data predării proiectului tehnic și data organizării procedurii de achiziție nu au intervenit situații care să conducă la modificarea datelor din aceste studii" astfel că situația sus enumerată nu poate fi reținută ca imprevizibilă și s-a concluzionat că autoritatea contractantă nu argumentează în mod temeinic caracterul imprevizibil al lucrărilor, astfel că nu s-a respectat prev. art. 122, lit.i) din OUG nr.34/2006.

Din Nota Justificativă privind aplicarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare nr. 10/115/09/01/2012 rezultă că, cu ocazia executării lucrărilor la cele 5 stații de transfer s-au constatat, următoarele situații imprevizibile: la amplasamentul stației de transfer situat în locația V. Boilor: "s-au identificat zone cu un strat de argilă prăfoasă neagră cu proprietăți necorespunzătoare pentru stratul de fundație aferent platformei stației de transfer, [. . .] astfel că a fost nevoie de o revizie a Proiectului Tehnic". [. . .] La amplasamentul stației de transfer situat în locația Galații Bistriței; " s-a identificat un nivel crescut al apelor subterane"; La amplasamentul stației de transfer situat în locația Beclean;" Pe amplasament odată cu predarea acestuia s-a constatat că o parte din suprafața de teren destinată Stației de Transfer este ocupată cu deșeuri din demolări și construcții. După curățarea amplasamentului de deșeuri s-a întocmit expertiza tehnică pe tot amplasamentul și s-au identificat grosimi variabile de deșeuri menajere, aflate în descompunere, pe porțiuni din amplasamentul Lucrărilor [...] Proiectul Tehnic a necesitat revizuirea conform noilor condiții de amplasament.

La amplasamentul stației de transfer situat în locația Năsăud: "a fost identificat un nou amplasament pentru drumul de acces la stație iar platforma betonată aferentă stației de transfer a fost reproiectată ceea ce a dus la modificarea documentației tehnice pentru că SNCFR a refuzat eliberarea autorizației de construire a drumului de acces proiectat inițial";

La amplasamentul stației de transfer Sângeorz - Băi: "la predarea amplasamentului s-a constatat că o parte din suprafața de teren destinată stației este ocupată cu deșeuri". Așadar și situația de la stația de transfer Beclean este o situație imprevizibilă și în mod neîntemeiat nu a fost reținută ca fiind o situație imprevizibilă deși este similară cu situațiile de la stațiile de transfer V. Boilor, Galații Bistriței, Năsăud și Sîngeorz - Băi care au fost reținute ca situații imprevizibile.

Se susține în decizie că motivul identificării unor situații diferite față de cele existente la data întocmirii Proiectului tehnic ca urmare curățării amplasamentului de deșeuri, nu poate fi reținut ca situație imprevizibilă care să justifice aplicarea art. 122, lit.i) din OUG nr.34/2006 ori tocmai curățarea amplasamentului de deșeuri a fost necesară așa cum rezultă din nota justificativă, "aceste deșeuri este necesar a fi îndepărtate de pe tot amplasamentul în conformitate cu dispoziția de șantier dată de proiectant." Curățarea amplasamentului a fost necesară pentru că aceste deșeuri reprezintă material necorespunzător pentru fundare.

În decizie se susține (pag.6) că: "autoritatea contractantă era obligată să se asigure că studiile aferente proiectului tehnic sunt corecte și că între data predării proiectului tehnic și data organizării procedurii de achiziție nu au intervenit situații care să conducă la modificarea datelor din aceste studii și că aceste circumstanțe puteau fi prevăzute de către autoritatea contractantă prin: vizitarea amplasamentului lucrărilor și cunoașterea tuturor pretinselor circumstanțe imprevizibile; proiectantul desemnat pentru conceperea unei soluții tehnice viabile în vederea executării contractului de lucrări , circumstanțele erau anterioare încheierii contractului inițial de lucrări."

Se arată că dimpotrivă numai prin vizitarea amplasamentului la data întocmirii proiectului tehnic nu se poate constata dacă stratul de fundare este alcătuit din material corespunzător sau nu. Asta în primul rând. În al doilea rând amplasamentul nu este predat la data întocmirii proiectului tehnic ori situația imprevizibilă de la stația de transfer Beclean a fost constatată odată cu predarea amplasamentului. Natura terenurilor de fundare la faza studiu de fezabilitate a fost stabilită în baza sondajelor geotehnice conform distanțelor prevăzute în normative iar în faza de execuție a lucrărilor neomogenitatea straturi lor se constată în secțiune la distanțe relativ mici prin expertize tehnice.

În ce privește susținerea că proiectantul desemnat nu a oferit o soluție viabilă în vederea executării contractului de lucrări se face precizarea că Sistemul Integrat de Management al Deșeurilor Solide Bistrița-Năsăud a fost aprobat în baza Memorandumului de Finanțare dintre Guvernul României și Comisia Europeană semnat pentru asistență tehnică prin programul ISPA și care a reprezentat baza pentru contractul de Asistență Tehnică. Conform memorandumului Ministerul Mediului și Pădurilor are calitatea de autoritate de implementare. Ca urmare nu Consiliul Județean Bistrița-Năsăud a asigurat asistența tehnică pentru SMIDS Bistrița-Năsăud.

Situațiile imprevizibile întâlnite pe parcursul executării lucrărilor la cele 5 stații de transfer sunt dovedite cu expertize tehnice, studii geotehnice, dispoziții de șantier planșe și detalii de execuție revizuite ca urmare a condițiilor imprevizibile identificate, memoriu tehnico-justificativ și evaluarea lucrărilor pe care le depunem în probatoriu. Constatarea neregulilor și stabilirea corecțiilor financiare nr. 135809 din 29/05/2012 emisă de Direcția Generală AM POS Mediu din cadrul Ministerului Mediului și Pădurilor și anularea corecției financiare de 25% din valoarea fără TVA (2.563.438 lei) a actului adițional nr.3/25/01/2012 reprezentând 640.859,50 lei, stabilită ca fiind obligația Consiliului Județean Bistrița-Năsăud.

Totodată solicită chemarea în judecată a Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice având în vedere următoarele: potrivit prev. art. 1, alin.(1) coroborate cu prev. art.2, alin.(1), lit. i) din HGR nr.525/2007 privind organizarea și funcționarea Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, denumită în continuare A.NR.MA.P., se organizează și funcționează ca instituție publică, cu personalitate juridică, [...] în vederea realizării rolului său fundamental privind formularea la nivel de concepție, promovarea și implementarea politicii în domeniul achizițiilor publice, precum și pentru asigurarea unei bune funcționări a instituției, A.NR.MA.P. acordă consiliere metodologică autorităților contractante privind bunele practici în aplicarea procedurilor de achiziție publică.

Totodată potrivit prev. art. 99, alin.(1) din HGR nr.925/2006 Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, pe baza informațiilor cuprinse în anunțurile de participare și de atribuire monitorizează atribuirea contractelor de achiziție publică. AUTORITATEA NAȚIONALĂ PENTRU REGLEMENTAREA ȘI MONITORIZAREA ACHIZIȚIILOR PUBLICE a formulat *întâmpinare* prin care a invocat excepția lipsei calității procesuale pasive arătând că nu există un raport juridic de drept creat între reclamant și pârâtă instituția nefiind emitenta deciziei contestate și a nici unui act a cărui anulare se solicită iar emiterea unui punct de vedere referitor la o speță a realizat-o în conformitate cu art.2 lit.i din HG nr.525/2007 ceea ce nu implică nici o responsabilitate în ceea ce o privește aceasta revenind doar autorității pârâte.

Pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor, prin *întâmpinare*, a solicitat respingerea acțiunii arătând că în mod corect s-a reținut că pentru a se putea aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare trebuie îndeplinite cerințele prevăzute la art. 122 lit.i din OUG nr.34/2006, forma în vigoare la data semnării actului adițional nr.3/25.01.2012 la contractul de lucrări nr.317/18.02.2010.

Cerința principală pentru aplicarea procedurii se referă la imprevizibilitatea situațiilor care determină achiziționarea unor lucrări sau servicii suplimentare care nu au fost incluse în contractul inițial iar susținerea reclamantei că situația apărută la stația de transfer Beclean este imprevizibilă nu poate fi acceptată având în vedere studiile care au stat la baza întocmirii proiectului tehnic, faptul că circumstanțele erau anterioare condițiile fizice invocate nu vor fi considerate imprevizibile iar răspunsul formulat de ANRMAP este doar de prezentare a unui punct de vedere.

Examinarea cu prioritate a excepției invocate prin întâmpinare de AUTORITATEA NAȚIONALĂ PENTRU REGLEMENTAREA ȘI MONITORIZAREA ACHIZIȚIILOR PUBLICE în conformitate cu disp. art. 137 C.pr.cv. evidențiază următoarele: Interconexiunea dintre calitate și interes și existența lor relativ autonomă rezultă din împrejurarea că uneori cel care acționează în justiție o face în considerarea unui drept subiectiv propriu și se îndreaptă împotriva aceluia care are obligația corelativă respectivului drept, alteleori însă legea indică în mod expres persoanele care, în anumite situații, pot acționa în justiție.

Legitimarea procesuală activă implică îndreptățirea persoanei, fizică sau juridică, de a participa în calitate de reclamant în proces, calitatea procesuală analizându-se în cerința existenței unei identități între persoana reclamantului și persoana celui care este titularul dreptului subiectiv dedus în justiție, iar legitimarea procesuală pasivă implică îndreptățirea persoanei de a participa în calitate de pârât în proces, calitate ce se justifică prin analizarea existenței unei identități între persoana obligată în raportul de drept dedus judecății și pârât.

Litigiul dedus judecății prin raportare la obiectul acestuia, actul administrativ atacat, în lumina prevederilor art 8 și art 18 din Legea nr 554/2004 nu evidențiază existența unui raport de drept procesual întemeiat pe un raport de drept material între reclamant și pârâta AUTORITATEA NAȚIONALĂ PENTRU REGLEMENTAREA ȘI MONITORIZAREA ACHIZIȚIILOR PUBLICE. Corect a evidențiat pârâta AUTORITATEA NAȚIONALĂ PENTRU REGLEMENTAREA ȘI MONITORIZAREA ACHIZIȚIILOR PUBLICE, că nu există formulată nici o cerere în ceea ce o privește și nu este emitentul actului atacat sau o autoritate implicată în procedura de soluționare a contestației.

Excepția invocată în raport de cele evidențiate apare ca fondată întrucât cadrul procesual determinat de reclamantă nu relevă și legitimarea procesuală pasivă în ceea ce o privește pe pârâta AUTORITATEA NAȚIONALĂ PENTRU REGLEMENTAREA ȘI MONITORIZAREA ACHIZIȚIILOR PUBLICE, astfel că în baza art 137 C pr civ Curtea va admite excepția lipsei calității procesuale pasive a pârâtei AUTORITATEA NAȚIONALĂ PENTRU REGLEMENTAREA ȘI MONITORIZAREA ACHIZIȚIILOR PUBLICE.

Referitor la fondul cauzei Curtea reține că prin decizia nr. 136332/17.07.2012 privind soluționarea contestației formulate de către Consiliul Județean Bistrița-Năsăud împotriva documentului intitulat Notă de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrat sub nr. 135809/29 mai 2012 emis de Ministerul Mediului și Pădurilor prin Direcția Generală Autoritatea de management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu privind actul adițional nr.3/25.01.2012 la contractul de lucrări nr.817/18.02.2010 „Construirea a 5 stații de transfer și a 5 centre de colectare în județul Bistrița-Năsăud” din cadrul proiectului Sistem de management integrat al deșeurilor solide în județul Bistrița-Năsăud s-a respins contestația formulată de Consiliul Județean Bistrița-Năsăud ca nefondată și a fost menținut titlul de creanță atacat.

Autoritatea a reținut că în raport de disp. art.47 alin.3 din OUG nr.66/2011 obiectul contestației îl constituie numai sumele și măsurile stabilite înscrise în procesul verbal de stabilire a creanței bugetare care reprezintă titlul executoriu. Actul de control a reținut că în data de 25/01/2012 autoritatea contractantă, reclamantul CONSILIUL JUDEȚEAN BISTRITĂ NĂSĂUD a încheiat actul adițional nr.3 la Acordul contractual nr. 817/18/02/2010 "Construcția a 5 stații de transfer și a 5 centre de colectare în județul Bistrița-Năsăud".

Obiectul actului adițional sunt lucrări suplimentare, despre care se afirmă că datorită unor circumstanțe imprevizibile au devenit necesare pentru îndeplinirea acordului contractual și care nu au putut fi, din punct de vedere tehnic și economic, separate de contractul inițial fără apariția unor inconveniente majore pentru autoritatea contractantă sau deși separabile de contractul inițial, au fost strict necesare în vederea îndeplinirii contractului.

Raportului Procedurii nr.405/23/01/2012 relevă că actul adițional a fost atribuit în urma aplicării *procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în temeiul prev. art. 122, lit.i) din OUG nr.34/2006*. Ministerul Mediului și Pădurilor-direcția Generală AMPOS Mediu a procedat la efectuarea unei verificări documentare, în temeiul OUG nr.66/2011 și a întocmit în proiect, o notă de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare privind încheierea actul adițional nr.3/25/01/2012 la Acordul contractual nr. 817/18/02/2010 "Construcția a 5 stații de transfer și a 5 centre de colectare în județul Bistrița-Năsăud".

Autoritatea de control a stabilit o corecție financiară în valoare de 640.859,50 lei prin aplicarea coeficientului de corecție de 25% din valoarea fără TVA (2.563.438 lei) a actului adițional nr.3/25/01/2012, procent prevăzut la pct.2.2 din anexa la OUG nr.66/2011 reținând că s-au încălcat prev. art.122, lit.i) din OUG nr.34/2006.

Actul a fost atacat prin contestație iar în soluționarea acesteia comisia de soluționare a înlăturat susținerile contestatoarei referitoare la incidența dispozițiilor art. 122 lit.i din OG nr.34/2006 întrucât a apreciat că nu a fost argumentat în mod temeinic caracterul imprevizibil al lucrărilor întrucât acestea circumstanțe afirmativ imprevizibile puteau fi constatate de către autoritate prin vizitarea amplasamentului lucrărilor și cunoașterea tuturor pretinselor circumstanțe imprevizibile, prin proiectantul desemnat pentru conceperea unei soluții tehnice viabile în vederea executării contractului de lucrări precum și la împrejurarea că circumstanțele erau anterioare încheierii contractului inițial de lucrări.

Simpla apariție a unor date suplimentare pe parcursul executării contractului nu poate fi asimilată circumstanțelor imprevizibile care justifică aplicarea art. 122 lit.i din OUG nr.34/2006. Argumentul invocat de contestator cu privire la nerespectarea prev. art. 13 alin.1 din HG nr.875/2011 a fost înlăturat de Comisia de soluționare a contestației care a arătat că activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare s-a organizat de către comisia de control cu respectarea OUG nr.66/2011.

Analiza probatoriului administrat relevă că în mod corect s-a reținut că argumentele invocate de autoritatea contractantă, respectiv nivelul de apă ridicat al apelor subterane, zonele cu strat de argilă prăfoasă neagră cu proprietăți necorespunzătoare pentru stratul de fundație aferent platformei stației de transfer, precum și refuzul eliberării autorizației de construire de către SNCFR, pot fi considerate evenimente care nu pot fi evitate sau împiedicate, deci nu puteau fi prevăzute și anticipate la data inițierii procedurii.

Contrar susținerilor reclamantei cele statuate de autoritatea de control și cele evidențiate de organul investit cu soluționarea contestației sunt corecte întrucât nici unul din motivele invocate nu sunt temeinic fundamentate, și nu reflectă fapte ce ar putea determina aplicarea prevederilor art 122 lit.i din OUG nr.34/2006.

Motivul identificării unor situații diferite față de cele existente la data întocmirii Proiectului tehnic ca urmare a curățării amplasamentului de deșeuri, nu poate fi reținut ca situație imprevizibilă care justifică aplicarea art. 122, lit.i) din OUG nr.34/2006 deoarece autoritatea contractantă trebuia să le cunoască încă de la data întocmirii proiectului tehnic fiind evident că nu au apărut în mod neprevăzut după data întocmirii.

Reclamanta a mai invocat prin Nota Justificativă privind aplicarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare nr.10/115/09/01/2012 că la amplasamentul stației de transfer situat în locația V.Boilor, s-au identificat zone cu un strat de argilă prăfoasă neagră cu proprietăți necorespunzătoare pentru stratul de fundație aferent platformei stației de transfer, astfel că a fost nevoie de o revizie a Proiectului Tehnic.

Examinarea oricărui studiu tehnic evidențiază că în practica curentă, depozitelor de deșuri le sunt alocate zone cu declivități naturale accentuate, cu alunecări active sau stabilizate zone în care se acumulează apa pe perioade de precipitații abundente sau zone mlăștinoase. Toate acestea reprezintă condiții dificile de fundare pentru orice structură iar construirea în siguranță presupune cunoașterea cât mai precisă a caracteristicilor fizice și mecanice ale terenului de fundare, iar autoritatea contractantă sau cel puțin specialiștii însărcinați cu întocmirea studiului de fezabilitate putea sau trebuiau să cunoască datele de la momentul întocmirii documentației deci nu poate susține că aceste împrejurări au apărut ulterior.

Afirmația potrivit căreia amplasamentul stației de transfer situat în locația Galații Bistriței "s-a identificat un nivel crescut al apelor subterane", de asemenea nu poate justifica aplicarea prevederilor art 122 lit.i din OUG nr.34/2006, contrar celor afirmate de autoritatea contractantă , nivelul apelor subterane nu se schimbă în intervale atât de scurte iar autoritățile din cadrul APELOR ROMÂNE realizează frecvent măsurători, la intervale de 3,6,9 zile astfel că o simplă verificare a acestor măsurători realizate de autoritățile îndreptățite evidențiază că nu poate fi reținut caracterul de surpriză al eventualelor modificări astfel cum invocă reclamanta.

Apariția unui strat considerabil de deșuri nu poate viza un interval scurt astfel că susținerile că la amplasamentul stației de transfer situat în locația Beclean pe amplasament s-a constatat că o parte din suprafața de teren destinată Stației de Transfer este ocupată cu deșuri din demolări și construcții, ceea ce presupune că această stare de fapt exista și la data întocmirii documentației astfel că putea fi avută în vedere de autoritatea contractantă , costurile urmând a fi relaționată și cu privire la acesta .

Împrejurarea că după curățarea amplasamentului de deșuri s-a întocmit expertiza tehnică pe tot amplasamentul și s-au identificat grosimi variabile de deșuri menajere, aflate în descompunere, pe porțiuni din amplasamentul lucrărilor Proiectul Tehnic a necesitat revizuirea conform noilor condiții de amplasament reprezintă doar invocarea culpei autorității de întocmire a documentației fără o temeinică cercetare a amplasamentelor. Contrar susținerilor reclamantei situația relevată anterior nu este una de natură să presupună aplicarea prevederilor art 122 lit.i din OUG nr.34/2006, întrucât situația invocată nu a apărut ulterior aceasta existând la momentul întocmirii documentației nefiind luată în calcul din culpa autorității contractante.

Alte motive de nelegalitate nu au fost fost relevate iar întrucât starea de fapt evidențiată a confirmat că interpretarea autorității de control și a autorității investite cu soluționarea contestației este corectă pentru considerentele evidențiate anterior, Curtea în baza art. 18 din Legea nr. 554/2004 va respinge acțiunea formulată de reclamantul CONSILIUL JUDEȚEAN BISTRIȚA NĂȘĂUD, în contradictoriu cu pârâții MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR - DIRECȚIA GENERALĂ AM POS MEDIU și AUTORITATEA NAȚIONALĂ PENTRU REGLEMENTAREA ȘI MONITORIZAREA ACHIZIȚIILOR PUBLICE, având ca obiect anulare acte emise de autoritățile de reglementare Decizia nr. 136332/17.07.2012 emisă de Comisia de soluționare a contestațiilor din cadrul Ministerului Mediului și Pădurilor

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Admite excepția lipsei calității procesuale pasive a pârâtei AUTORITATEA NAȚIONALĂ PENTRU REGLEMENTAREA ȘI MONITORIZAREA ACHIZIȚIILOR PUBLICE, invocată de pârâtă.

Respinge acțiunea formulată de reclamantul CONSILIUL JUDEȚEAN BISTRIȚA NĂȘĂUD, în contradictoriu cu pârâtii MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR - DIRECȚIA GENERALĂ AM POS MEDIU ȘI AUTORITATEA NAȚIONALĂ PENTRU REGLEMENTAREA ȘI MONITORIZAREA ACHIZIȚIILOR PUBLICE, având ca obiect anulare acte emise de autoritățile de reglementare Decizia nr. 136332/17.07.2012 emisă de Comisia de soluționare a contestațiilor din cadrul Ministerului Mediului și Pădurilor.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din 12.11.2012.

Dosar nr. 996/33/2012

CURTEA DE APEL CLUJ
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONȚENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ Nr. 552/2012
Ședința publică de la 11 Septembrie 2012

Pe rol judecarea acțiunii în contencios administrativ formulată de reclamantul CONSILIUL JUDEȚEAN BISTRIȚA-NĂSĂUD în contradictoriu cu pârâții MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR - COMISIA DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR - DIRECȚIA GENERALĂ AM POS MEDIU, având ca obiect anulare acte emise de autoritățile de reglementare decizia nr. 141047/22.02.2012 emisă de către Comisia de Soluționare a Contestațiilor din cadrul Ministerului Mediului și Pădurilor.

La apelul nominal, făcut în cauză se constată lipsa părților litigante de la dezbateri. Procedura de citare este legal îndeplinită. S-a făcut referatul cauzei, ocazie cu care se învederează instanței că pricina se află la primul termen de judecată pentru care procedura de citare este legal îndeplinită, părțile litigante au solicitat judecarea pricinii în lipsă. Se mai menționează că la data de 31.08.2012 se înregistrează din partea pârâtului Ministerul Mediului și Pădurilor - întâmpinare. Curtea, din oficiu, în temeiul art. 1591 alin.4 din C.pr. civilă, raportat la dispozițiile art.3 pct. 1 din C.pr. civilă constată că este competentă general, material și teritorial să judece pricina. Totodată, reține cauza în pronunțare în baza actelor existente la dosar.

CURTEA

Reclamantul Consiliul Județean Bistrița-Năsăud a formulat acțiune în contencios administrativ împotriva Deciziei nr. 141047/22/02/2012 pronunțată de Comisia de soluționare a contestațiilor constituită în cadrul Ministerului Mediului și Pădurilor și a Notei de Constatate a neregulilor și stabilirea corecțiilor financiare nr. 155945 din 03/11/2011 a Direcției Generale AM POS Mediu din cadrul Ministerului Mediului și Pădurilor solicitând admiterea acțiunii, anularea Deciziei nr. 141047/22/02/2011 și pe cale de consecință obligarea MMP să analizeze contestația nr. 31/369/19/01/2012 și pe fond ca fiind formulată în termen.

În motivarea acțiunii a arătat că prin Decizia nr. 141047 din 21/02/2012 înregistrată la Consiliul județean Bistrița-Năsăud sub nr. 1228/01/03/2012 s-a respins contestația nr. 31/369/19/01/2012 a Consiliului Județean Bistrița Năsăud ca tardiv formulată. Comisia de soluționare a contestațiilor susține că Nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 155945 din 03/11/2011 a fost primită de Consiliul Județean Bistrița-Năsăud prin fax la data de 08/11/2011 și prin poștă recomandată cu confirmare de primire la data de 10/11/2011 astfel că raportat la această dată contestația apare ca tardiv formulată.

Este real ca Nota de constatare a neregulilor și stabilirea corecțiilor financiare nr.155945 din 03.11.2011 a fost înregistrată la Consiliul Județean Bistrița Năsăud sub nr.6696 din 08.11.2011. Numai că în preambulul Notei de constatare a neregulilor și stabilirea corecțiilor financiare nr. 155945 din 03/11/2011 la pag.2 lit.a) se precizează că echipa de control nu a procedat la efectuarea unei verificări documentare ce a avut scop analiza celor expuse în suspiciunea de neregulă nr. 134250/14/10/2011 transmisă de către Direcția Fonduri Structurale-Serviciul Monitorizare Raportare privind încheierea contractului de servicii nr. 7SC/21/04/2010 «Cheltuieli pentru organizarea evenimente și furnizare materii publicitare» din cadrul proiectului «Management integrat al rețelei de situri marine NATURA 2000 (SCI) de la litoralul românesc» [...].

Având în vedere faptul că Consiliul Județean Bistrița-Năsăud nu a încheiat contractul de servicii nr. 7SC/21/ 04/2010, prin adresa nr. UIP/MM/DF/1185/6696/08/11/2011 am solicitat MMP lămuriri cu privire la aspectul mai sus precizat. Prin Adresa nr. 148606/13/12/2011 înregistrată la Consiliul Județean Bistrița - Năsăud sub nr. 7625/21/12/2011 MMP a revenit la Nota de constatare nr. 1554945/03/11/2011 și a corectat aspectul sesizat de noi în sensul că Nota de constatare nr. 155945/03/11/2011 se referă la contractul de servicii nr.5319/17/09/2009 „Asistență tehnică pentru acordarea de sprijin în gestionarea și implementarea sistemului de management integrat al deșeurilor lor în județul Bistrița-Năsăud” din cadrul proiectului „Sistem de management integrat al deșeurilor solide în județul Bistrița-Năsăud”. Așa cum a menționat mai sus această adresă a fost primită la Consiliul Județean Bistrița-Năsăud în data de 21/12/2011 și înregistrată sub nr. 7625.

Astfel că data comunicării notei de constatare de la care curge termenul de decădere de 30 zile prevăzut la art. 47, alin.(1) din OUG nr.66/2011 cu modificările și completările ulterioare nu este 08/11/2011 ci 21/12/2012 și așa fiind contestația nr.31/369/19/01/2012 a fost comunicată cu MMP în 20/01/2012 cu Borderoul nr. 7 din aceeași dată, în termenul de 30 de zile. Astfel data expirării termenului de 30 de zile - calculat potrivit prev. art. 101, alin. (1) Cod pr.civ. pe zile libere neintrând în socoteală nici ziua când a început nici ziua când s-a sfârșit termenul - în speță nici 21/12/2012 și nici 20/01/2012 - este 21/01/2012 (sâmbăta). Dar potrivit prev. art. 101, alin.(5) din Cod pr.civ. termenul care se sfârșește într-o zi de sărbătoare legală [...] se va prelungi până la sfârșitul primei zile de lucru următoare, în speță luni 23/01/2012.

Contestația nr.31/369/19/01/2012 fiind înaintată MMP cu Borderoul nr.7 din 20/01/2012 rezultă că a fost formulată și comunicată în termen astfel că în mod nelegal și neîntemeiat a fost respinsă ca tardiv formulată. Se susține de asemenea că devreme ce s-a formulat punct de vedere la proiectul notei de constatare care a fost greșit atunci la fel de bine ar fi putut fi formulată contestația și la nota de constatare definitivă.

Arată că a formulat punctul de vedere la proiectul notei de constatare pentru că, în primul rând, prin Adresa nr. 155799/AM/24/10/2011 înregistrată la Consiliul Județean Bistrița-Năsăud sub nr. 6343 din 25/10/2011 și numită "SOLICITARE PUNCT DE VEDERE" s-a solicitat punctul de vedere cu privire la încheierea contractului de servicii nr.5319/17 /09/2009 "Asistență tehnică pentru acordarea de sprijin în gestionarea și implementarea sistemului de management integrat al deșeurilor în județul Bistrița-Năsăud "din cadrul proiectului „Sistem de management integrat al deșeurilor lor solide în județul Bistrița-Năsăud " și nu la contractul de servicii nr. 7SC/21/04/2010 «Cheltuieli pentru organizarea evenimente și furnizare materii publicitare» din cadrul proiectului «Management integrat al rețelei de situri marine NATURA 2000 (SCI) de la litoralul românesc».

În al doilea rând proiectul de notă nu a fost definitiv prin urmare rectificat oricând înainte de a deveni definitiv ceea ce nu s-a întâmplat, solicitarea formulată prin adresa nr. UIP/MM/DF/1185/6696/08/11/2011 și numai după ce nota a fost aprobată și a devenit definitivă. În concluzie solicită admiterea acțiunii, anularea Deciziei nr. 141047/22/02/2012 și pe cale de consecință obligarea MMP să analizeze contestația nr. 31/369/19/01/2012 și pe fond ca fiind formulată în termen. Pârâțul MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR BUCUREȘTI prin întâmpinare (f.75-80) a solicitat respingerea cererii ca neîntemeiată. Analizând acțiunea în contencios administrativ formulată prin prisma actelor dosarului, precum și a probelor administrate, instanța reține următoarele:

Reclamantul Consiliul Județean Bistrița-Năsăud în calitate de autoritate contractantă și beneficiar al proiectului „Sistem de management integrat al deșeurilor solide în județul Bistrița-Năsăud” a atribuit contractul de servicii nr.5319 din 17.09.2009 „Asistență tehnică pentru sprijin managerial în implementarea sistemului de management integrat al deșeurilor în județul Bistrița-Năsăud” din cadrul proiectului menționat anterior, solicitând în FIȘA de date a achiziției la pct. V.4 - Capacitatea

tehnică și/sau profesională următoarele informații „Ofertantul (operator economic sau membrii asocierii de operatori economici împreună) a finalizat cu succes în ultimii 3 ani împliniți la data termenului limită pentru depunerea ofertei, minim trei proiecte în domeniile managementul deșeurilor și/sau asistență tehnică și minimum un proiect de conștientizare publică”.

Ulterior, în baza atribuțiilor sale, echipa de control din cadrul Direcției Generale AM POS MEDIU, a efectuat verificarea legalității atribuirii contractului de servicii nr.5319 din 17.09.2009 ca urmare a Suspiciunii de neregulă nr. 134.250/14.10.2011 din care rezultă că atribuirea contractului s-a făcut cu încălcarea prevederilor legale ce reglementează domeniul achizițiilor publice. În aceste condiții prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 155.945/02.11.2011 s-a concluzionat că beneficiarul în speță Consiliul Județean Bistrița-Năsăud a solicitat îndeplinirea unor cerințe minime de calificare menite să restrângă accesul la procedura de atribuire, toate acestea având ca efect încălcarea prevederilor art.2 alin.1 lit.a și b din OUG nr.34/2006 referitoare la promovarea concurenței între operatorii economici și garantarea tratamentului egal între aceștia.

Așa fiind, prin scrisoarea nr. 155.799/AM/24.10.2011, proiectul Notei de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare a fost transmis autorității contractante, în speță reclamantului Consiliul Județean Bistrița Năsăud, conform prevederilor OUG 66/2011 și H.G. nr.875/2011, pentru exprimarea punctului său de vedere și exercitarea dreptului la apărare pe parcursul efectuării verificării, în data de 25.10.2011. Punctul de vedere trebuia prezentat în termen de 5 zile lucrătoare de la comunicarea proiectului însă reclamantul a înregistrat punctul său de vedere la Autoritatea de management sub nr. 155799/03.11.2011 după expirarea termenului legal.

Nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 155.945/03.11.2011, aprobată de Directorul general al D.G. AM POS MEDIU a fost comunicată autorității contractante prin fax la data de 08.11.2011 și prin poștă cu scrisoare recomandată cu confirmare de primire în data de 18.11.2011. La data de 14.11.2011 Consiliul Județean Bistrița-Năsăud, prin scrisoarea înregistrată sub nr. 155.967 din 14.11.2011 a solicitat precizări în legătură cu o eroare existentă la pct. 1 lit.a din Nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 155.945/03.11.2011. La data de 20.12.2011 Ministerul Mediului și Pădurilor - D.G. AM POS MEDIU a transmis prin fax reclamantului 148606 din 18.12.2011 prin care a îndreptat o eroare materială strecurată în cuprinsul Notei de constatare a neregulilor, eroare identificată la pagina 2 din Notă în sensul menționării unui număr greșit de contract. Reclamantul Consiliul Județean Bistrița Năsăud a depus contestația la Ministerul mediului și Pădurilor cu nr. 155.945/23.01.2012 împotriva Notei de constatare.

Urmare a verificărilor efectuate Comisia de soluționare a contestației a emis Decizia nr. 141.047 din 21.02.2012 (actul administrativ atacat ce face obiectul prezentului litigiu) prin care a respins ca tardiv formulată contestația introdusă de Consiliul Județean Bistrița Năsăud. Acțiunea formulată de reclamantă vizează anularea acestui act administrativ, considerându-se ca nelegală aplicarea sancțiunii tardivității formulării contestației și prin urmare obligarea autorității publice în speță Ministerului Mediului și Pădurilor la analiza pe fond a acesteia. În susținerea celor afirmate reclamantul arată că data comunicării Notei de constatare de la care curge termenul de decădere de 30 de zile prevăzut la art.47 alin.1 din OUG nr.66/2011 cu modificările și completările ulterioare nu este 08.11.2011 ci 21.12.2011 astfel încât contestația comunicată la data de 20.01.2012 nu este tardivă.

Potrivit textului art.47 din OUG nr.66/2011 contestația administrativă se formulează în scris, în termen de maximum 30 de zile calendaristice de la data comunicării titlului de creanță. Alin. 4 al textului sus menționat stabilește fără echivoc faptul că termenul prevăzut la alin.1 este un termen de decădere.

Aplicând textul legal sus menționat la data concretă a cauzei, Curtea reține că reclamantului i-a fost comunicată la data de 08.11.2011 Nota de constatare a neregulilor prin fax, iar la data de 18.11.2011 reclamantul a primit prin poștă cu scrisoare recomandată cu confirmare de primire aceeași notă de constatare. La data de 19.01.2012 Consiliul Județean Bistrița Năsăud formulează contestația împotriva Notei de constatare, contestație ce a fost înregistrată la Ministerul mediului și Pădurilor sub nr. 155945 din 23.01.2012.

Prin urmare, în mod corect s-a stabilit prin actul administrativ atacat că în speță reclamantul nu a respectat termenul de 30 de zile calendaristice pentru formularea contestației, așa încât în mod întemeiat s-a aplicat sancțiunea tardivității. Faptul că la data de 20.12.2011 Ministerul Mediului și Pădurilor a transmis reclamantei prin fax o adresă prin intermediul căreia a îndreptat o eroare materială strecurată în cuprinsul notei de constatare, nu schimbă cu nimic soluția pronunțată, aceasta neputând fi considerată ca o dată de reper de la care s-a realizat comunicarea. În esență, prin această adresă a fost îndreptată o simplă eroare materială, ce viza indicarea unui număr greșit de contract, însă din întregul conținut al actului administrativ a rezultat cu claritate măsurile dispuse. În concluzie eroarea corectată nu era de natură să împiedice în vreun fel formularea contestației atâta vreme cât Nota de constatare preciza clar în chiar preambulul ei faptul că privește contractul de servicii nr. 5319 din 17.09.2009, reia fără dubiu în cadrul capitolului distinct privitor la „Denumirea și datele de identificare ale contractului” (cap.5 din Notă) faptul că verificarea a privit contractul de servicii nr. 5319 din 17.09.2009, menționează că între documentele verificate se numără și contractul de servicii nr.5319 din 17.09.2009 și în final stabilește corecția aplicată din valoarea contractului de servicii nr.5319 din 17.09.2009. Mai mult decât atât, reclamantului contestator i-a fost solicitat punctul de vedere și acesta și l-a exprimat în cadrul verificărilor efectuate cu privire la modul de încheiere a contractului de servicii nr.5319 din 17.09.2009.

Așadar, eroarea îndreptată prin adresa nr. 148606 din 18.12.2011 nu poate influența în nici un fel momentul de la care a început să curgă termenul de decădere de 30 de zile calendaristice în interiorul căruia contestatorul avea obligația să atace Nota de constatare întrucât pe de o parte, reclamantul avea la îndemână toate elementele în raport de care putea formula contestația, iar pe de altă parte eroarea îndreptată nu era esențială. În concluzie, pentru considerentele mai sus expuse, Curtea apreciază că în speță cererea de chemare în judecată este neîntemeiată, deoarece în mod corect pârâta a dispus prin actul administrativ atacat respingerea ca tardivă a contestației neimpunându-se analiza pe fond a acesteia, făcând astfel o corectă aplicare a dispozițiilor art.47 din O.U.G. nr.66/2011.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII DECIDE :

Respinge acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul CONSILIUL JUDEȚEAN BISTRIȚA NĂSĂUD în contradictoriu cu pârâții COMISIA DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR din cadrul MINISTERULUI MEDIULUI ȘI PĂDURILOR și DIRECȚIA REGIONALĂ AM POS MEDIU, din cadrul MINISTERULUI MEDIULUI ȘI PĂDURILOR.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din 11.09.2012.

Dosar nr. 190/39/2013

CURTEA DE APEL SUCEAVA
SECȚIA a II-a CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA nr. 259
Ședința publică din data de 1 octombrie 2013

Pe rol se află judecarea cererii de chemare în judecată formulată de către **reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Botoșani**, cu sediul în Botoșani, județul Botoșani, în contradictoriu cu **pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS MEDIU**, cu sediul în București. Dezbaterile au avut loc în ședința publică din data de **18 septembrie 2013**, susținerile părților fiind consemnate în încheierea de ședință de la acea dată, redactată separat și când, având nevoie de un timp mai îndelungat pentru deliberare, instanța a amânat pronunțarea pentru, **24 septembrie 2013** și apoi pentru astăzi **1 octombrie 2013**.

CURTEA

Asupra cererii de față constată următoarele:

Prin cererea adresată Curții de Apel Suceava la data de 27.02.2013 reclamantul Unitatea Administrativ Teritorială Județul Botoșani a chemat în judecată pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu solicitând instanței ca prin hotărârea ce o va pronunța să dispună anularea Deciziei nr. 136715/27.08.2012 a Ministerului Mediului și Pădurilor - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial de Mediu (Anexa 2), prin care s-a respins contestația împotriva Notei de constatare și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 136046/22.06.2012 formulată de către Județul Botoșani - Consiliul Județean și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 136046/22.06.2012, obligarea pârâtei la restituirea către subscrisa a sumei de 761.112 lei, detaliată reprezentând: 613.800 lei - sumă reținută în baza Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA - 136046/22.06.2012; 147.312 lei cu titlu de TVA aferent corecțiilor financiare, conform Situației sumelor reținute la plată în contul NCNSCF 136046/22.06.2012. Totodată a mai solicitat obligarea pârâtei la plata dobânzii aferente sumelor plătite/reținute, la nivelul de referință a Băncii Naționale a României, sumă pe care o solicităm a fi calculată de la data plății/reținerii sumelor defalcate și până la restituirea integrală de către pârâtă a sumelor plătite/reținute imputate subscrisei în mod nejustificat. În subsidiar a solicitat diminuarea corespunzătoare a corecției financiare aplicate unității teritoriale, până la minimul de 2%, în conformitate cu prevederile punctului 1.12. din Anexa Ordonanței de urgență nr. 66/2011, având în vedere natura formală, fără un potențial impact financiar, a neregulilor constatate.

În motivarea cererii s-au învederat următoarele:

În data de 22.11.2010 s-a încheiat contractul de finanțare nr. 100676 pentru proiectul „Sistem integrat de management al deșeurilor în județul Botoșani”, cu o perioadă de implementare de 57 luni, între Ministerul Mediului și Pădurilor prin Direcția Generală AM POS Mediu în calitate de Autoritate de Management pentru Programul Operațional Sectorial „Mediu” 2007 - 2013, Axa prioritară 2 - „Dezvoltarea sistemelor de management integrat al deșeurilor și reabilitarea siturilor contaminate istoric”, Domeniul major de intervenție 2 - „Reabilitarea zonelor poluate istoric” și Unitatea Administrativ Teritorială - Județul Botoșani, proiect co-finanțat prin Fondul European de Dezvoltare Regională.

În perioada 16.03.2012 - 11.06.2012 Ministerul Mediului și Pădurilor, prin echipa de control din cadrul Direcției Generale AM POS Mediu, a procedat la efectuarea unei verificări ce a avut drept scop investigarea aspectelor semnalate prin Suspiciunea de neregulă nr. 29/15.03.2012 întocmită de către Direcția Fondul de Coeziune, Serviciul Monitorizare, Raportare din cadrul AM POS Mediu,

cuprivire la respectarea achizițiilor publice în cadrul atribuirii contractului de furnizare nr. 15718/20.10.2011 „Furnizare de vehicule pentru colectarea și transportul deșeurilor menajere” din cadrul proiectului „Sistem integrat de management al deșeurilor în Județul Botoșani”.

În urma acestei verificări s-a încheiat Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 136046/22.06.2012 prin care pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu a stabilit o corecție financiară de 10%, respectiv de 613.800,00 lei constând în cheltuieli neeligibile aferente contractului de furnizări 15718/20.10.2011 din cadrul proiectului „Sistem Integrat de Management al deșeurilor în județul Botoșani”, COD SMIS 16992, respectiv: contribuție din fonduri UE: 491.040,00 lei contribuție publică națională: 122.760,00 lei, din care: buget de stat: 110.484,00 lei buget local: 12.276,00 lei.

Contractul de finanțare nr. 100676 s-a încheiat între părți la data de 22.11.2010, care era în vigoare O.G. nr. 79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare precum și a fondurilor de colinanțare aferente utilizate necorespunzător, ordonanță care - de altfel - a fost abrogată expres prin art. 65 din O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/ sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, publicată în MO nr. 461/30.06.2011. Din punct de vedere procedural, O.G. nr. 79/2003 a guvernat contractul dintre părți până la data abrogării, adică inclusiv pentru etapele premergătoare încheierii contractului, respectiv pentru procedurile de achiziție publică, iar acest act normativ nu prevedea o sancțiune/corecție financiară pentru situația de fapt reținută de nota de constatare.

În conformitate cu art. 15 alin. 2 din Constituție „Legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile”. În virtutea principiului aplicării imediate, legea nouă „se aplică tuturor actelor și faptelor juridice încheiate sau, după caz, produse ori săvârșite după intrarea sa în vigoare, precum și situațiilor juridice născute după intrarea sa în vigoare” (art. 6 NCC). În consecință, convingerea reclamantei este că atât O.U.G. 66/2011 cât și Hotărârea nr. 875 din 31 august 2011 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 nu trebuie aplicate retroactiv de către Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu, deoarece nu poate fi măsurată o activitate inițiată sub imperiul legii vechi (2010) cu o măsură instituită în iunie 2011 (O.U.G. 66/2011 a intrat în vigoare la data de 30.06.2011). Actul normativ O.U.G. 66/2011 și Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 136046/22.06.2012 încalcă și principiul securității raporturilor juridice.

În situația expusă, acest principiu a fost încălcat în primul rând prin sancționarea de către O.U.G. nr. 66/2011 a unor fapte care nu erau sancționate în reglementarea anterioară, cu ignorarea principiului securității raporturilor juridice, iar în această situație instanța judecătorească este rugată să aprecieze asupra inaplicabilității actului normativ în integralitatea sa pentru situații trecute. Sintetic: la momentul încheierii contractului de finanțare era în vigoare O.G nr.79/2003, ale cărei prevederi erau în mod evident mai favorabile decât cele ale O.U.G. nr. 66/2011; procedura de atribuire a contractului de furnizare nr.15718 din data de 20.10.2011 a fost supusă controlului ANRMAP; pe tot parcursul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, autoritatea contractantă a fost monitorizată, conform legii române, de către autoritățile cu avizare și control.

Nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 136046/22.06.2012 a fost emisă fără a fi îndeplinite condițiile cumulative ale noțiunii de „neregulă”. Noțiunea de neregulă este definită de art. 2 lit. a din O.U.G. nr. 66/2011, iar din textul enunțat mai sus rezultă că pentru a

atrage răspunderea beneficiarilor fondurilor nerambursabile pentru săvârșirea unei nereguli, este necesară îndeplinirea mai multor condiții cumulative:

Să existe o abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene sau cu prevederile contractului; Susținerea reclamantei este aceea că NU există o abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene sau cu prevederile contractului (s.n. de finanțare), deoarece reținerile făcute în actul administrativ nu erau fapte sub imperiul vechii reglementări. Abaterea să constea într-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene. Consideră că, din chiar cuprinsul notei de constatare, nu rezultă îndeplinirea acestei condiții, autoritatea contractantă încheind contractul cu respectarea legislației privind achizițiile publice și a legislației secundare în vigoare cu privire la neregulile privind utilizarea fondurilor europene și sancțiunile aferente.

Nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 136046/22.06.2012 a fost emisă cu interpretarea și aplicarea extensivă și arbitrară a legislației privind achizițiile publice. Referitor la posibila încălcare a art. 79 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006: Nerespectarea unui termen corespunzător între data publicării clarificării și data limită de depunere a ofertelor de către operatorii economici în conformitate cu cerințele din Fișa de date a achiziției, data limită de primire a solicitărilor de clarificări a fost stabilită pe 25.07.2011, ora limită 12:00, iar data limită de transmitere a răspunsului la clarificări, 27.07.2011.

În conformitate cu prevederile art. 79, alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, în măsura în care operatorii economici solicită clarificări cu privire la documentația de atribuire în timp util, răspunsul autorității contractante la aceste solicitări trebuie să fie publicat/transmis nu mai târziu de 6 zile înainte de data limită stabilită pentru depunerea ofertelor. Pe de altă parte, tot la art. 79, alineatul 2 prevede că „în cazul în care operatorul economic nu a transmis solicitările de clarificări în timp util, punând astfel autoritatea contractantă în imposibilitatea de a respecta termenele prevăzute în acest sens, aceasta (respectiv autoritatea contractantă) are totuși obligația de a răspunde la solicitarea de clarificare în măsura în care perioada necesară pentru elaborarea și transmiterea răspunsului face posibilă primirea acestuia de către operatorii economici înainte de data limită de depunere a ofertelor”.

Susținerile comisiei de soluționare a contestațiilor referitoare la faptul că „autoritatea contractantă avea posibilitatea, potrivit prevederilor art. 72 din O.U.G. nr. 34/2006 de a prelungi perioada pentru elaborarea ofertelor” consideră că sunt foarte rigide și intransigente. După cum rezultă din prevederile art. 72 din O.U.G. nr. 34/2006, perioadele care trebuie asigurate între, pe de o parte, data transmiterii spre publicare a anunțului de participare și, pe de altă parte, data limită pentru depunerea ofertelor, au caracter minimal, în sensul că autoritatea contractantă are dreptul să adapteze respectiva perioadă în raport de complexitatea contractului și complexitatea cerințelor specifice. Având în vedere natura proiectului, precum și modificările aduse prin clarificări, apreciază că operatorii economici interesați au beneficiat de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor și pentru pregătirea documentelor de calificare solicitate prin documentația de atribuire.

Modificarea prevederilor caietului de sarcini și a documentației de atribuire prin clarificarea publicată pe SEAP cu nr. 11473/28.07.2011 (Anexa 13): Prin adresa nr. 11473/27.07.2011 operatorul economic respectiv, după cum rezultă și din modul de formulare a întrebărilor, solicită clarificări, deoarece a observat câteva neconcordanțe, date de posibile greșeli de tehnoredactare între cerințele din caietul de sarcini. Prin aceste neconcordanțe și prin clarificările publicate pe data de 28.07.2011 pe SEAP, nu au fost modificate în nici un fel cerințele din caietul de sarcini.

Contestația operatorului economic S.C. MuroEtal S.R.L. cu privire la documentația de atribuire și clarificările aduse acesteia prin adresa publicată în SEAP la data de 26.07.2011 a fost respinsă de către CNSC ca tardivă fără cercetarea pe fond a cererii. Contestația depusă de S.C. MASTER S.A. a fost cercetată pe fond și respinsă prin Decizia nr. 3601/C3/3872-3904/25.08.2011 ca nefondată întrucât „criticile S.C. MASTER S.A. cu privire la modificarea substanțială de către autoritatea contractantă a caietului de sarcini prin răspunsurile la clarificări publicate pe SEAP sub nr. 11473 la data de 28.07.2011, sunt considerate de Consiliu neîntemeiate. În aprecierea sa, Consiliul a avut în vedere răspunsurile autorității contractante au avut rol de clarificare și de eliminare a discrepanțelor existente între diversele solicitări ale caietului de sarcini, fără a constitui o modificare a caietului de sarcini în sensul introducerii unor cerințe suplimentare, diferite de cele inițiale”.

Prin clarificarea publicată pe SEAP pe data de 26.07.2011, se modifică una din cerințele de calificare. Prin adresa nr. 11006/21.07.2011, un operator economic a formulat următoarea întrebare: „La punctul V.D.2. Fișa de experiență similară se solicită ca ofertantul (operator economic sau membrii asocierii împreună) a finalizat, în ultimii 3 ani împliniți la data termenului limită pentru depunerea ofertei cel mult 3 contracte în domeniul furnizării de vehicule pentru colectarea și transportul deșeurilor menajere cu valoare cumulată de minimum 10.000.000 lei fără TVA. Având în vedere că în domeniul furnizării de vehicule pentru colectarea și transportul deșeurilor menajere sunt foarte puțini operatori economici care să îndeplinească aceasta condiție, vă solicităm să acceptați cel mult 4 contracte cu valoare cumulată de minimum 10.000.000 lei fără tva pentru dovedirea experienței similare”.

Prin răspunsul autorității contractante, nu s-au modificat cerințele din Fișa de date a achiziției. Autoritatea contractantă nu a făcut decât să aducă o corecție cerinței inițiale, astfel încât operatorii economici au avut posibilitatea ca în loc de „cel mult 3 contracte cu valoare cumulată de minimum 10.000.000 lei fără TVA”, să prezinte „cel mult 4 contracte cu valoare cumulată de minimum 10.000.000 lei fără TVA, din care cel puțin unul să fi avut o valoare mai mare de 3.000.000 lei fără TVA”. Mai mult, prin clarificarea adusă, consideră că de fapt, s-a adus o relaxare a cerinței respective, în favoarea operatorilor economici.

Din modul de formulare rezultă clar că operatorii economici aveau posibilitatea să aducă în dovedirea experienței similare, chiar și un contract sau 2 sau 3 sau cel mult 4 contracte care, cumulate să aibă valoarea de 10.000.000 lei fără TVA, iar măcar unul să aibă valoarea de 3.000.000 lei fără TVA. Operatorii economici puteau să aducă în susținerea experienței similare și 1 contract. Nepublicarea unui anunț de tip erată: În Notificarea beneficiarului cu privire la debit, se consideră că „timpul rămas de la data publicării ultimei clarificări în SEAP și până la deschiderea ofertelor este insuficient. Ofertele nu pot fi întocmite în mod corespunzător în termen de 3 zile având în vedere modificările efectuate prin clarificări. Nerespectarea termenului minim de 6 zile de către autoritatea contractantă pune în imposibilitate operatorul economic ofertant să ia în considerare modificările operate în vederea întocmirii unei oferte corespunzătoare cu cerințele caietului de sarcini. Mai mult, nepublicarea unui anunț de tip erată în SEAP respectiv JOUE aduce atingere principiului transparenței și tratamentului egal al operatorilor economici”.

Având în vedere justificările de mai sus, consideră că prin clarificările publicate pe SEAP de către autoritatea contractantă pe data de 27.07.2011 și 28.07.2011 nu s-au produs modificări ale caietului de sarcini care să conducă la elaborarea unei alte propuneri tehnice față de cea solicitată inițial prin documentația de atribuire, ofertanții neavând de fapt de făcut modificări ale documentelor ce trebuiau prezentate la deschiderea ofertelor. Astfel, nu a fost cazul de prelungire a termenului de depunere a ofertelor.

Prin întâmpinarea depusă la dosar, pârâtul a învederat următoarele: Referitor la susținerea că actul normativ în baza căruia a fost emisă Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încalcă principiul neretroactivității: Conform anunțului de participare nr. 124157/22.06.2011, procedura de atribuire a contractului de furnizare nr. 15718/20.10.2011 a demarat la data de 22.06.2011, data limită de depunere a ofertelor fiind 01.08.2011.

Solicită instanțe să constate că data încheierii contractului de achiziție publică în discuție, 20.10.2011, este ulterioară datei de intrare în vigoare a O.U.G. nr.66/2011, respectiv 30 iunie 2011. Conform art.6 alin.(5) din Legea nr.278/2009 Codul civil, „Dispozițiile legii noi se aplică tuturor actelor și faptelor încheiate sau, după caz, produse ori săvârșite după intrarea sa în vigoare, precum și situațiilor juridice născute după intrarea sa în vigoare”.

Potrivit prevederilor art. 1 din O.U.G. nr. 66/2011: „Prezenta ordonanță de urgență reglementează activitățile de prevenire, de constatare a neregulilor, de stabilire și de recuperare a creanțelor bugetare rezultate din neregulile apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, precum și de raportare a neregulilor către Comisia Europeană sau către alți donatori internaționali”.

Totodată, art. 32⁴ alin. (1) din H.G. nr. 457 /2008 privind cadrul instituțional de coordonare și de gestionare a instrumentelor structural, cu modificările și completările ulterioare, prevede: „în cazul în care autoritatea de management consideră că au existat încălcări ale legislației comunitare sau naționale privind achizițiile publice, aceasta stabilește și aplică corecții financiare, în condițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora”.

Cu privire la susținerea cum că O.U.G. nr. 66/2011 și Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 136046/22.06.2012 încalcă și principiul securității raporturilor juridice: În ce privește argumentele Ministerului Mediului și Schimbărilor Climatice - DG AM POS Mediu cu privire la combaterea acestei susțineri, reiterează considerentele formulate anterior privind aplicarea O.U.G. nr.66/2011. Drept urmare, având în vedere aceste considerente, cum că O.U.G. nr.66/2011 nu a fost aplicat retroactiv, consideră că principiul securității raporturilor juridice a fost respectat. În ce privește susținerea cum că Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 136046/22,06.2012 a fost emisă fără a fi îndeplinite condițiile cumulative ale noțiunii de neregulă:

La art. 2 alin. 5 din O.U.G. nr. 66/2011 se prevede: Termenii de «legalitate», «regularitate», «conformitate», «control intern», «eficiență», «eficacitate», «economicitate», «control financiar preventiv», «audit public intern», «inspecție», «bună gestiune financiară» au semnificația dată de Ordonanța Guvernului nr. 119/1999 privind controlul intern/managerial și controlul financiar preventiv, republicată, cu modificările și completările ulterioare, și de Legea nr. 672/2002 privind auditul public intern, cu modificările și completările ulterioare.

Art. 2, din O.L.G. nr. 119/1999 definește termenii de „legalitate”, „regularitate”, „conformitate” astfel: conformitate - caracteristică unei operațiuni, a unor acte sau fapte administrative produse în cadrul unei entități publice de a corespunde politicii asumate în mod expres în domeniul respectiv de către entitatea în cauză sau de către o autoritate superioară acesteia, potrivit legii; legalitate - caracteristica unei operațiuni de a respecta toate prevederile legale care îi sunt aplicabile, în vigoare la data efectuării acesteia; regularitate - caracteristica unei operațiuni de a respecta sub toate aspectele ansamblul principiilor și regulilor procedurale și metodologice care sunt aplicabile categoriei de operațiuni din care face parte.

Având în vedere definirea termenului de neregulă, consideră că prin nerespectarea prevederilor art. 79 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 și art. 26 alin. 2 din H.G. nr.925/2006, precum și a clauzelor contractuale prevăzute la art.1 alin. 4, art. 8 lit. A alin 17 și art. 13 alin. 13 din Contractul de finanțare nr. 100676/22.11.2010, autoritatea contractantă s-a abătut de la, legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate.

Cu privire la susținerea cum că Nota de constatare a neregulilor și de stabilirea corecțiilor financiare nr. 136046/22.06.2012 a fost emisă cu interpretarea și aplic extensivă și arbitrară a legislației privind achizițiile publice: De esența cauzei este dacă autoritatea contractantă a respectat prevederile art. 79 alin. 1 din O.U.G. nr.34/2006 și art.26 alin. (2) din HG nr. 925/2006. Art. 79 din O.U.G. nr.34/2006 prevede: „fără a aduce atingere prevederilor art. 78 alin. 2 în măsura în care clarificările sunt solicitate în timp util, răspunsul autorității contractante la aceste solicitări trebuie să fie publicat/transmis nu mai târziu de 6 zile înainte de data-limită stabilită pentru depunerea ofertelor”.

Art. 26 alin. 2 din H.G. nr. 925/2006 precizează: „în cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja publicate, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, în condițiile prevăzute de Regulamentul Comisiei Europene nr. 1564/2005, care stabilește formatul standard al anunțurilor publicitare în cadrul procedurilor de atribuire prevăzute în directivele nr. 17/2004/CE și 18/2004/CE”.

Art. 79 alin. 1 din O.U.G. nr.34/2006 stabilește că, în măsura în care clarificările sunt solicitate în timp util, răspunsul autorității contractante la aceste solicitări trebuie să fie publicat/transmis nu mai târziu de 6 zile înainte de data-limită stabilită pentru depunerea ofertelor. Astfel, ultima clarificare din data de 28.07.2011 a fost publicată cu numai 3 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor, încălcându-se termenul de 6 zile.

Totodată, art. 72 din O.U.G. nr.34/2006 dispune: „Autoritatea contractantă are obligația de a prelungi perioada pentru elaborarea ofertelor în cazul în care acestea nu pot fi elaborate decât după vizitarea amplasamentelor sau după consultarea la fața locului a unor documente-anexă la caietul de sarcini, precum și în cazul în care autoritatea contractantă nu are posibilitatea de a transmite documentația de atribuire sau răspunsul la solicitarea de clarificări în termenele limită stabilite de prezenta ordonanță de urgență, deși a primit în timp util o solicitare în acest sens. Într-o astfel de situație, data limită de depunere a ofertelor se decalează cu o perioadă suficientă, astfel încât orice operator economic interesat să dispună de un timp rezonabil necesar pentru obținerea informațiilor complete și relevante pentru elaborarea ofertei”.

Analizând actele și lucrările dosarului Curtea reține următoarele:

Prin nota de constatare a neregulilor nr. 136046 emisă de pârât s-a stabilit o valoare a corecției financiare în cuantum de 613.800 lei, reținându-se înlăturarea dispozițiilor art. 79 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006. Prin nerespectarea numărului de zile prevăzut de lege între data publicării în SEAP a clarificărilor și data limită de depunere a ofertelor, suficient pentru întocmirea corespunzătoare a ofertelor, și ale art. 26 alin. 2 din H.G. nr. 925/2006 pentru nepublicarea unui anunț tip erată în SEAP/JOUE.

În motivarea acestei decizii s-au reținut următoarele: Referitor la posibila încălcare a art. 79 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 și din H.G. nr. 925/2006. În cadrul procedurii de achiziție publică privind atribuirea contractului de vehicule pentru colectarea și transportul deșeurilor menajere, s-au solicitat clarificări:

Nr. crt.	Solicitare clarificări nr./data	Răspuns - data postării SEAP
1.	Solicitare clarificări nr. 11473/27.07.2011	Răspuns postat 28.07.2011
2.	Solicitare nr. 11006/21.07.2011 și nr. 11030/21.07.2011	Răspuns postat 26.07.2011
3.	Solicitare nr. 10040/04.07.2011	Răspuns postat 06.07.2011
4.	Solicitare nr. 9783/29.06.2011	Răspuns postat 04.07.2011

Conform Fișei de date a achiziției Cap. I, pct. I.B - dreptul ofertantului de a solicita clarificări, data limită de primire a solicitărilor de clarificări este 25.07.2011, ora 12, iar data limită de transmitere a răspunsului la clarificări 27.07.2011.

Art. 79 din O.U.G. nr. 34/2006 prevede: „(1) Fără a aduce atingere prevederilor art. 78 alin. (2), în măsura în care clarificările sunt solicitate în timp util, răspunsul autorității contractante la aceste clarificări trebuie să fie publicat/transmis nu mai târziu de 6 zile înainte de data-limită stabilită pentru depunerea ofertelor.

(2) În cazul în care operatorul economic nu a transmis solicitarea de clarificare în timp util, punând astfel autoritatea contractantă în imposibilitatea de a respecta termenul prevăzut la alin. (1), aceasta din urmă are, totuși, obligația de a răspunde la solicitarea de clarificare în măsura în care perioada necesară pentru elaborarea și transmiterea răspunsului face posibilă primirea acestuia de către operatorii economici înainte de data limită de depunere a ofertelor”.

Astfel, ultima clarificare a fost postată pe SEAP în data de 28.07.2011, cu numai 3 zile, înainte de data-limită de depunere a ofertelor și de deschidere a acestora. Mai mult, prin ultima clarificare s-au produs modificări ale cerințelor din caietul de sarcini: „Răspuns: Se modifică Caietul de sarcini, astfel: la tabel nr. 1 autogunoieră compactoare, cu capacitate de 16 mc, nr. crt. 5, în loc de „Punte spate 2 portantă viratoare cu reducere simplă cu suspensie pneumatic controlată electronic. Sarcină maximă - minim 10,5 tone” se va citi „Punte spate 2 portantă viratoare cu suspensie pneumatic controlată electronic. Sarcină maximă - minim 5,8 tone”.

„Răspuns: Se modifică Caietul de sarcini, astfel: la tabel nr. 1 autogunoieră compactoare, cu capacitate de 16 mc, nr. crt. 2.2, în loc de „A doua punte spate: anvelope simple, sarcină nominal anvelope pe axa spate 2 minim 5,8 tone, aplicație: tracțiune - regional” se va citi „A doua punte spate: anvelope simple, sarcină nominal anvelope pe axa spate 2 minim 5,8 tone, aplicație: direcție - regional”.

„Răspuns: Se modifică Caietul de sarcini, astfel: la tabel nr. 2.1 autospecială transport containere 20-30 mc, cu cârlig hidraulic, nr. crt. 5.5, în loc de „Dispozitiv de ridicare pentru puntea motoare spate” se va citi „Dispozitiv de reglare înălțime punte din suspensia pneumatică pentru puntea motoare spate”.

Art. 79 alin. 1 stabilește că, în măsura în care clarificările sunt solicitate în timp util, răspunsul autorității contractante la aceste solicitări trebuie să fie publicat/transmis nu mai târziu de 6 zile înainte de data-limită stabilită pentru depunerea ofertelor. Astfel, ultima clarificare din data de 28.07.2011 a fost publicată cu numai 3 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor, încălcându-se termenul de 6 zile. Prin clarificarea publicată în data de 26.07.2011, autoritatea contractantă modifică una din cerințele de calificare, astfel:

„Cerința privind experiența similară se consideră îndeplinită dacă ofertantul (operatorul economic sau membrii asocierii împreună) a finalizat, în ultimii 3 ani împliniți la data termenului limită pentru depunerea ofertei cel mult 4 contracte în domeniul furnizării de vehicule pentru colectarea și transportul deșeurilor menajere cu valoare cumulată de minim 10.000.000 lei/fără TVA, din care cel puțin unul să fi avut o valoare mai mare de 3.000.000 lei fără TVA”.

„Se elimină din Fișa de date a achiziției, punctul V.F Alte Informații, respectiv caietul de sarcini, pct. 10 și 11, și anume:

(10) V.F.2. Standarde de protecție a mediului. Certificarea sistemului de management al calității ISO 14001 sau echivalent

(11) Standarde pentru sistemul de management al securității și sănătății ocupaționale. Certificarea sistemului de management al calității ISO 18001 sau echivalent”.

„Se modifică Caietul de sarcini astfel, la cap. III.2.1., în loc de „Toate echipamentele furnizate vor corespunde standardelor și codurilor de practică ISO aplicabile și/sau menționate în specificațiile tehnice și vor fi însoțite de certificatele de origine CE” se va citi „Toate echipamentele furnizate vor corespunde standardelor și codurilor de practică ISO aplicabile și/sau menționate în specificațiile tehnice și vor fi însoțite de certificatele de origine”.

Conform art. 26 alin. (2) din HG nr. 925/2006, „în cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja publicate, autoritatea, contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, în condițiile prevăzute de Regulamentul Comisiei Europene nr. 1564/2005, care stabilește formatul standard al anunțurilor publicitare în cadrul procedurilor de atribuire prevăzute în directivele nr. 17/2004/CE și 18/2004/CE”.

Consideră că timpul rămas de la data publicării ultimei clarificări în SEAP și până la deschiderea ofertelor este insuficient. Ofertele nu pot fi întocmite în mod corespunzător în termen de 3 zile având în vedere modificările efectuate prin clarificări. Nerespectarea termenului minim de 6 zile de către autoritatea contractantă pune în imposibilitate operatorul economic ofertant să ia în considerare modificările operate în vederea întocmirii unei oferte corespunzătoare cu cerințele caietului de sarcini. Mai mult, nepublicarea unui anunț de tip erată în SEAP, respectiv JOUE aduce atingere principiului transparenței și tratamentului egal al operatorilor economici.

În consecință, comisia a reținut că s-au încălcat prevederile art. 79 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 prin nerespectarea unui termen corespunzător între data publicării clarificării și data limită de depunere a ofertelor de către operatorii economici și art. 26 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006 pentru nepublicarea unui anunț de tip erată. Contestația împotriva notei de constatare a neregulilor a fost respinsă prin decizia nr. 136715/27.05.2012 (filele 36-41). **Analizând actele și lucrările dosarului, Curtea constată că acțiunea formulată nu este întemeiată.**

Nu s-a încălcat principiul neretroactivității legii întrucât O.U.G. nr. 66/2011 a fost publicată în Monitorul Oficial al României la data de 30.06.2011 iar reclamantei i se impută fapte săvârșite în perioada 20-28 iulie 2011, așadar săvârșite ulterior intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011. Potrivit art. 6 alin. 5 Noul Cod Civil, dispozițiile legii noi se aplică tuturor actelor și faptelor îndeplinite sau după caz, produse ori săvârșite după intrarea sa în vigoare. Pe de altă parte trebuie reținut că i se impută reclamantei încălcarea dispozițiilor art. 79 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 și ale art. 26 alin. 2 din H.G. nr. 925/2006, în forma în vigoare la data săvârșirii faptelor imputate. Cum la această dată reclamanta avea cunoștință atât de dispozițiile O.U.G. nr. 66/2011 cât și ale O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006, nu s-a încălcat nici principiul securității raporturilor juridice.

Nu sunt întemeiate nici susținerile privind neîndeplinirea condițiilor cumulative pentru existența neregulii. Potrivit art. 2 alin 1 lit. a din O.U.G. nr. 66/2011 „În sensul prezentei ordonanțe de urgență, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații: a) neregulă - orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit; [...]”.

Fapta care i se impută reclamantei este aceea prevăzută de pct. 1.12 din anexa la O.U.G. nr.66/2011 dispoziții legale raportate la art. 79 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 și art. 26 alin. 2 din H.G. nr. 925/2006. Potrivit anexei pct. 1.12, fapta constă în aplicarea necorespunzătoare a unor elemente auxiliare procedurii de atribuire. *Curtea urmează a analiza în continuare, în concret, faptele ce i se impută reclamantei, analiză din care va rezulta că o parte din aceste fapte constituie o „neregulă” în înțelesul legii.*

A. Prima faptă care i se impută reclamantei constă în împrejurarea că ultima clarificare a fost postată pe SEAP în data de 28.07.2011, cu numai 3 zile, înainte de data-limită de depunere a ofertelor și de deschidere a acestora. Mai mult, prin ultima clarificare s-au produs modificări ale cerințelor din caietul de sarcini: „Răspuns: Se modifică Caietul de sarcini, astfel: - la tabel nr. 1 autogunoieră compactoare, cu capacitate de 16 mc, nr. crt. 5, în loc de „Punte spate 2 portantă viratoare cu reducere simplă cu suspensie pneumatic controlată electronic. Sarcină maximă - minim 10,5 tone” se va citi „Punte spate 2 portantă viratoare cu suspensie pneumatic controlată electronic. Sarcină maximă - minim 5,8 tone”.

„Răspuns: Se modifică Caietul de sarcini, astfel: la tabel nr. 1 autogunoieră compactoare, cu capacitate de 16 mc, nr. crt. 2.2, în loc de „A doua punte spate: anvelope simple, sarcină nominal anvelope pe axa spate 2 minim 5,8 tone, aplicație: tracțiune - regional” se va citi „A doua punte spate: anvelope simple, sarcină nominal anvelope pe axa spate 2 minim 5,8 tone, aplicație: direcție - regional”.

„Răspuns: Se modifică Caietul de sarcini, astfel: la tabel nr. 2.1 autospecială transport containere 20-30 mc, cu cârlig hidraulic, nr. crt. 5.5, în loc de „Dispozitiv de ridicare pentru puntea motoare spate” se va citi „Dispozitiv de reglare înălțime punte din suspensia pneumatică pentru puntea motoare spate”.

Art. 79 alin. 1 stabilește că, în măsura în care clarificările sunt solicitate în timp util, răspunsul autorității contractante la aceste solicitări trebuie să fie publicat/transmis nu mai târziu de 6 zile înainte de data-limită stabilită pentru depunerea ofertelor. Astfel, ultima clarificare din data de 28.07.2011 a fost publicată cu numai 3 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor, încălcându-se termenul de 6 zile. Cu privire la aceste fapte reclamanta se apără învederând că cererea de clarificare a fost depusă tardiv însă era necesar să se pronunțe asupra ei potrivit art. 79 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006. Astfel, deși cererea de clarificare a fost depusă peste termen (27.07.2011 în loc de 25.07.2011) reclamanta a răspuns prin clarificarea publicată la 28.07.2011, cu numai 3 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor.

Deși pârâta invocă nerespectarea termenului de 6 zile prevăzut de alin. 1 al art. 79, Curtea reține că potrivit alin. 2 al aceluiași articol „în cazul în care operatorul economic nu a transmis solicitarea de clarificare în timp util, punând astfel autoritatea contractantă în imposibilitate de a respecta termenul prevăzut la alin. (1), aceasta din urmă are, totuși, obligația de a răspunde la solicitarea de clarificare în măsura în care perioada necesară pentru elaborarea și transmiterea răspunsului face

posibilă primirea acestuia de către operatorii economici înainte de data limită de depunere a ofertelor”.

Așadar se poate deroga de la acest termen de 6 zile sub condiția ca operatorii economici să poată intra în posesia clarificării. Or, cum clarificarea a fost publicată la data de 28.07.2013 operatorii economici aveau 3 zile pentru a lua la cunoștință de clarificări, termen suficient. *Aspectul esențial* care trebuie acum analizat e dacă era necesară publicarea unei erate așa cum prevede art. 26 alin. 2 din H.G. nr. 925/2006 care stipulează că „în cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja publicate, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, în condițiile prevăzute de Regulamentul Comisiei Europene nr. 1564/2005, care stabilește formatul standard al anunțurilor publicitare în cadrul procedurilor de atribuire prevăzute în directivele nr. 17/2004/CE și 18/2004/CE”.

Ca urmare a incidenței acestui text de lege ar fi devenit incident și art. 72 din O.U.G. nr. 34/2006 care stipulează că „Autoritatea contractantă are obligația de a prelungi perioada pentru elaborarea ofertelor [...] în cazul în care autoritatea contractantă nu are posibilitatea de a transmite documentația de atribuire sau răspunsul la solicitarea de clarificări în termenele limită stabilite de prezenta ordonanță de urgență, deși a primit în timp util o solicitare în acest sens. Într-o astfel de situație, data limită de depunere a ofertelor se decalază cu o perioadă suficientă, astfel încât orice operator economic interesat să dispună de un timp rezonabil necesar pentru obținerea informațiilor complete și relevante pentru elaborarea ofertei”.

Curtea apreciază că nu era necesară publicarea unui anunț tip erată întrucât nu s-au modificat condițiile de calificare sau condițiile din caietul de sarcini ci doar s-au făcut unele clarificări. Această susținere își găsește argumentele din decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor nr. 3061/C3/3872/3904/25.08.2011 (filele 198-205) din considerentele căreia rezultă că clarificările nu apar ca o modificare a cerinței inițiale neavând, caracterul unei noi cerințe a caietului de sarcini. A mai reținut Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor că clarificările nu constituie schimbări majore la sistemele de frânare, suspensie, tracțiune, toate cerințele regăsindu-se încă de la data publicării documentației de atribuire în SEAP. În concluzie, prima faptă imputată nu constituie o neregulă.

B. Cu privire la celelalte fapte care i se impută reclamantei, Curtea reține că nota de constatare a neregulilor este întemeiată.

Astfel, s-a reținut prin nota de constatare că prin clarificarea publicată în data de 27.07.2011, autoritatea contractantă modifică una din cerințele de calificare, astfel: „Cerința privind experiența similară se consideră îndeplinită dacă ofertantul (operatorul economic sau membrii asocierii împreună) a finalizat, în ultimii 3 ani împliniți la data termenului limită pentru depunerea ofertei cel mult 4 contracte în domeniul furnizării de vehicule pentru colectarea și transportul deșeurilor menajere cu valoare cumulată de minim 10.000.000 lei fără TVA, din care cel puțin unul să fi avut o valoare mai mare de 3.000.000 lei fără TVA”.

„Se elimină din Fișa de date a achiziției, punctul V.F Alte Informații, respective caietul de sarcini, pct. 10 și 11, și anume:

(10) V.F.2. Standarde de protecție a mediului. Certificarea sistemului de management al calității ISO 14001 sau echivalent.

(11) Standarde pentru sistemul de management al securității și sănătății ocupaționale. Certificarea sistemului de management al calității ISO 18001 sau echivalent”.

„Se modifică Caietul de sarcini astfel, la cap. III.2.1., în loc de „Toate echipamentele furnizate vor corespunde standardelor și codurilor de practică ISO aplicabile și/sau menționate în specificațiile

tehnice și vor fi însoțite de certificatele de origine CE” se va citi „Toate echipamentele furnizate vor corespunde standardelor și codurilor de practică ISO aplicabile și/sau menționate în specificațiile tehnice și vor fi însoțite de certificatele de origine”.

Curtea constată că prin clarificările mai sus arătate s-au modificat substanțial criteriile de calificare și selecție din fișa de date a achiziției (filele 105-118).

Astfel, în loc de condiția V.D.2. - cerință minimă „Ofertantul (operatorul economic sau membrii asocierii) a finalizat, în ultimii 3 ani împliniți la data termenului limită pentru depunerea ofertei cel mult 3 contracte în domeniul furnizării de vehicule pentru colectarea și transportul deșeurilor menajere cu valoare cumulată de minim 10.000.000 lei fără TVA”, prin clarificări *s-a modificat de fapt cerința de calificare* menționându-se că „Cerința privind experiența similară se consideră îndeplinită dacă ofertantul (operatorul economic sau membrii asocierii împreună) a finalizat, în ultimii 3 ani împliniți la data termenului limită pentru depunerea ofertei cel mult 4 contracte în domeniul furnizării de vehicule pentru colectarea și transportul deșeurilor menajere cu valoare cumulată de minim 10.000.000 lei fără TVA, din care cel puțin unul să fi avut o valoare mai mare de 3.000.000 lei fără TVA”. Aceasta rezultă clar din stabilirea a cel mult 4 contracte în loc de 3 și adăugarea unei alte condiții constând în existența a cel puțin unui contract care să aibă o valoare mai mare de 3.000.000 lei fără TVA. De asemenea trebuie reținut *aspectul esențial al eliminării* din fișa de date a achiziției, a punctului V.F.2. Mai mult, *s-a modificat* și caietul de sarcini la cap. III.2.1.

Dată fiind starea de fapt învederată, (modificarea cerințelor de calificare, eliminarea unor cerințe de calificare, modificarea caietului de sarcini) Curtea reține că autoritatea contractantă a procedat în mod nelegal la publicarea unor clarificări în loc de erată potrivit art. 26 alin. 2 din H.G. nr. 925/2006. De asemenea autoritatea contractantă era obligată să prelungească perioada de elaborare a ofertelor potrivit art. 72 din O.U.G. nr. 34/2006.

Reclamanta a încălcat în mod *grav* dispozițiile legale învederate. Modificările aduse cerințelor de calificare trebuie publicate pe bază de erată nu de clarificări, deoarece pentru asigurarea principiului transparenței este necesar ca modificările intervenite să fie aduse la cunoștința tuturor operatorilor economici cărora trebuie să li se acorde posibilitatea de a “depune ofertele în raport de noile condiții de calificare.

Nu sunt întemeiate nici susținerile privind lipsa prejudiciului în condițiile în care se solicită rambursarea unor sume în vederea efectuării unor cheltuieli neautorizate de lege și /sau efectuate cu încălcarea acesteia. Relativ la cererea de reducere a corecției financiare la minimumul de 2%, Curtea reține că nu se impune această decizie dată fiind încălcarea gravă a legii. Pentru considerentele învederate, urmează a fi respinsă acțiunea în întregime.

HOTĂRĂȘTE

Respinge, ca nefondată, acțiunea formulată de către reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Botoșani, cu sediul în Botoșani, județul Botoșani, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS MEDIU, cu sediul în București.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Recursul se va depune la Curtea de Apel Suceava. Pronunțată în ședința publică din data de 1 octombrie 2013.

Dosar nr. 909/39/2012

TRIBUNALUL BOTOȘANI
SECȚIA A II A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 2591
Ședința publică din 11.07.2013

Pe rol soluționarea acțiunii formulate de **reclamantul Județul Botoșani prin președinte** în contradictoriu cu **pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu**.

Dezbaterile asupra fondului au avut loc în ședința publică din 27.06.2013, susținerile părților fiind consemnate în încheierea de ședință din acea dată, redactată separat, care face parte integrantă din prezenta hotărâre, și când, din lipsă de timp pentru deliberare, pronunțarea s-a amânat pentru data de 4.07.2013, iar ulterior pentru astăzi.

TRIBUNALUL,

Deliberând asupra acțiunii de față, constată următoarele:

Prin cererea înregistrată pe rolul Curții de Apel Suceava Secția a II-a civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal la data de 14.11.2012 sub nr. 909/39/2012, reclamantul Județul Botoșani a solicitat în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu, anularea actului administrativ fiscal reprezentat de Nota de constatare și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 136276/136264/13.07.2012 și a Deciziei nr. 141203/14.09.2012 date în soluționarea contestației administrative, acte emise de Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu, precum și suspendarea celor două acte administrative până la soluționarea definitivă și irevocabilă a cauzei, în temeiul art. 15 alin. 1 din Legea nr. 554/2004 - Legea contenciosului administrativ.

În motivarea cererii, reclamantul a arătat că prin Nota de constatare nr. 136276/136264/13.07.2012 s-a stabilit în sarcina sa o corecție financiară de 5% din valoarea fără TVA a contractului de servicii nr. 18167/03.12.2011 intitulat „Auditare financiară în cadrul proiectului sistem integrat de management al deșeurilor în județul Botoșani”, reprezentând 4.233,60 lei. Pentru a proceda astfel, autoritatea de control a constatat că au fost încălcate prevederile art. 78 din HG 925/2006 coroborate cu art. 35 din același act normativ și art. 202 aliniatul 1, precum și art. 2 lit. a și b din OUG nr. 34/2006.

Împotriva Notei de constatare, reclamantul a făcut contestație în temeiul art. 47 din OUG 66/2011, contestație respinsă prin Decizia nr. 66/2011. S-a arătat de către reclamant că emitentul actelor administrative contestate a apreciat în mod greșit că Județul Botoșani a încălcat prevederile art. 35 și 78 din HG 925/2006, întrucât pe parcursul analizării și verificării documentelor prezentate de ofertanți, Comisia de Evaluare are dreptul, nu și obligația (așa cum a considerat pârâtul) de a solicita oricând clarificări și completări ale documentelor prezentate de aceștia, pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare, sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate. În sprijinul interpretării sale, reclamantul a invocat Decizia CJUE dată în cauza C-599/10 prin care această instanță a confirmat caracterul facultativ al solicitării de clarificări și faptul că principiul egalității de tratament și obligația de transparență, interzic negocierea între autoritatea contractantă și unul dintre ofertanți cu privire la modalitatea de îndeplinire a cerințelor de natură tehnică, CJUE acceptând în mod excepțional, anumite corecții sau completări punctuale, dar care să nu conducă la prezentarea unei noi oferte, ci doar să permită simple clarificări sau să corecteze erori materiale evidente. S-a mai arătat că în speța de față SC Mega Cont Expert SRL Piatra Neamț a depus o ofertă tehnică imprecisă și incompletă față de cerințele caietului de sarcini, iar solicitarea de completări sau clarificări la oferta tehnică ar fi însemnat o încălcare majoră a

principiului tratamentului egal, făcându-i astfel o favoare în detrimentul celorlalți ofertanți, pentru că i-ar fi permis să depună o nouă ofertă. Faptul că acestui ofertant i s-au cerut clarificări referitoare numai la experiența similară se încadrează în prevederile art. 35 din HG 925/2006 care dă dreptul Comisiei de evaluare să solicite aceste clarificări în vederea verificării îndeplinirii criteriilor de calificare prevăzute de art; 176 din OUG 34/2006 (experiența similară face parte din criteriul de calificare capacitate tehnică, iar ofertantul S.C. Mega Cont Expert S.R.L. nu a demonstrat-o în sensul că lipsea contravaloarea în lei a contractelor ce aveau stabilit prețul în euro).

Prin aceeași cerere de chemare în judecată reclamanta a motivat și cererea de suspendare a actelor administrative contestate motivare ce nu va fi reluată de către instanță, întrucât a fost analizată odată cu încheierea din 23.05.2013 prin care s-a respins cererea de suspendare. La cerere s-au anexat înscrisuri. Pârâtul, Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu a formulat întâmpinare prin care a solicitat respingerea cererii ca nefondată.

S-a arătat că dreptul pârâtului de a aplica corecții financiare este prevăzut de art. 32 alineat 4 din HG nr. 457/2008 care prevede că în cazul în care autoritatea de management constată că au existat încălcări ale legislației comunitare sau naționale privind achizițiile publice, aceasta stabilește și aplică corecții financiare în condițiile OUG nr. 66/2011, iar potrivit art. 2 alin. 1, lit. a din OUG nr. 66/2011, neregula este definită ca orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori ale altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă din o acțiune sau inacțiune a beneficiarului sau a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene care a prejudiciat sau poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile naționale aferente acestora.

În aceste condiții, pârâtul a considerat că prin nesolicitarea de clarificări tuturor ofertanților pe aspectele constatate de Comisia de Evaluare, autoritatea contractantă a aplicat un tratament diferit operatorilor economici în procesul de evaluare a ofertelor, încălcând prevederile OUG 34/2006 și HG 925/2006. Astfel, pârâtul a menționat că potrivit art. 78 din HG nr. 925/2006 Comisia de Evaluare are obligația de stabili care sunt completările formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei oferte, iar potrivit art. 79 din același act normativ în cazul în care ofertantul nu transmite în perioada precizată de Comisia de Evaluare clarificările/răspunsurile solicitate sau în cazul în care explicațiile prezentate de ofertant nu sunt concludente oferta sa va fi considerată neconformă, în timp ce art. 80 prevede că această Comisie de Evaluare are dreptul de a corecta erorile aritmetice sau viciile de formă numai cu acceptul ofertantului. Interpretând aceste prevederi legale pârâtul a concluzionat că, în lipsa solicitărilor de clarificare formulate de autoritatea contractantă în baza art. 78, nu se pot aplica dispozițiile art. 79-80 din HG 925/2006. Faptul că ofertantului Mega Cont Expert S.R.L. nu i s-a solicitat clarificări cu privire la aspectele pentru care s-a declarat oferta acestuia ca neconformă a fost de natură să determine un viciu de procedură de achiziție publică. Pe de altă parte pârâtul a apreciat că susținerea reclamantului că ofertantul nu a menționat nimic de cerința de la capitolele 9,13 și anexa 2 A din caietul de sarcini este eronată. La întâmpinare s-au anexat înscrisuri.

Instanța a administrat proba cu înscrisurile depuse de părți la dosar, precum și proba cu înscrisurile ordonate de aceasta în temeiul art. 129 Cod Procedură Civilă, respectiv ofertele depuse de către ceilalți ofertanți la procedura de achiziție publică și solicitările de clarificare formulate de către reclamant acestor ofertanți, precum și răspunsul la solicitări.

Analizând actele și lucrările dosarului instanța reține următoarele:

Prin Nota de constatare nr. 136276/136264/13.07.2012 s-a stabilit în sarcina reclamantului o corecție financiară de 5% din valoarea, fără TVA a contractului de servicii nr. 18167/08.12.2011 intitulat „Auditare financiară în cadrul proiectului sistem integrat de management al deșeurilor în județul Botoșani”, reprezentând 4.233,60 lei. Pentru a proceda astfel, autoritatea de control a constatat că au fost încălcate prevederile art. 78 din HG 925/2006 coroborate cu art. 35 din același act normativ și art. 202 aliniatul 1, precum și art. 2 lit. a și b din OUG nr. 34/2006. În fapt, s-a reținut că, în procesul de evaluare a ofertelor depuse de participanții la licitația publică organizată de reclamant, prin faptul că ofertantului Mega Cont Expert S.R.L., care a depus oferta financiară cea mai avantajoasă, nu i s-a solicitat justificarea fundamentării economice a modului de formare a prețului, deși celorlalți ofertanți li s-a solicitat aceste clarificări, a aplicat un tratament discriminatoriu, dezavantajând acest candidat în raport cu ceilalți. Împotriva Notei de constatare, reclamantul a făcut contestație în temeiul art. 47 din OUG 66/2011, contestație respinsă prin Decizia nr. 66/2011. Ambele acte administrative au fost contestate prin prezenta acțiune. Prezentul litigiu privește procedura achizițiilor publice reglementată de OUG 34/2006 și HG 295/2006, acte normative în forma lor în vigoare la momentul declanșării procedurii de achiziție publică.

Nota de constatare a neregulilor contestată prin prezentul litigiu este fundamentată în principal pe faptul că autoritatea contractantă nu a respectat unul dintre principiile fundamentale ale acestei proceduri și anume principiul nediscriminării între participanții la procedura de achiziție publică. Acest principiu al nediscriminării este un principiu care are o sorginte constituțională și comunitară, el fiind explicat în Deciziile Curții Constituționale pronunțate în materie în sensul că egalitatea cetățenilor (și implicit nediscriminarea acestora) presupune că pentru situații egale să se aplice soluții identice, după cum egalitatea nu înseamnă uniformitate, fiind posibilă stabilirea unui tratament diferit juridic pentru situații diferite, când acestea se justifică în mod rațional și obiectiv (de ex. Decizia CC nr. 249/2005).

În cauza de față divergența dintre părți constă în aceea că autoritatea contractantă (reclamantul) a apreciat că ofertantul S.C. Mega Cont Expert S.R.L. nu s-a aflat în aceeași situație cu alții ofertanți cărora li s-a solicitat clarificări atât în privința documentelor de calificare, cât și în privința fundamentării economice a modului de formare a prețului, clarificări referitoare la neconcordanța între propunerea tehnică și cea financiară, completarea propunerii financiare cu graficul eșalonat al lucrărilor de audit întrucât propunerea tehnică a acestuia era neconformă, pe când părătul a apreciat că aceluiași ofertant trebuia să i se acorde posibilitatea de a completa propunerea tehnică (fila 12 dosar Curte de Apel Suceava). Instanța constată că art. 170 din OUG 134/2006 prevede că ofertantul are obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația tehnică și/ sau din propunerea financiară întrucât, în situația în care oferta este considerată câștigătoare, autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, *pe baza propunerilor tehnice și financiare cuprinse în oferta respectivă* (art. 204 din OUG 34/2004).

În cauza de față, contractul de achiziție publică are ca obiect auditarea unor proiecte, iar propunerea tehnică presupune descrierea procedurilor pe care trebuie să le respecte auditorul în analiza proiectelor depuse. Ca atare, instanța apreciază că era necesar ca propunerea tehnică a ofertanților să respecte cerințele din caietul de sarcini cu privire la procedurile de urmat în activitatea de audit, faptul nementionării acestor proceduri stricte (în speță procedurile referitoare la raportarea și recepția rapoartelor) în propunerea tehnică combinat cu faptul că ofertantul S.C. Mega Cont Expert S.R.L. a descris propria modalitate de efectuare a procedurii de audit (chiar dacă în cuprinsul ofertei a făcut referire *formală* la respectarea caietului de sarcini) este de natură să determine caracterul neconform al ofertei acestui candidat.

Concret, instanța constată că prin caietul de sarcini s-a impus să se utilizeze formatul de raport menționat în anexa 3 la caietul de sarcini, dar ofertantul S.C. Mega Cont Expert S.R.L. nu a specificat că înțelege să utilizeze acest format, prin caietul de sarcini s-a menționat că auditorul trebuie să emită un raport intermediar în anumite termene, precum și un raport final, cu privire la care ofertantul nu a menționat nimic, de asemenea nu s-a menționat în propunerea tehnică nimic cu privire la procedura de aprobarea raportului intermediar și cu privire la modul de elaborare (informațiile pe care trebuie să le cuprindă) a proiectului final, iar modul de prezentare a rapoartelor este diferit de cel menționat în caietul de sarcini (3 exemplare pe suport de hârtie în loc de 4 exemplare pe suport de hârtie). Totodată, instanța constată că ofertantul S.C. Mega Cont Expert S.R.L. nu a menționat nimic cu privire la anexele 2A și 2B din caietul de sarcini, intitulate „proceduri de urmat” și „proceduri de realizat”, astfel că din ofertă nu se înțelege modul în care candidatul a înțeles să ofere servicii de auditare conforme cu solicitările din caietul de sarcini. Analizând prin comparație modalitatea de elaborare a propunerii tehnice de către ceilalți participanți la licitație, a căror oferte au fost considerate conforme, instanța constată că într-adevăr, din propunerile acestora rezultă îndeplinirea tuturor cerințelor prezentate mai sus.

Nimic nu împiedică ofertantul S.C. Mega Cont Expert S.R.L. să întocmească propunerea financiară cu respectarea strictă a cerințelor obligatorii din caietul de sarcini, astfel că nu se justifică acordarea candidatului S.C. Mega Cont Expert S.R.L. un tratament preferențial în sensul refacerii propunerii tehnice prin completarea acesteia cu părțile lipsă și modificarea ei pentru a fi conformă cu caietul de sarcini. Instanța nu poate lua în considerare argumentul pârâtei care a apreciat că cele două propuneri ale S.C. Mega Cont Expert S.R.L. erau conforme întrucât ofertantul nu trebuia să reia în propunerile prezentate aspectele menționate în caietul de sarcini pentru că aveau un caracter obligatoriu și era inutilă reluarea lor.

Motivul pentru care instanța va respinge acest argument este bazat pe dispozițiile art. 170 din OUG 34/2006 care prevede în mod expres că autoritatea contractantă încheie contractul pe baza propunerilor tehnice și financiare din oferta câștigătoare, astfel că este necesar ca oferta să detalieze adecvat aceste propuneri pentru a demonstra conformitatea cererii cu oferta, încheierea contractului intervenind atunci când cele două manifestări de voință, ale emitentului cererii și ale ofertantului, se întâlnesc. În plus, în cuprinsul ofertei nu se precizează în mod expres că S.C. Mega Cont Expert S.R.L. înțelege să respecte întocmai procedurile menționate în caietul de sarcini, proceduri pe care și le însușește, dar pe care nu le mai reia în cuprinsul propriu-zis al ofertei. Pe de altă parte, instanța constată că, potrivit art. 201 din OUG 34/2006, pe parcursul aplicării procedurii de atribuire autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de ofertanți pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și de selecție sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate, dar **fără ca prin aceste clarificări/completări să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui candidat/ofertant.**

Art. 78-80 din HG 925/2006 care detaliază procedura de solicitare a clarificărilor, stabilesc în mod expres faptul că autoritatea contractantă are dreptul de stabili doar clarificări sau confirmări *formale sau de confirmare*, iar modificările propunerilor tehnice sunt acceptate doar în cazul în care pot fi încadrate în categoria viciilor de formă sau a erorilor aritmetice, ori corecturi a unor abateri tehnice minore, fără posibilitatea ca ofertantul să modifice conținutul propunerii financiare. Drept urmare, instanța apreciază că în mod corect autoritatea contractantă nu a solicitat ofertantului S.C. Mega Cont Expert S.R.L. completarea propunerii tehnice cu toate capitolele lipsă din cuprinsul acesteia, pentru că ar fi presupus modificarea conținutului ofertei, fapt interzis în mod expres de lege. De asemenea, faptul că acestui ofertant nu i s-a solicitat să justifice modul de fundamentare a prețului (cum s-a solicitat altor ofertanți) nu a produs o discriminare a acestuia în raport de ceilalți ofertanți, întrucât motivul respingerii ofertei sale nu a avut legătură cu acest aspect. Astfel, justificarea modului de formare a prețului presupune prezentarea de către ofertant

a elementelor din care este format prețul, pentru ca autoritatea contractantă să poată verifica realitatea și legalitatea stabilirii acestuia. Ca atare, această clarificare nu are legătură cu propunerea tehnică.

Având în vedere cele prezentate mai sus, instanța constată că autoritatea contractantă nu a nesocotit principiul nediscriminării în cazul licitației publice organizată de aceasta, ci, dimpotrivă, aceasta ar fi încălcat acest principiu dacă ar fi procedat așa cum pretinde pârâtul.

Ca atare, instanța constată că reclamantul nu a săvârșit o abatere de legalitate sau de regularitate în cazul licitației publice organizată de aceasta, pentru a se justifica aplicarea unei corecții financiare, motiv pentru care, în temeiul art. 51 din OUG 66/2011, se va admite contestația și se va dispune anularea celor două acte contestate

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII DISPUNE:

Admite cererea formulată de reclamantul Județul Botoșani în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu în cadrul dosarului de fond nr. 909/39/2012.

Dispune anularea Deciziei nr. 141203/14.09.2013 emisă de Comisia de soluționare a Contestațiilor din cadrul Ministerului Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu și, în consecință, anulează Nota de constatare nr. 136264 din 13.07.2012 emisă de comisia de control din cadrul Ministerului Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu

Cu recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, azi, 11.07.2013.

Dosar nr. 7137/40/2012

TRIBUNALUL BOTOȘANI
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA nr. 1558
Ședința publică din 26.04.2013

Pe rol soluționarea acțiunii formulate de **reclamantul Județul Botoșani prin președinte** în contradictoriu cu **pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu**. La apelul nominal, făcut în ședință publică, a răspuns avocatul pentru reclamant, lipsește reprezentantul pârâtului. S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință care învederează instanței că procedura de citare este legal îndeplinită, după care: Apărătorul reclamantului depune la dosar concluzii scrise și înscrisuri. Nemaifiind alte excepții formulate, sau probe de administrat, instanța constată terminată cercetarea judecătorească și acordă cuvântul pe fond. Apărătorul reclamantului solicită admiterea cererii cum a fost formulată.

TRIBUNALUL

Deliberând asupra cererii de față, constată următoarele:

A. CEREREA DE CHEMARE ÎN JUDECATĂ

Prin cererea înregistrată pe rolul acestei instanțe la data de 23.11.2012 sub nr. 7137/40/2012, reclamantul Județul Botoșani a solicitat, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu, ca, prin hotărârea ce se va pronunța, să se dispună:

1. Suspendarea executării actului administrativ fiscal reprezentat de Nota de constatare și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135039/12.02.2012, act emis de Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu, până la soluționarea definitivă și irevocabilă a cauzei, în temeiul art. 15 alin. 1 din Legea nr. 554/2004 - Legea contenciosului administrativ,
2. Anularea Deciziei nr. 141121/18.05.2012 a Ministerului Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu, prin care s-a respins ca nefondată contestația împotriva Notei de constatare și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135039/12.02.2012 formulată de către Județul Botoșani Consiliul Județean,
3. Anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 5039/12.02.2012,
4. Obligarea pârâtei la restituirea către reclamant a cotei părți din suma de 307.103 lei - reprezentând corecția financiară aplicată în raport de cererile de rambursare, precum și accesoriile aferente în valoare totală la momentul depunerii cererii de 110.752,53 lei și 26.580,61 lei reprezentând TVA);
5. Obligarea pârâtei la plata dobânzii aferente cotei părți din suma de 307.103 lei, la nivelul de referință a Băncii Naționale a României, sumă calculată de la data plății/reținerii sumei și până la restituirea integrală de către pârâtă a sumei imputată subscrisului în mod nejustificat;
6. Obligarea intimetei la plata cheltuielilor de judecată,

În motivarea cererii s-a arătat că în data 22.11.2010 s-a încheiat contractul de finanțare nr. 100676 pentru proiectul *„Suport consultanță pentru UIP și conștientizare publică din cadrul proiectului „Sistem integrat de management al deșeurilor în județul Botoșani”, în cadrul Programului Operațional Sectorial de Mediu 2007-2013, Axa prioritară 2*. În urma aplicării procedurii de licitație deschisă pentru achiziția de servicii în cadrul proiectului menționat și după parcurgerea tuturor etapelor procedurii, la data de 15.06.2011 s-a încheiat contractul de servicii nr. 8990 între Județul Botoșani și ofertantul declarat câștigător în cadrul procedurii, SC TAHAL CONSULTING ENGINEERS LTD. În data de 30.06.2011 se publică în Monitorul Oficial nr. 461 O.U.G. nr. 66 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau

a fondurilor publice naționale aferente acestora, iar în virtutea acestei noi reglementari se procedează (de către organismele de verificare autorizate) la reverificarea unor elemente legate de implementarea proiectului sus-menționat. În perioada 14.12.2011 - 12.03.2012 Ministerul Mediului și Pădurilor prin Direcția Generală AM POS Mediu a procedat la efectuarea unei verificări ce a avut drept scop investigarea aspectelor semnalate prin Suspiciunea de neregulă nr. 13/09.02.2012, de Direcția Fonduri Structurale - Serviciul Monitorizare Raportare, privind încheierea «contractului de servicii nr. 8990/15.06.2011 „Suport consultanță pentru UIP și conștientizare publică” din cadrul proiectului „Sistem integrat de management al deșeurilor în județul Botoșani”. În urma acestei verificări s-a încheiat Nota de constatare a neregulilor și de aplicare a corecțiilor financiare nr. 135039/12.02.2012. Prin Nota de constatare s-a reținut că, referitor la încheierea contractului de servicii nr. 8990/15.06.2011 „Suport consultanță pentru UIP și conștientizare publică” din cadrul proiectului integrat de management al deșeurilor în județul Botoșani”, Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu a stabilit un debit în sumă totală de 307.130,00 lei constând în cheltuieli neeligibile aferente desfășurării acestui program, respectiv: 1. contribuție din fonduri UE: 245.704,00 lei; 2. contribuție publică națională: 61.426,00 lei (bugetul de stat: 55.283,40 lei; buget local: 6.142,60 lei). Față de această împrejurare, prin Nota de constatare s-a considerat că acest debit se datorează faptului că Beneficiarul a încheiat contractului de servicii nr. 8990/15.06.2011 cu încălcarea prevederilor legale care reglementează domeniul achizițiilor publice, declarând câștigătoare o ofertă care nu îndeplinește condițiile minime de calificare și selecție.

Reclamantul a arătat că a parcurs procedura prealabile prevăzute de OUG nr.66/2011, în sensul că, în temeiul art. 7 alin. 1 din Legea 554/2004 coroborat cu art. 46 din OUG nr. 66/2011, Județul Botoșani - Consiliul Județean a solicitat Ministerului Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu anularea corecțiilor financiare aplicate Contractului de servicii nr. 8990/15.06.2011 prin contestația împotriva Notei de constatare și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 5039/12.02.2012). Prin Decizia nr. 141121/18.05.2012, comunicată la data de 28.05.2012, Ministerul Mediului și Pădurilor Direcția Generală AM POS Mediu a respins ca nefondată contestația constatare și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135039/12.03.2012 Județul Botoșani - Consiliul Județean. Reclamantul a apreciat că Nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 5039/12.02.2012 a fost emisă în mod nelegal, respectiv cu încălcarea principiului neretroactivității legii și încălcarea principiului previzibilității normelor juridice.

Referitor la încălcarea principiului neretroactivității legii, reclamantul a menționat că acest contract de servicii nr. 8990/15.06.2011 a fost încheiat înainte de intrarea în vigoare a OUG nr. 66/2011. Mai mult decât atât, contractul de finanțare nr. 100676 s-a încheiat între părți la data de 22.11.2010, dată la care era în vigoare OG nr. 2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător, ordonanță care a fost abrogată expres prin art. 65 din OUG nr. 2011, publicată în MO nr. 30.06.2011. Or, în virtutea principiului aplicării imediate, legea nouă este îndrituită să supună faptele din trecut pendinte la intrarea ei în vigoare (facta pendentia), sub autoritatea instituției pe care o înființează.

Reclamantul a arătat că prin art. 66 din O.U.G. nr. 66/2011 este reglementat un caz tipic de ultraactivitate a legii și după intrarea în vigoare a legii noi, însă pentru situații concret determinate, respectiv pentru activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la intrării în vigoare a OUG nr. 66/2011, acest articol având aplicare numai în privința procedurii de constatare și raportare a neregulilor, organizării și stabilirii atribuțiilor structurilor/echipelor de control, condițiilor de fond și formă ale procesului-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare, a căilor de atac împotriva acestor acte administrative, etc. Potrivit art. 15 alin. 2 din Constituție „Legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile”. Potrivit regulii constituționale, în doctrina juridică s-a arătat că o lege nouă nu poate aduce atingere situațiilor juridice definitiv

formate (constituite, modificate sau stinse) și nici efectelor produse înainte de intrarea ei în vigoare. S-a afirmat de asemenea că dispozițiile unei legi noi se aplică doar actelor și faptelor juridice încheiate, produse sau săvârșite după intrarea ei în vigoare.

Potrivit art. 15 alin. 2 din Constituție „Legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii ale sau contravenționale mai favorabile”. Potrivit regulii constituționale, în doctrina juridică s-a arătat că o lege nouă nu poate aduce atingere situațiilor juridice definitiv formate (constituite, modificate sau stinse) și nici efectelor produse înainte de intrarea ei în vigoare. S-a afirmat de asemenea că dispozițiile unei legi noi se aplică doar actelor și faptelor juridice încheiate, produse sau săvârșite după intrarea ei în vigoare.

Reclamantul a mai menționat că nu ne aflăm în prezența unei excepții de la principiul neretroactivității legii, excepții menționate de art. 15 alin. 2 din Constituție astfel, acesta a arătat că, așa cum prevede textul constituțional, de la principiul neretroactivității legii există și excepții, și anume legea penală sau contravențională mai favorabilă. Pentru a stabili dacă sancțiunea corecțiilor financiare se încadrează în situația de excepție prevăzută în teza finală a art. 15 alin. 2 din Constituție, reclamantul a arătat că potrivit definiției date de 2 lit. o din OUG nr. 66/2011 corecțiile financiare sunt „măsurile administrative luate de autoritățile competente, în conformitate cu prevederile prezentei ordonanțe de urgență, care constau în excluderea de la finanțarea din fonduri europene și/sau fonduri publice naționale aferente acestora a cheltuielilor pentru care a fost constatată o neregulă”. Aceste măsuri administrative au fost reglementate pentru săvârșirea de către beneficiarul fondurilor nerambursabile a unor „nereguli în aplicarea de către beneficiari a prevederilor privind procedurile de achiziție publică, fie în raport cu reglementările naționale în vigoare în domeniul achizițiilor publice, fie cu procedurile specifice de achiziții aplicabile beneficiarilor privați, împrejurare în care „se emit note de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare”, cum prevede art. 27 din ordonanță.

Abaterile pentru care se aplică corecții financiare sunt descrise în anexa la OUG nr. 66/2011 nu au fost reglementate în dispozițiile ordonanței abrogate (O.G. nr. 79/2003). Din textele menționate rezultă că aplicarea măsurilor administrative deși sunt urmarea unor abateri de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în marea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit (conform definiției date de art. 2 lit. a din ordonanță) reprezintă un ilicit juridic diferit de ilicitul penal sau contravențional. Prin urmare, teza finală a art. 15 alin. 2 din Constituție, nu poate fi considerată ca aplicabilă acest caz.

În ceea ce privește încălcarea principiului previzibilității normelor juridice, reclamantul a menționat că acesta impune ca autoritățile publice să normeze relațiile sociale prin adoptarea de acte normative care să intre în vigoare după trecerea unei anumite perioade de timp, astfel încât să permită oricărei persoane să poată recurge la consultanță de specialitate și să își corecteze conduita, pentru a nu determina o nesiguranță a raporturilor juridice administrative, care să aibă ca efect vătămarea intereselor sau drepturilor cetățenilor/contribuabililor, respectiv pentru a nu lipsi destinatarii acestor norme de posibilitatea de a lua cunoștință de ele într-un termen rezonabil și de a-și adapta conduita în funcție de schimbările aduse de acestea. Deși în dreptul românesc aceste principii nu este reglementat în mod expres, el își găsește totuși aplicarea în anumite domenii, mai ales că prin art. 62 alin. 3 din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă s-a urmărit să se asigure o oarecare stabilitate normativă, statuându-se că se interzice autorităților publice să repună în vigoare un act normativ prin abrogarea actului de abrogare al acestuia, făcând excepție

însă prevederile din Ordonanțele Guvernului care au prevăzut norme de abrogare și au fost respinse prin lege de către Parlament.

Astfel, autoritățile publice trebuie să ia în considerare o anumită marjă de toleranță cu ocazia adoptării actelor normative pentru ca destinatarii acestora să nu fie luați prin surprindere de anumite reglementări, care - în caz de nerespectare - i-ar putea vătăma. Or, făcând referire din nou la principiul neretroactivității legii, reclamantul a apreciat că efectuarea unui control în baza prevederilor O.U.G. nr. 66/2011 asupra unei proceduri de achiziție a cărei situație juridică a fost definitiv încheiată la momentul la care era în vigoare O.G. nr. 79/2003 este vădit legală, concretizată în baza unui exces de putere, așa cum este el definit în Legea nr. 554/2004. Reclamantul a mai menționat că Nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 135039/12.03.2012 a fost emisă fără a fi îndeplinite condițiile cumulative ale noțiunii de "neregulă".

Contestatarul a menționat că, deși în sarcina sa s-a reținut săvârșirea unei „nereguli”, nu s-a dovedit în nici un fel că inacțiunea sa legată de săvârșirea abaterilor prevăzute de pct. 1.6 din Anexa la OUG nr. 66/2011 și de pct. 6 din Ghidul COCOF 07/0037/03 constând în „neîndeplinirea criteriilor de calificare și selecție de către ofertantul câștigător”, au cauzat un prejudiciu sau sunt apte să producă în viitor un prejudiciu, organele de control nefăcând vreo referire cu privire la această condiție de antrenare a răspunderii sale nici în nota de control, nici în decizia de soluționare a contestației. După descrierea faptei reținute în sarcină sa, echipa de control a consemnat faptul că ofertantul declarat câștigător nu a îndeplinit criteriile de calificare și de selecție și a aplicat o abatere o corecție financiară de 10% reprezentând 307.130 lei din valoarea fără TVA a contractului de servicii nr. 8990/15.06.2011, conform pct. 1.6 din Anexa la OUG nr. 66/2011 și de pct. 6 din Ghidul COCOF 07/0037/03. S-a mai arătat că abaterile pentru care reclamantul a fost sancționat nu se regăsesc în prevederile legale menționate de către echipa de control în Nota de constatare.

Astfel, reclamantul a considerat că echipa de control face confuzie între noțiunea de „criteriu de calificare și selecție” și cea de „criteriu de atribuire”, arătând că în conformitate cu art. 176 sunt criteriile de calificare și selecție cele referitoare la situația personală a candidatului sau ofertantului, capacitatea de exercitare a activității profesionale, situația economică și financiară, capacitatea termică și/sau profesională, standarde de asigurare a calității, standarde de protecție a mediului, în cazurile prevăzute la art. 188 alin. (2) lit. f) și alin. (3), iar potrivit art. 198 din OUG 34/2006 , criteriul de atribuire a contractului de achiziție publică poate fi numai: fie oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic; b) fie în mod exclusiv, prețul cel mai scăzut." Mai mult, articolul 53 din Directiva 2004/18/CE, "Criterii de atribuire a contractelor" prevede că, fără a aduce atingere actelor cu putere de lege și actelor administrative de drept intern remunerarea anumitor servicii, criteriile pe baza cărora autoritățile contractante atribuie de achiziții publice sunt oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic din perspectiva autorității contractante sau prețul cel mai scăzut.

În ceea ce privește condiția sine qua non privind prejudiciul, respectiv dacă acțiunea sau inacțiunea beneficiarului a prejudiciat sau ar putea prejudicia bugetul Uniunii Europene, reclamantul a apreciat că ea nu este îndeplinită, din moment ce contractul de achiziție - după atribuire - este în curs de executare și se execută în conformitate cu cerințele și specificațiile tehnice din documentația de atribuire. În ultimul rând, reclamantul a arătat că Nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 135039/12.03.2012 a fost emisă fără ca elementele procedurii de achiziție publică să fie analizate corect în raport de legislația aplicabilă. Astfel, s-a menționat că prin Nota s-a apreciat că ofertantul declarat câștigător - SC TAHAL CONSULTING ENGINEERS LTD nu a îndeplinit criteriile de calificare și selecție impuse prin Fișa de date a achiziției pentru a proba experiența expertului în ingineria mediului și expertului financiar.

În ceea ce privește expertul în ingineria mediului, reclamantul a arătat că susținerea echipei de control cu privire la faptul că nu poate fi luată în considerare diploma de licență eliberată de Facultatea de fizică deoarece nu se încadrează în domeniul solicitat, este incorectă pentru că similar nu este același lucru cu identic, iar în conformitate cu prezentarea de pe site-ul Facultății de Știința Mediului Babeș-Bolyai, această diplomă poate fi acceptată pentru dovedirea specializării în ingineria mediului. Astfel, Facultatea de Știința Mediului din cadrul Universității Babeș - Bolyai a fost înființată în anul 2002 „prin comasarea secțiilor disparate cu profil de mediu ce existau în cadrul altor facultăți (Geografie, Biologie - Geologie, Fizică, Chimie), cadrele didactice provin din cadrul acestor facultăți, asigurând pregătire multidisciplinara adecvată viitorilor specialiști de mediu ai României.” Mai mult, expertul în ingineria mediului propus de SC TAHAL CONSULTING GINEERS LTD deține și o Diplomă de Studii Aprofundate în domeniul Biofizicii și Fizicii medicale - Universitatea Babeș Bolyai din Cluj - Napoca, care îi conferă titularului dreptul de a profesa în domeniul mediului. În prezentarea programelor academice ale Facultății de Fizică Babeș-Bolyai este cuprins și mașterul în Biofizică și fizică medicală care are drept finalitate dobândirea de cunoștințe și (...) deprinderi pentru a putea lucra în laboratoare din institute de cercetare, ale firmelor de aparatură medicală, de mediu, diferite companii publice sau private cu profil economic.”

În ceea ce privește cerința obligatorie a experienței generală: - minim 3 ani experiență în domeniul deșeurilor, reclamantul a arătat că această cerință obligatorie a fost îndeplinită prin prezentarea recomandării eliberată de Consiliul Local Valea lui Mihai, în calitate de beneficiar al proiectului (Anexa 12), coroborată cu adresa nr. 15.04.2011, emisă de ADR Nord - Vest referitoare la stadiul implementării acestui proiect. Cerință obligatorie - Experiență profesională specifică - experiență în cel puțin 1 proiect de mediu (finalizat) pentru autorități publice în care a deținut funcția de expert în ingineria mediului sau similar, reclamantul a arătat că această cerință obligatorie a fost îndeplinită prin prezentarea recomandării care certifică faptul că expertul propus de către SC TAHAL CONSULTING ENGINEERS LTD a participat în calitate de expert de mediu la proiectul Valea lui Mihai - Reciclare ecologică - proiect pentru implementarea sistem eficiente de gestionarea deșeurilor în orașul Valea lui Mihai și localitățile partenere.

În ceea ce privește expertul financiar, reclamantul a arătat că cerință obligatorie a studii universitare de lungă durată absolvite cu diplomă de licență în domeniul economic / financiar a fost îndeplinită prin prezentarea pentru expertul financiar a diplomei licență în domeniul economic, eliberată de Universitatea Babeș - Bolyai din Cluj - Facultatea de științe economice, cerința obligatorie a experienței profesionale specifică - minim 5 ani de experiență în elaborarea / implementarea proiectelor cu finanțare UE/IFI (Instituții Financiare Internaționale -BERD, BEI, BM, etc.) a fost considerată ca fiind îndeplinită având în vedere: CV-ul domnului B. A. S. în care este menționată experiență la PriceWaterhouse Coopers în perioada 2004 - 2008 și experiența la SC GPA Business Consulting SRL în perioada 2008 - 2010, Recomandarea din partea Consiliului local al Orașului Târgu Lăpuș prin care se certifică participarea în calitate de Lider adjunct a domnului B.A.S. la proiectul - Sistem Târgu Lăpuș, sistem eficient de gestionare a deșeurilor municipale și asimilate, Recomandarea din partea Consiliului Județean Bistrița - Năsăud prin care se certifică participarea domnului B A S în calitate de expert financiar la proiectul Sistem Management integrat al deșeurilor în Județul Bistrița - Năsăud din partea SC GPA Business Consulting SRL.

În privința cerinței obligatorii - Experiență în implementarea a cel puțin 1 proiect de investiții în domeniul mediului (finalizat), pentru autorități publice, în calitate de expert financiar / economic, reclamantul a arătat că a considerat îndeplinită această cerință obligatorie având în vedere recomandarea din partea Consiliului Județean Bistrița Năsăud prin care se certifică participarea domnului B.A.S de expert financiar la proiectul „Sistem de Management integrat al deșeurilor în Județul Bistrița - Năsăud din partea SC GPA Business Consulting SRL. La cerere s-au anexat înscrisuri.

B. ÎNTÂMPINAREA

Pârâtul a depus întâmpinare prin care a invocat excepția necompetenței materiale a Tribunalului Botoșani în soluționarea prezentei cauze, motivat de faptul că actul atacat este emis de o autoritate publică centrală, iar pe fond a solicitat respingerea acțiunii ca nefondată.

Cu privire la susținerea încălcării principiului neretroactivității legii, pârâtul a arătat că Nota de constatare a fost emisă cu respectarea prevederilor O.U.G. nr. 66/2011 coroborate cu cele ale O.U.G. nr. 34/2006, forma acestui din urmă act avută în vedere fiind cea în vigoare la data derulării procedurii de atribuire. Sursa de finanțare a Contractului de servicii nr. 8990/15.06.2011 constă în fonduri europene nerambursabile acordate în temeiul Contractului de finanțare nr. 100676/22.11.2010, încheiat între Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu și Consiliul Județean Botoșani. Or, scopul edictării O.U.G. nr. 66/2011 constă în constatarea neregulilor, stabilirea și recuperarea creanțelor bugetare rezultate din neregulile apărute în utilizarea, de către autoritățile contractante - beneficiari - a finanțării nerambursabile obținute pentru implementarea proiectelor aprobate de către Comisia Europeană. Monitorizarea modului de gestionare și utilizare a fondurilor europene astfel obținute revine, potrivit prevederilor art. 2 alin.(l) lit. e) din O.U.G. nr. 66/2011, autorității de management în cadrul programelor finanțate din instrumente structurale, de coeziune, respectiv Direcției Generale AM POS Mediu.

În susținerea apărării că nu a fost nerespectat principiul neretroactivității legii, pârâtul a arătat că, în conformitate cu dispozițiilor art. 66 din O.U.G. nr. 66/2011 "Activitățile de constatare neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea 529/2003, cu modificările și completările ulterioare." Per a contrario, activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care se desfășoară după data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011 finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor acestui act normativ. În situația în care activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare a fost declanșată după intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011, din punct vedere procedural, se vor aplica regulile acestui act normativ (legea nouă), chiar dacă fapta a fost săvârșită sub imperiul legii vechi (în speță, O.G. nr. 79/2003) având în vedere că efectele neregulilor constatate se produc sub imperiul OUG nr.66/2011.

De asemenea, s-a precizat că, din punct de vedere al stabilirii legalității procedurii atribuire a contractului s-au avut în vedere de către autoritatea publică emitentă a actului administrativ forma OUG nr. 34/2006 și HG nr.925/2006 în vigoare la data demarării procedurii de atribuire a contractului. În eventualitatea în care Ministerul Mediului și Schimbărilor Climatice - DG AM POS Mediu ar fi aplicat, pentru investigarea unei suspiciuni de neregulă întocmite în data de 09.02.2012, dispozițiile OG nr.79/2003, act Pârâtul a mai arătat că, potrivit art. 13 alin.(13) din contract, „ în cazul în care beneficiarul nu respectă legislația în domeniul achizițiilor publice, vor fi aplicate corecții financiare (în conformitate cu prevederile Ghidului pentru determinarea corecțiilor financiare - cheltuielilor cofinanțate din Fondurile Structurale - Anexa IVg), pentru neconformarea cu regulile achiziției publice, a COCOF 07/0037/03-EN din 29.11.2007. Aceeași procedură se va aplica și pentru finanțarea aferentă, alocată din fonduri de la bugetul de stat.”, OUG nr.66/2011 fiind adoptată în scopul „finalizării cât mai urgente a procedurilor de constatare și recuperare de la debitori a sumelor reprezentând corecții financiare stabilite, în conformitate cu prevederile reglementărilor comunitare, ca urmare a constatării unor nereguli de sistem sau ca urmare a identificării unor nereguli în aplicarea de către beneficiarii publici a prevederilor legale privind achizițiile publice, în scopul evitării blocajului implementării proiectelor de investiții, inclusiv a celor majore, finanțate prin instrumente structurale. Cu privire la susținerea cum că Nota de constatare a neregulilor și de stabilire corecțiilor financiare nr. 135039/12.02.2012 a fost emisă fără a fi îndeplinite condițiilor cumulative ale noțiunii de neregulă, s-a arătat că, în acord cu prevederile art.

2 alin. din OUG 66/2011 care reglementează noțiunea de neregulă și cu art. 8 alin. 17 din Contractul de Finanțare nr. 100676/22.11.2010, care prevede că beneficiarul se obligă să respecte legislația în domeniul achizițiilor publice (...). Nerespectarea acestei obligații conduce la neeligibilitatea parțială sau totală a actului/contractelor încheiate în cadrul proiectului", precum și cu art. 13 alin. (13) din contractul de finanțare, echipa de control a avut în vedere abaterea de la legalitate în atribuirea de către Județul Botoșani a contractului de servicii prin procedura Licitatie deschisă prin încălcarea prevederilor legale din domeniul achizițiilor publice prev. de art. 36 alin.(l) lit.b) din H.G. nr. 925/2006.

În ceea ce privește îndeplinirea condiției ca acțiunea sau inacțiunea beneficiarului să fi prejudiciat sau poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale s-a precizat că "efectele unei nereguli se produc la momentul aprobării cererii de rambursare a sumelor constatate neeligibile, din această clipă prejudiciul eventual, vizat prin sintagma care poate prejudicia bugetul, devenind efectiv". Cu privire la susținerea cum că Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135039/12.02.2012 a fost emisă fără analizarea corectă a elementelor procedurii de achiziție publică, pârâtul a reiterat concluziile Comisiei de soluționare a contestațiilor potrivit cărora expertul în ingineria mediului propus de ofertant nu îndeplinește cerința privind - calificarea/competențe întrucât nu are studii universitare de lungă durată absolvite cu diplomă de licență în ingineria mediului sau similar, neexistând similitudine între fizică și ingineria mediului, aria curriculară a acelor facultăți având materii diferite. În privința expertului financiar - dl B A S , comisia a reținut că acesta nu a făcut dovada cu documente a experienței indicată prin CV de minim 5 ani în implementarea de proiecte cu finanțare UE/IFI prin prezentarea de adevăruri sau certificate emise de angajator. În ce privește solicitarea reclamantului privind obligarea pârâtei la plata dobânzilor aferente sumelor plătite/reținute, pârâtul a apreciat că este inadmisibilă având în vedere că OUG nr.66/2011 nu prevede plata de dobânzi pentru Notele de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor în situația anulării acestora în instanță. La întâmpinare s-au anexat înscrisuri. Instanța a administrat proba cu înscrisurile depuse de părți, pentru ambele părți.

C. PROCEDURA

Instanța a administrat proba cu înscrisurile depuse la dosar de ambele părți. Prin încheierea din 31.01.2013 s-a admis cererea de suspendare a Notei de Constatare. Încheierea a fost modificată în sensul respingerii ca nefondate a cererii de suspendare prin Dec. nr. 4017/14.05.2013 dată de Curtea de apel Suceava. Prin întâmpinare s-a invocat excepția necompetenței materiale a instanței, dar pârâtul era decăzut din dreptul de a invoca excepția, potrivit art. 159¹ alin. 2 din codul de procedură civilă, întâmpinarea fiind depusă după prima zi de înfățișare când părțile au fost legal citate, la al treilea termen de judecată. Instanța s-a considerat competentă să judece prezentul litigiu, având în vedere că potrivit art. 2 alin.7 din OUG 66/2011, corecțiile financiare au același regim juridic cu cel al creanțelor bugetare, care, la rândul lor, sunt asimilate unor creanțe fiscale. În ceea ce privește creanțele fiscale, criteriul de stabilirea a instanței competente materiale este cel al valorii creanței, care trebuie să fie mai mică de 500.000 lei pentru a atrage competența tribunalului, condiție îndeplinită în cauza de față

D.OPINIA INSTANȚEI

Analizând actele și lucrările dosarului, instanța reține următoarele:

În data 22.11.2010 între părți s-a încheiat contractul de finanțare nr. 100676 pentru proiectul "Suport consultanță pentru UIP și conștientizare publică" din cadrul proiectului „Sistem integrat de management al deșeurilor în județul Botoșani", în cadrul Programului Operațional Sectorial de Mediu 2007-2013, Axa prioritară 2 (filele 39-87 ds). Prin art. 13 alin. 13 din contract s-a prevăzut că, în cazul în care Beneficiarul nu respectă legislația din domeniul achizițiilor publice vor fi aplicate corecții financiare (în conformitate cu prevederile Ghidului din pentru determinarea corecțiilor

financiare - anexa IVg) pentru neconformarea cu regulile achiziției. Aceeași procedură se va aplica și pentru finanțarea aferentă, alocată din fonduri de la bugetul de stat (filele 79-83 ds).

În baza acestui contract, reclamantul a aplicat procedura de licitație deschisă pentru achiziția de servicii în cadrul proiectului menționat și după parcurgerea tuturor etapelor procedurii, la data de 15.06.2011 s-a încheiat contractul de servicii nr. 8990 între Județul Botoșani și ofertantul declarat câștigător în cadrul procedurii, SC TAHAL CONSULTING ENGINEERS LTD (f. 88-94). Prin Suspiciunea de neregulă nr. 13/09.02.2012, Direcția Fonduri Structurale din cadrul DG AM POS Mediu s-a sesizat cu privire la modul de încheiere a «contractului de servicii nr. 8990/15.06.2011 „Suport consultanță pentru UIP și conștientizare publică” din cadrul proiectului „Sistem integrat de management al deșeurilor în județul Botoșani”, respectiv îndeplinirea condițiilor de calificare și selecție de către expertul financiar și expertul în ingineria mediului. În urma acestei verificări s-a încheiat Nota de constatare a neregulilor și de aplicare a corecțiilor financiare nr. 135039/12.02.2012 (f. 26 verso-30).

Prin Nota de constatare s-a reținut că ofertantul declarat câștigător, SC Tahal Consulting Engineers LTD, nu a întrunit cerințele de calificare obligatorii menționate în fișa de date a achiziției. Astfel, în ceea ce privește expertul în ingineria mediului, deși prin fișa de date achiziției s-a solicitat a se prezenta studii universitare de lungă durată absolvite cu diplomă de licență în domeniul ingineria mediului sau similar, precum și experiență de minim 3 ani în proiecte de managementul deșeurilor, acesta a prezentat diplomă de licență de la Facultatea de fizică și nu a prezentat documente justificative care să dovedească experiența profesională. În cazul expertului financiar, s-a reținut prin Nota de constatare că, deși prin fișa de date a achiziției s-a solicitat a avea experiență în implementarea a cel puțin 1 proiect de investiții în domeniul mediului finalizat pentru autorități publice în calitate de expert financiar/economic, s-a prezentat o recomandare din partea Primăriei orașului Târgu-Lăpuș din care rezultă că a participat în calitate de lider adjunct al echipei de asistență managerială și nu în calitate de expert financiar/ economic.

Prin aceeași notă de constatare s-a reținut că reclamantul a încălcat dispozițiile art. 36 alin. 1 lit. b din OUG 34/2006 și, în conformitate cu prevederile art. 1.6 din Anexa la OUG 66/2011 și cu pct. 6 din Ghidul COCOF 07/0037/03, pentru neîndeplinirea criteriilor de calificare și selecție a stabilit o corecție financiară de 10% din valoarea contractului 8990/15.06.2011, respectiv 307.130,00 lei constând în cheltuieli neeligibile aferente desfășurării acestui program, respectiv: 1. contribuție din fonduri UE: 245.704,00 lei; 2. contribuție publică națională: 61.426,00 lei (bugetul de stat: 55.283,40 lei; buget local: 6.142,60 lei). Reclamantul a contestat administrativ Nota de constatare, prin Decizia nr. 141121/18.05.2012 (f. 31-36 dosar), Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu respingând ca nefondată contestația împotriva Notei de constatare și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135039/12.03.2012 formulată de către Județul Botoșani - Consiliul Județean. Totuși, în cadrul Deciziei de soluționare a contestației, Comisia a reținut că expertul în ingineria mediului îndeplinește condiția experienței profesionale generale de 3 ani, având în vedere că recomandarea nr. 769/2011 emisă de către Orașul Valea lui Mihai și adresa nr. 3354/15.04.2011 emisă de ADR Nord Vest, dar nu o îndeplinește pe cea a studiilor, iar în privința expertului în Comisia de soluționare a contestațiilor a arătat că expertul financiar nu îndeplinește cerința experienței profesionale minime de 5 ani în implementarea /elaborarea proiectelor cu finanțare UE/IFI prin prezentarea de certificate sau de referințe care să probeze experiența indicată în CV.

Împotriva Notei de constatare și a Deciziei nr. 141121/18.05.2012 a formulat reclamantul prezenta contestație ce este structurată pe mai multe paliere pe care instanța le va analiza în continuare: În primul rând, reclamantul a apreciat că la întocmirea Notei de constatare s-a încălcat **principiul neretroactivității legii** și **principiul previzibilității normelor juridice** pentru motivele expuse pe larg în cererea de chemare în judecată. Practic, reclamantul a menționat că prin aplicarea unor corecții

financiare, ce nu erau reglementate prin O.G. 79/2003, aflată în vigoare la momentul încheierii 8990/15.06.2011, fiind instituite prin OUG 66/2011 edictată în locul primei ordonanțe, s-a încălcat principiul neretroactivității legii.

Reține instanța că, într-adevăr, la momentul încheierii contractului 8990/15.06.2011 era în vigoare O.G. 79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător, ordonanța prin s-a stabilit procedura de recuperare a acestor fonduri utilizate necorespunzător, procedură care se concretiza prin stabilirea unei creanțe bugetare. În acest sens, prin art. 2 din OG 79/2003 s-au definit noțiunile de „neregula” care reprezenta „orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile legale naționale și/sau comunitare, precum și cu prevederile contractelor ori ale altor angajamente legale încheiate în baza acestor dispoziții, care prejudiciază bugetul general al Comunității Europene și/sau bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, precum și bugetele din care provine cofinanțarea aferentă printr-o cheltuială necuvenită”, de „creanțe bugetare rezultate din nereguli” ce reprezentau „sume de recuperat la bugetul general al Comunității Europene și/sau la bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, precum și/sau la bugetele de cofinanțare aferente, ca urmare a utilizării necorespunzătoare a fondurilor comunitare și a sumelor de cofinanțare aferente și/sau ca urmare a obținerii necuvenite de sume în cadrul măsurilor care fac parte din sistemul de finanțare integrală ori parțială a acestor fonduri”, precum și aceea de „activitatea de constatare a creanțelor bugetare rezultate din nereguli” ca fiind „activitatea prin care se verifică, se stabilește și se individualizează obligația de plată sub forma unui titlu de creanță”.

Prin O.G. 79/2003 nu a fost reglementată noțiunea de corecție financiară care să intervină în situația încălcării dispozițiilor legale privitoare la achizițiile publice, ci doar noțiunea de creanțe bugetare care interveneau în situația în care fondurile comunitare erau folosite necorespunzător, ori se obțineau în mod necuvenit sume în cadrul măsurilor care fac parte din sistemul de finanțare integrală ori parțială a acestor fonduri. La data de 30 iunie 2011, ulterior încheierii contractului 8990/15.06.2011 intră în vigoare OUG 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora prin care se abrogă OG 79/2003. Noua Ordonanță a fost adoptată, printre altele în vederea „finalizării cât mai urgente a procedurilor de constatare și recuperare de la debitori a sumelor reprezentând corecții financiare stabilite, în conformitate cu prevederile reglementărilor comunitare, ca urmare a constatării unor nereguli de sistem sau ca urmare a identificării unor nereguli în aplicarea de către beneficiarii publici a prevederilor legale privind achizițiile publice, în scopul evitării blocajului implementării proiectelor de investiții, inclusiv a celor majore, finanțate prin instrumente structurale”, astfel cum se prevede chiar în preambulul său.

În plus, față de vechea reglementare, OUG 66/2011 reglementează pe lângă noțiunea de creanțe bugetare rezultate din nereguli ce sunt definite ca fiind „sumele de recuperat ca urmare a constatării unei nereguli în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora” și noțiunea de „aplicare de corecții financiare” definită ca fiind „măsurile administrative luate de autoritățile competente, în conformitate cu prevederile prezentei ordonanțe de urgență, care constau în excluderea de la finanțarea din fonduri europene și/sau fonduri publice naționale aferente acestora a cheltuielilor pentru care a fost constatată o neregulă” (art. 2 lit. o)

În concluzie, instanța reține că aplicarea corecțiilor financiare reprezintă o instituție însă prin OUG 66/2011, vechea reglementare necunoscând această noțiune. Pentru a stabili modul de aplicare în timp a normelor conținute în cele două Ordonanțe, important este a se face o distincție între normele juridice de drept material și normele juridice de drept procedural, întrucât aplicarea în timp a acestor două categorii norme juridice este diferită. Astfel, aplicarea normelor juridice de

drept material este supusă principiului-aplicării legii aflată în vigoare la momentul nașterii, raporturilor juridice, pe când aplicarea normelor juridice de drept procesual este supusă principiului aplicării imediate a legii noi, dacă sunt dispoziții contrare, astfel cum rezultă din art. 725 alin. 1 din Vechiul cod de procedură. Cele două acte normative suspuse controlului conțin atât norme de procedură (cum sunt cele referitoare la organizarea și stabilirea atribuțiilor structurilor/echipelor de control, condițiilor de fond sau de formă ale procesului verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare, căile de atac împotriva acestor forme de atac), cât și norme de drept material (cum sunt cele referitoare la noțiunea de neregulă sau corecție financiară). Dispozițiile din OUG 66/2011, în special cele ale Anexei 1, care descriu abaterile pentru care se aplică corecții financiare, cu indicarea cuantumului corecției aplicate sunt norme de drept material întrucât stabilesc o sancțiune de natură administrativă. Așadar, având în vedere cele expuse mai sus, dispozițiile anexei 1 la OUG 66/2011 care reglementează corecțiile financiare, fiind emise ulterior încheierii contractului nr. 8990/15.06.2011 nu puteau fi aplicate reclamantului pentru că aceasta ar însemna o încălcarea principiului neretroactivității legii.

Dar, corecția financiară a fost aplicată nu numai în baza art. 1.6 din Anexa la OUG 66/2011, ci și în baza pct. 6 din Ghidul COCOF 07/0037/03, ghid care face parte integrantă din Contractul de finanțare nr. 100676 pentru proiectul "Suport consultanță pentru UIP și conștientizare publică" în baza căruia s-a desfășurat licitația publică deschisă finalizată cu încheierea contractului 8990/2011. Astfel, prin art. 13 alin. 3 din contractul de finanțare, reclamantul s-a angajat ca, în cazul în care nu respectă legislația din domeniul achizițiilor publice, să îi fie aplicate corecții financiare (în conformitate cu prevederile Ghidului din pentru determinarea corecțiilor financiare - anexa IVg) pentru nerespectarea regulilor achiziției. Aceeași procedură se va aplica și pentru finanțarea aferentă, alocată din fonduri de la bugetul de stat. Studiind anexa 1 la OUG 66/2011 și acest Ghid, instanța a constatat că acesta conține dispoziții similare cu cele ale OUG 66/2011. Așadar, aplicarea unor corecții financiare în baza acestui ghid care face parte integrantă din contractul de finanțare apare ca o aplicare a regulilor contractuale fapt ce nu contravine principiului neretroactivității.

De asemenea, faptul că aplicarea corecției financiare s-a concretizat prin aplicarea procedurii prevăzută de OUG 66/2011 nu reclamă o încălcare a principiului neretroactivității legii, întrucât legile de procedură sunt de imediată aplicare, așa cum instanța a argumentat mai sus și cum reiese și din interpretarea per a contrario a art. 66 din OUG 66/2011. La fel, faptul că aplicarea corecției financiare s-a concretizat prin aplicarea procedurii prevăzută de OUG 66/2011 nu reclamă o încălcare nici a principiului previzibilității normelor juridice pentru că reclamantului îi era previzibil că în caz de încălcare a dispozițiilor privind procedura achiziției publice, se va putea aplica o corecție financiară, în acord cu Ghidul ce făcea parte integrantă din contract.

Concluzionând, instanța consideră că prin aplicarea corecției financiare în baza art.1 pct. 6 din Anexa la OUG 66/2011 s-a produs o încălcare a principiilor neretroactivității legii și a previzibilității legii, dar aceeași corecție a fost aplicată și în baza pct. 6 din Ghidul COCOF 07/0037/03 (ce au un conținut similar cu cel al art. 1 pct. 6 din Anexa la OUG 66/2011), parte integrantă din contractul de finanțare nr. 100676/2010, prin art. 13 alin. 13 din contract reclamantul acceptând posibilitatea aplicării de corecții financiare în cazul unei încălcări a procedurii achiziției publice, astfel că, deși temeiul furnizat de art. 1 pct. 6 din anexa la OUG 66/2011 este ilegal, temeiul furnizat de pct. 6 din Ghidul COCOF 07/0037/03 este legal și produce efecte prin el însuși. În ceea ce privește susținerea reclamantului că Nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 135039/12.03.2012 a fost emisă fără a fi îndeplinite condițiile cumulative ale noțiunii de "neregulă", instanța reține următoarele:

Chiar dacă pentru dispozițiile procedurale trebuie să ne raportăm la dispozițiile OUG 66/2011, atunci când analizăm noțiunea de neregulă, trebuie să ne raportăm la definiția acesteia dată de actul normativ în vigoare la momentul realizării procedurii de licitație publică finalizată prin

încheierea contractului nr. 18990/2011. Așadar, prin neregulă trebuie să înțelegem „orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile legale naționale și/sau comunitare, precum și cu prevederile contractelor ori ale altor angajamente legale încheiate în baza acestor dispoziții, care prejudiciază bugetul general al Comunității Europene și/sau bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, precum și bugetele din care provine cofinanțarea aferentă printr-o cheltuială necuvenită” astfel cum a fost ea definită OG 79/2003 întrucât definiția neregulii este o noțiune de drept material și nu una de drept procesual.

În concret, prin Nota de constatare, dispoziția legală apreciază a fi încălcată a fost cea prevăzută de art. 36 alin. 1 din HG 925/2006, iar abaterea de legalitate a fost ce a constată a fost reprezentată de neîndeplinirea criteriilor de calificare și selecție de către ofertantul câștigător, abatere încadrată în prevederile art. 1.6 din anexa la OUG 66/2011 și pct. 6 din Ghidul COCOF. Sub acest aspect, instanța constată pârâtu s-a referit în mod corect la criteriile de calificare și selecție, nu la criteriile de atribuire, criteriile de calificare și selecție fiind inclusiv cele referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale a ofertanților (art. 176 din OUG 34/2006).

În ceea ce privește condiția prejudiciului, instanța constată că art. 2 alin. 1 lit. a din OG 79/2003 se referea la producerea efectivă a unui prejudiciu bugetului general al Comunității Europene și/sau bugetelor administrate de aceasta ori în numele ei, precum și bugetelor din care provine cofinanțarea aferentă printr-o cheltuială necuvenită, condiție care nu este îndeplinită în cauza de față întrucât nu s-a dovedit că în situația concretă, s-a produs un prejudiciu efectiv, contractul nr. 8990/2011 fiind în vigoare, proiectul derulându-se în continuare, instanța neavând date privitoare la neîndeplinirea sau îndeplinirea necorespunzătoare a proiectului în considerarea căruia s-a încheiat contractul 8990/2011.

În ceea ce privește apărarea potrivit căreia Nota de constatare a fost încheiată fără ca elementele procedurii de achiziție publică să fie analizate corect în raport de legislația aplicabilă, instanța reține următoarele: Abaterea de la legalitate a fost încadrată de pârât în prevederile art. 1.6 din anexa la G 66/2011 și pct. 6 din Ghidul COCOF. În ceea ce privește art. 1.6 din Anexa la OG, instanța și-a exprimat opinia potrivit căreia aceasta presupune o încălcare a principiului neretroactivității legii, motiv pentru care va aprecia din start ca nelegală o asemenea încadrare. În ceea ce privește încadrarea abaterii în prevederile pct. 6 din Ghidul COCOF, instanța constată că acest punct se referă la „aplicarea unui criteriu ilegal de selecție a contractului” care este explicitată ca privind situațiile în care contractul a fost atribuit aplicând criteriile de selecție ilegale a contractului (de ex. folosirea unui criteriu de selecție pentru atribuirea contractului, neconformarea cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă în anunțul de licitație sau documentele de licitație sau aplicarea criteriilor de atribuire a unui contract în mod incorect și/sau nediscriminatoriu) - fila 82 dosar, vol. 1. Așadar, instanța constată că abaterea propriu-zisă constatată de pârât, respectiv faptul că ofertantul declarat câștigător nu respecta criteriile de selecție impuse prin fișa de date a achiziției, se încadrează prevederile pct. 6 din Ghidul COCOF (anexa IV g la contractul de finanțare 100766/2010).

Drept urmare, instanța va analiza în continuare dacă aprecierea pârâtului referitoare la faptul că reclamantul a atribuit contractul unui ofertant care nu îndeplinește criteriile de selecție și calificare este corectă. Reiterează instanța că, așa cum rezultă din Decizia de soluționare a contestației. Comisia a reținut că expertul în ingineria mediului menționat de ofertantul câștigător îndeplinește condiția experienței profesionale generale de 3 ani, având în vedere că recomandarea nr. 769/2011 emisă de către Orașul Valea lui Mihai și adresa nr. 3354/15.04.2011 emisă de ADR Nord Vest, dar nu o îndeplinește pe cea a studiilor. Ca atare, doar acest criteriu de calificare și selecție a fost, în final, reținut ca fiind neîndeplinit de către ofertantul declarat câștigător. Sub acest aspect, instanța reține că prin fișa de date a achiziției expertul în ingineria mediului trebuia să aibă studii

universitare absolvite cu diplomă de licență în ingineria mediului sau similar (fila 11 dosar vol I. verso), iar expertul propus de ofertantul câștigător a depus diplomă de licență în fizică.

Părțile sunt în dispută dacă domeniul fizicii este similar cu cel al ingineriei mediului. Instanța apreciază că prin sintagma similar trebuie să înțelegem că domeniul studiilor absolvite de expertul în ingineria mediului trebuie să se încadreze în aceeași familie cu ingineria mediului. Opinează instanța că domeniul ingineriei mediului este unul de nișă, apărut în contextul ultimilor ani, pe fundalul conștientizării importanței protejării mediului înconjurător, el reunind cunoștințe din mai multe domenii, cum este cel al geografiei, biologiei, chimiei, geologiei, fizicii. De asemenea, constată instanța că Facultatea de Știință și Ingineria mediului a fost înființată abia în anul 2002 în cadrul Universității Babeș Bolyai din Cluj, universitate pe care a frecventat-o și expertul propus de ofertantul declarat câștigător, dar în anul 1995. De asemenea, această facultate a fost înființată prin comasarea secțiilor cu profil de mediu ce exista în cadrul altor facultăți, cum este și aceea de Fizică, pe care a absolvit-o expertul propus. Așadar, instanța constată că domeniul fizicii face parte dintr-un domeniu similar cu cel al „ingineriei mediului” .

În ceea ce privește expertul în domeniul financiar, Comisia de soluționare a contestațiilor a arătat că expertul financiar nu îndeplinește cerința experiențe profesionale minime de 5 ani în implementarea/elaborarea-proiectelor cu finanțare UE/IFI, fapt neadevărat întrucât acesta a menționat că la experiența profesională, că în 2004-2008 a activat la Price Waterhouse Coopers, iar în perioada 2008-2010 la SC GPA Business Consulting SRL. Pentru toate aceste considerații de mai sus, instanța va admite în parte cererea și va anula Nota de constatare și Decizia dată în soluționarea contestației administrative.

În temeiul art. 18 alin. 3 din Legea 554/2004, instanța va obliga pârâtul și la plata 213.394,44 lei reținută deja de către acesta în baza actelor anulate, astfel cum rezultă din cererile de rambursare 13,14,19, 23 și 27, precum și din Notificările Ministerului Mediului și Schimbărilor Climatice cu privire la aceste cereri, precum și la plata dobânzii aferente acestor sume. Faptul că prin OUG 66/2011 nu sunt prevăzute dobânzi în cazul restituirii sumelor încasate nelegal nu constituie un argument pentru neacordarea lor. Dimpotrivă, potrivit regulilor de drept comun, orice sumă de bani este purtătoare de dobânzi. În ceea ce privește cheltuielile de judecată, instanța constată că reclamantul nu a probat efectuarea acestora.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII, HOTĂRĂȘTE

Admite în parte cererea formulată de **reclamantul Județul Botoșani prin președinte**, cu sediul în Botoșani, în contradictoriu cu **pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu**, cu sediul în București, sector 4. Anulează Decizia nr. 141121/18.05.2012 emisă de Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu și, în consecință, anulează Nota de constatare și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135039/12.02.2012 emisă de aceeași instituție.

Obligă pârâtul la restituirea către reclamant a sumelor de 213.395,44 lei reținută de pârât cu titlul de corecție financiară precum și a dobânzii aferente calculată la nivelul de referință al B.N.R. de la momentul reținerii sumelor și până la restituirea integrală. Respinge ca nefondată cererea de obligare a pârâtului la plata către reclamant a cheltuielilor de judecată.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din 26.04.2013.

Dosar nr. 369/39/2013

CURTEA DE APEL SUCEAVA
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 294
Ședința publică din 11 noiembrie 2013

Pe rol, judecarea acțiunii în contencios administrativ având ca obiectiv „contestație act administrativ” formulată de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul Botoșani, cu sediul în Botoșani, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor prin Direcția Generală AM POS Mediu, cu sediul în București, sector 5 București.

La apelul nominal făcut în ședință publică, au lipsit părțile. S-a tăcut referatul cauzei, după care, grefierul de ședință învederează că s-a depus la dosar prin serviciul arhivă de către reclamantă înscrisurile solicitate la termenul anterior. Instanța, verificând actele și lucrările dosarului constată probatoriul administrat în cauză ca fiind epuizat, cererea în stare de judecată și având în vedere că reclamanta a solicitat judecarea cauzei și în lipsă, rămâne în pronunțare asupra acesteia. După deliberare,

CURTEA

Asupra acțiunii de față, constată următoarele:

Prin acțiunea înregistrată pe rolul Curții de Apel Suceava - Secția a II-a civilă de contencios administrativ și fiscal, la data de 22.05.2013 și înregistrată sub nr. 369/39/2013, reclamanta **Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul Botoșani, a.** solicitat în contradictoriu cu pârâtul **Ministerul Mediului și Pădurilor prin Direcția Generală AM POS Mediu,** ca prin hotărârea ce se va pronunța să se constate că:

- Decizia nr. 143250/10.12.2012 prin care a fost soluționată contestația nr. 79761/25.10.2012 împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 142817/02.11.2012, emis de Ministerul Mediului și Pădurilor prin Direcția Generală AM POS Mediu având ca obiect contractul de lucrări nr. 7707/11.04.2011 „Demolare, demontare CAF 2, CAF 3 de 100 Gcal/h și canalizare de abur nr. 1 și 2 de 105t/h din CET Botoșani" din cadrul proiectului „Reabilitarea sistemului de termoficare urbană la nivelul municipiului Botoșani pentru perioada 2009 - 2028 în scopul conformării la legislația de mediu și creșterea eficienței energetice, este nelegală și netemeinică și să se dispună anularea acesteia.
- Anularea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 142817/02.11.2012, emisă de Ministerul Mediului și Pădurilor prin Direcția Generală AM POS Mediu având ca obiect contractul de lucrări nr. 7707/11.04.2011.
- Obligarea Pârâtului la restituirea sumei de 351.012,81 lei reprezentând cota parte din valoarea corecțiilor financiare/creanțelor bugetare reținută de acesta în baza Notei, din cererile de rambursare depuse de reclamantă.

În motivare a arătat că, comisia de soluționare a contestației Municipiului Botoșani referitoare la Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 142817/02.11.2012, înregistrată la Unitatea Administrativ Teritorială Botoșani sub nr. 23423/06.11.2012, a apreciat că în speță în mod corect a fost confirmată recomandarea autorității de audit și corecțiile - financiare aplicate conform Anexei la O.U.G. nr. 66/2011 și a respins contestația Municipiului Botoșani cu nr. 25513/03.12.2012. Reclamanta precizează că Echipa de verificare din cadrul autorității emitente a procedat la întocmirea notei de constatare ca urmare a neregulilor semnalate de către autoritatea de audit din cadrul Curții de Conturi în Raportul final de audit nr. 51299/AP/23.08.2012 precum și în baza prevederilor art. 31(1) din O.U.G. nr. 66/2011 și cele ale art. 14 din H.G. nr. 875/2011.

La întocmirea acestei note s-a avut în vedere contractul de finanțare nr. 120835/24.02.2011, documentația de atribuire aferentă antractului de Lucrări nr. 707/11.04.2011 „Demolare, demontare CAF 2, CAF 3 de 100 Gcal/h și cazanele de abur nr. 1 și nr. 2 de 105 t/h din CET Botoșani”, contractul de lucrări nr. 14364/29.09.2011, 7704/11.04.2011 Demolare, demontare CAF 2, CAF 3 de 100 Gcal/105l/h și cazanele 1 și 2 de 105 t/h din CET Botoșani, Cod SMIS 24752 și Raportul final de audit nr. 51299/AP/23.08.2012. La pct. III 2.3 din Anunțul de participare, criteriul de calificare și selecție referitor la personalul cheie a fost:

„Personal cheie: Proiectanți cu experiența dovedita de minim 3 ani în domeniile: construcții [minim 1], instalații electrice [minim 1], instalații de automatizare [minim 1], instalații aferente construcțiilor [minim 1], etc; - Verificator de proiecte atestat ; - Responsabil tehnic cu execuția atestat in domeniile aferente obiectului contractului, pentru domeniile: - construcții civile si industriale (domeniu I, atestat); - lucrări montaj utilaje, echipamente si instalații tehnologice industriale (domeniu EA40-403, DL 33-333, atestat 4EC) - Responsabil cu controlul tehnic de calitate - Responsabil cu securitatea muncii pe șantier calificat in acest sens.

Nivel specific minim necesar pentru personalul cheie angajat în contract: Manager de proiect 5 ani - Manager calitate 2 ani - Manager mediu 2 ani - Manager SSM 2 ani - Inginer coordonator proiectare - construcție - 3 ani - Inginer lucrări civile - 3 ani - Inginer mecanic - 3 ani - Inginer electric - 3 ani - Șef de șantier - 5 ani".

Conform pct. V.4.1 Lista principalelor lucrări din ultimii 5 ani din fișa de date a achiziției: „Ofertanții vor prezenta documente (certificate de recepție) din care sa rezulte că în ultimii 5 ani au finalizat „la cheie" cel puțin două contracte cu valoare cumulată de minim 1.600.000 LEI, având ca obiect montarea/demontarea unor instalații termice.

Se vor prezenta documente din care sa rezulte îndeplinirea cumulativa a condițiilor de la punctele 1 si 2: 1. Experiența ca antreprenor (ca asociat sau subcontractor) din ultimii 5 ani, dovedită prin: cel puțin două contracte de natură similară (pentru lucrările de montare/demontare instalații termice). Se solicita Certificatele de recepție de la Beneficiarii investițiilor respective. 2. Experiența ca proiectant (ca asociat sau subcontractor) in ultimii 5 ani, dovedita prin: cel puțin un contract de servicii de natura similara (montare/demontare instalații termice)".

Reclamanta consideră că această Notă de constatare este nelegală și netemeinică, încălcându-se principiului neretroactivității legii, a principiului legalității și a principiului previzibilității si predictibilității legii. Astfel potrivit cu art. 15 alin. 2 din Constituția României "legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile".

În condițiile in care O.U.G. 66/2011 are ca obiect sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene astfel cum rezultă din titlul său, aplicarea retroactivă a unor măsuri sancționatorii prevăzute de această reglementare pentru acte și fapte produse anterior intrării ei în vigoare, reprezintă o violare atât a principiului neretroactivității legii cât și a legalității, o încălcare nepermisă a unui principiu constituțional.

Principiul legalității presupune ca sancțiunea aplicată indiferent de natura ei să fie prevăzută de lege la data săvârșirii faptei, în speță la data producerii neregulii, nimeni neputând să fie expus consecințelor unei sancțiuni care nu era prevăzută de lege în momentul producerii faptei sancționabile. Acest principiu regăsindu-se înscris în art. 2 alin. 2 din Regulamentul nr. 2998/18.12.1995 privind protecția intereselor financiare ale UE.

Potrivit datelor furnizate de documentația procedurii de achiziție, potrivit precizărilor exprese înscrise chiar in adresa de înaintare a notei de constatare, precum și în preambulul notei de

constatare primul paragraf, obiect al verificărilor se constituie a fi contractul de finanțare nr. 120835/24.02.2011, documentația de atribuire aferentă Contractului de Lucrări nr. 7707/11.04.2011 „Demolare, demontare CAF 2, CAF 3 de 100 Gcal/h și cazanele de abur nr. 1 și nr. 2 de 105 t/h din CET Botoșani”, Contractul de lucrări nr. 14364/29.09.2011 „7704/11.04.2011,, Demolare, demontare CAF 2, CAF 3 de 100 Gcal/1051/h și cazanele 1 și 2 de 105 t/h din CET Botoșani, Cod SMIS 24752, Raportul final de audit nr. 51299/AP/23.08.2012.

Principiul transparenței este considerat încălcat în cadrul procedurii de achiziție finalizată anterior intrării în vigoare a prevederilor O.U.G. nr. 66/2011. Astfel, OUG 66/2011, intrată în vigoare la 30.06.2011, a fost aplicată unor acte și fapte juridice încheiate anterior apariției legii, fapt care atrage nelegalitatea integrală a notei de constatare. Verificarea legalității procedurilor de achiziție cuprinsă între momentul anunțului de intenție până la încheierea contractelor nu se poate face prin raportare exclusivă la legea în vigoare. Legalitatea procedurii nu se raportează decât la legea în vigoare aferentă declanșării și respectiv finalizării procedurii de achiziție rezultă din clauzele Contractului de finanțare nr. 120835.

Având în vedere principiul aplicării imediate a legii civile conform căruia Legea civilă nouă se aplică de îndată ce a fost adoptată tuturor situațiilor ivite după intrarea ei în vigoare, excluzând aplicarea legii civile vechi conform cu dispozițiile art. 6 alin. 5 Noul Cod Civil, emitentul actului putea să facă aplicarea OUG 66/2011 dacă după data de 30.06.2011, (momentul intrării în vigoare OUG 66/2011) se constatau abateri de la regularitate în modul de derulare a contractelor de servicii încheiate în baza procedurii de achiziție. Aceste abateri indică faptul că legiitorul a avut în vedere și situațiile ce s-ar putea naște după încheierea procedurii de achiziție sub regimul legii vechi sancționând neregulile și abateri de la legalitate săvârșite cu ocazia derulării contractelor încheiate în baza procedurii de achiziției finalizată anterior intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011.

Pe cale de consecință autoritatea contractantă era obligată să respecte dispozițiile legale în vigoare pe întreaga perioadă de desfășurare a procedurilor de achiziție aferente contractelor susmenționate, perioada în care legea sancționatorie în vigoare nu era decât OUG 34/ 2006. Aplicarea retroactivă a corecțiilor financiare indică și încălcarea principiului aplicării legii mai favorabile.

Reclamanta mai arată că prin nota de constatare se rețin în sarcina sa, patru abateri, însă nici una dintre acestea nu îndeplinesc condițiile cumulative ale noțiunii de neregulă așa cum este definită prin art. 2 lit. a din OUG 66/2011. Pentru nici una dintre abateri prin Nota de constatare nu se indică suma plătită necuvenit, cuantumul plății, data efectuării acestei plăți necuvenite și impactul financiar cu potențial păgubitor asupra bugetelor europene, aceasta din urma condiție fiind definitivă pentru a se putea reține săvârșirea unei abateri, nefiind astfel îndeplinite condițiilor cumulative prevăzute prin art. 2 lit. a din OUG nr. 66/2011.

Se mai precizează că anunțul de participare este o simplificare a Fisei de date a achiziției, motivat de faptul că acolo se poate completa doar un număr limitat de caractere. În cazul în care numărul de înregistrări introduse are o dimensiune mai mare decât cea maxim admisă, sistemul afișează un mesaj de eroare și eșuare a salvării anunțului. Mesajul se menține până la completarea dimensiunii maxim impuse a spațiului. La punctul II. 1.2) din Anunțul de participare se specifică că tipul contractului este proiectare și executare, ca urmare este firesc ca și experiența solicitată să acopere obiectul de activitate al viitorului contract.

Având în vedere că documentația a fost atașată anunțului de participare, operatorii economici interesați au luat spre știință imediat condițiile de calificare impuse de autoritatea contractantă. În susținere precizează faptul că operatorul economic prezent la deschidere a prezentat experiența solicitată atât pentru lucrări cât și pentru proiectare.

În concluzie, a solicitat admiterea contestației, anularea actului administrativ ca nelegal și netemeinic, înlăturarea corecțiilor aplicate conform cu pct. 1.7, 2.3 și respectiv 1.5 din anexa la U.G. 66/2011, prin măsurile stabilite la punctele I, II, III și IV din cap. 9, ca fiind lipsite de temei legal și dispunerea exonerării reclamantei de la plata corecțiilor financiare aplicate și restituirea sumelor reținute în contul acestora.

Prin întâmpinare, pârâtul **Ministerul Mediului și Pădurilor prin Direcția Generală AM POS Mediu**, a solicitat respingerea ca nefondată a cererii de anulare a Deciziei nr. 143250/10.12.2012 și a Notei de Constatăre a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 142817/02.11.2012.

Pârâta a arătat că misiunea de control a vizat aplicarea unei corecții financiare suplimentare pentru următoarele încălcări:

- Utilizarea unor cerințe care nu au legătură cu obiectul contractului;
- Necorelarea informațiilor cuprinse în Fișa de date a achiziției și cele din Anunțul de participare, în ceea ce privește criteriile de calificare, referitor la experiența ofertanților ca proiectanți.

În urma analizei echipa de control a reținut că cerințele solicitate nu au legătură cu obiectul contractului, întrucât spre exemplu Responsabilul tehnic cu execuția trebuia să fie atestat în domeniile: construcții civile și industriale, lucrări montaj utilaje, echipamente și instalații tehnologice industriale, însă contractul nu a avut acest obiect, ci dimpotrivă, în demolarea și demontarea unor CAF-uri/cazane de abur.

Conform pct.23 din Anexa 1 din Ghidul pentru stabilirea corecțiilor financiare aplicabile cheltuielilor cofinanțate prin fonduri structurale sau de coeziune (COCOF 07/0037/03-Anexă la Contractul de Finanțare nr. 120835/24.02.2011) precum și în conformitate cu prevederile punctului 2.3 din anexa la O.U.G. nr. 66/2011, pentru utilizarea unor criterii de calificare și selecție care pe de-o parte sunt restrictive, iar pe de altă parte nu au legătură cu obiectul contractului, având drept consecință depunerea unei singure oferte, care a fost declarată câștigătoare, DG AM POS Mediu aplică o corecție financiară suplimentară de 5% din valoarea fără TVA (5.950.000 lei) a contractului de lucrări nr. 7707/29.09.2011 "Construirea Centrului Integrat de Management al deșeurilor în Stăuceni" din cadrul proiectului "Sistem integrat de management al deșeurilor în județul Botoșani", reprezentând 297.500 lei, cod SMIS 24752.

Față de prevederile OUG nr. 66/2011, pârâtul arată per a contrario că, activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care se desfășoară după data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011 se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor acestui act normativ. Misiunea de control a început ulterior Raportului final de Audit nr. 51299/AP/23.08.2012 emis de către Autoritatea de Audit din cadrul Curții de Conturi, prin urmare, după intrarea în vigoare a OUG nr. 66/2011, astfel că activitatea de verificare și constatare a neregulilor se realizează conform prevederilor lui OUG nr. 66/2011. În consecință, reiese fără dubiu că valorificarea activității de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare se va face cu aplicarea prevederilor acestui act normativ.

În situația în care legiuitorul ar fi intenționat să intervină ultraactivitatea legii vechi care reprezintă o excepție de la principiul aplicării imediate a legii noi, ar fi trebuit să fi reglementat expres acest aspect. Dimpotrivă, legiuitorul a prevăzut expres că valorificarea activităților de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare să se realizeze potrivit legii noi, în speță O.U.G- nr. 66/2011. Legea este retroactivă atunci când reglementează fapte care, anterior intrării sale în vigoare, au dat naștere, au modificat sau au stins situații juridice precum și atunci când efectele respectivelor situații juridice s-au produs tot înainte de intrarea ei în vigoare. Specific cauzei de față este ca fapta (încălcarea prevederilor OUG nr. 34/2006) care a produs situația juridică (neregula) s-

a produs in timp ce era în vigoare O.G. nr. 79/2003 dar efectele sale juridice au continuat să se producă și sub imperiul noii reglementari.

Reglementarea este asemănătoare, singura diferență notabilă, care poate prezenta relevanță din perspectiva cauzei de față, fiind referirea la prejudiciu: O.G. 79/2003 vorbește de abateri care prejudiciază, în timp ce O.U.G. nr. 66/2011 se referă la abateri care au prejudiciat sau care pot prejudicia bugetul Uniunii Europene. Deosebirea rămân însă la nivelul aparentei, ambele sintagme acoperind, fie prin folosirea unui prezent continuu (cazul O.G. nr. 79/2003) fie prin referire la momentele anterioare sau posterioare neregulii (cazul OUG 66/2011), întreaga perioadă de derulare a unui program finanțat din fonduri europene. Pe cale de consecință, neregula constatată produce efecte juridice și sub imperiul O.U.G nr. 66/2011, fiind justificata aplicarea de către echipa de control a dispozițiilor acestui act normativ, nepunându-se problema retroactivității acestuia.

Referitor la existența sau inexistența unei nereguli în baza prevederilor OUG nr. 66/2011, pârâutul arată că neregula este o abatere de la legalitate, regularitate care a prejudiciat sau poate prejudicia bugetul Uniunii Europene și/sau fondurile publice naționale aferente acestora. Utilizarea unor cerințe care nu au legătură cu obiectul contractului, având drept consecință depunerea unei singure oferte, care a fost declarată câștigătoare, încalcă prevederile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Acestea au fost sancționate în mod legal deoarece distorsionează accesul la procedura de atribuire a potențialilor operatori economici și aduce atingere principiilor legale în domeniu. Prin urmare echipa de control a reținut, în mod corect, că s-a constatat o abatere de la legislația privind achizițiile publice cu impact financiar asupra bugetului Uniunii Europene și/sau fondurilor publice naționale aferente acestora.

Față de abaterile constatate în nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare pârâta arătată că echipa de control a stabilit că cerințele solicitate nu au legătură cu obiectul contractului, întrucât spre exemplu Responsabilul tehnic cu execuția trebuia să fie atestat în domeniile construcții civile și industriale (domeniu I, atestat), lucrări montaj utilaje, echipamente și instalații tehnologice industriale (domeniu EA40-403, DL 33-333, atestat MEC).

Obiectul contractului nu a constat în execuția de construcții civile și industriale, lucrări montaj utilaje, echipamente și instalații tehnologice industriale, specific domeniile EA40-403 (producția și distribuția energiei termice și a apei calde / revizuită conform cod CAEN, grupa 353 în Furnizarea de abur și aer condiționat), DL 33-333 (echipamente de automatizare), ci dimpotrivă, în demolarea și demontarea unor CAF-uri/cazane de abur. Or, prin înserarea unor criterii care nu au legătură cu obiectul contractului se distorsionează accesul liber al operatorilor economici la procedura de licitație deschisă. Procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică au la bază principiile prevăzute de art. 2 alin. 2 din OUG nr. 34/2006, și anume nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea, eficiența utilizării fondurilor publice și asumarea răspunderii.

De asemenea, conform art. 89 alin. 1 din Regulamentul financiar al Uniunii Europene, toate contractele de achiziții publice finanțate integral sau parțial din buget respectă principiile transparenței, proporționalității tratamentului egal și nediscriminării. Prin inserarea unor cerințe de calificare și selecție care nu au legătură cu obiectul contractului, autoritatea contractantă denaturează sensul art. 7 din HG 925/2006. Pe cale de consecință, se produce un efect constrângător asupra participării operatorilor economici la procedura de achiziție publică care ar fi îndeplinit cerințele de calificare și selecție dacă în documentație de atribuire ar fi fost înserate cerințe care au legătură concretă cu obiectul contractului.

Față de obligarea la restituirea sumei de 351.012,81 lei, reprezentând cota parte din valoarea corecțiilor financiare/creanțelor bugetare reținută de acesta în baza Notei, din cererile de

rambursare, pârâta arată că modul de calcul al corecției financiare este, conform OUG 66/2011, aplicarea unei cote procentuale de reducere la valoarea contractului, respectiv fonduri UE, buget de stat, bugete locale. Corecția aplicată a fost individualizată, având în vedere gravitatea neregulii, la minimumul prevăzut de lege, astfel încât susținerea că s-ar fi încălcat principiul proporționalității este nefondată. În concluzie, solicită respingerea acțiunii ca nefondată.

Prin răspunsul la întâmpinare, reclamanta a solicitat respingerea apărărilor formulate de pârât.

Față de cele arătate de pârâtul Ministerul Mediului și Schimbărilor Climatice, subliniază a se constata că eroarea de fapt și de drept în care se află acesta, datorită faptului că acesta stabilește aplicabilitatea în timp și spațiu a actului normativ în baza căruia a dispus aplicarea corecțiilor financiare, respectiv OUG nr. 66/2011, în funcție de Raportul de audit al Curții de Conturi nr. 51299/AP/23.08.2012, acesta nefăcând corelația dintre data publicării și aplicării O.U.G. nr. 66/2011 respectiv data de 30.06.2011 și momentul încheierii contractului de execuție lucrări nr. 7707/11.04.2011.

În condițiile în care O.U.G. 66/2011 are ca obiect sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene astfel cum rezulta din titlul său, aplicarea retroactivă a unor măsuri sancționatorii prevăzute de această reglementare pentru acte și fapte produse anterior intrării ei în vigoare, reprezintă o violare atât a principiului neretroactivității legii cât și a legalității, o încălcare nepermisă a unui principiu constituțional.

Principiul legalității presupune ca sancțiunea aplicată indiferent de natura ei să fie prevăzută de lege la data săvârșirii faptei, în speță la data producerii neregulii, nimeni neputând să fie expus consecințelor unei sancțiuni care nu era prevăzută de lege în momentul producerii faptei sancționabile. Astfel, OUG 66/2011, intrată în vigoare la 30.06.2011, a fost aplicată unor acte și fapte juridice încheiate anterior apariției actului normativ, fapt care atrage nelegalitatea integrală a notei de constatare. Se impută reclamantei faptul de a nu fi respectat principiul transparenței în cadrul procedurii de achiziție aferente contractelor susmenționate. Verificarea legalității procedurilor de achiziție cuprinsă între momentul anunțului de intenție până la încheierea contractelor nu se poate face prin raportare exclusivă la legea în vigoare. Că legalitatea procedurii nu se raportează decât la legea în vigoare aferentă declanșării și respectiv finalizării procedurii de achiziție rezultă din: clauzele Contractului de finanțare nr. 120835.

Având în vedere principiul aplicării imediate a legii civile conform căruia legea civilă nouă se aplică de îndată ce a fost adoptată tuturor situațiilor ivite după intrarea ei în vigoare, excluzând aplicarea legii civile vechi conform cu dispozițiile art. 6 alin. 5 Noul Cod Civil, emitentul actului putea să facă aplicarea O.U.G. 66/2011 dacă după data de 30.06.2011 (momentul intrării în vigoare O.U.G. 66/2011) se constatau abateri de la regularitate în modul de derulare a contractelor de servicii încheiate în baza procedurii de achiziție.

Aceste abateri indică faptul că legiuitorul a avut în vedere și situațiile ce s-ar putea naște după încheierea procedurii de achiziție sub regimul legii vechi sancționând nereguli și abateri de la legalitate săvârșite cu ocazia derulării contractelor încheiate în baza procedurii de achiziției finalizată anterior intrării în vigoare a OUG 66/2011, expres și limitativ enumerate. Pe cale de consecință autoritatea contractantă era obligată să respecte dispozițiile legale în vigoare pe întreaga perioadă de desfășurare a procedurilor de achiziție aferente contractelor susmenționate, perioadă în care legea sancționatorie în vigoare nu era decât OUG 34/ 2006.

În contextul litigiului de față, aflându-ne în fața unui concurs de norme sancționatorii, ambele în vigoare, admitând săvârșirea unui abateri de către reclamantă, acestea nu îi puteau fi aplicate decât măsurile sancționatorii înscrise în O.U.G. 34/2006, fie în considerarea aplicării principiului

legii în vigoare la data săvârșirii abaterii, fie în considerarea principiului aplicării legii mai favorabile, ambele ipoteze legale fiind ignorate de nota de constatare.

Referitor la existența unei nereguli arată că se rețin în sarcina reclamantei patru abateri, însă nici una dintre acestea neîndeplinind condițiile cumulative ale noțiunii de neregulă așa cum este definită prin art. 2 lit. a din O.U.G. nr. 66/2011. În dovedirea pretențiilor, respectiv în apărare, părțile au solicitat administrarea probei cu înscrisuri, probe admise de instanță în baza art. 258 și 255 Cod procedură civilă.

Analizând actele și lucrările dosarului, precum și dispozițiile legale aplicabile cauzei, instanța reține:

La data de 24.02.2011 între părți s-a încheiat Contractul de finanțare cu nr. 120835 (filele 85 - 90 dosar) prin care pârâtul a acordat reclamantului o finanțare nerambursabilă în valoare totală de 155.730.583 lei pentru implementarea proiectului intitulat „Reabilitarea sistemului de termoficare urbană la nivelul municipiului Botoșani pentru perioada 2009 - 2028 în scopul conformării la legislația de mediu și creșterii eficienței energetice” (art. 2 și 3 din contract).

În cadrul acestui proiect s-a desfășurat și procedura de achiziție publică prin „licitație deschisă”, potrivit reglementarilor din OUG nr. 34/2006, pentru atribuirea contractului de „Demolare, demontare CAF 2, CAF 3 de 100 Gcal/h și canalizare de abur nr. 1 și nr. 2 de 105 t/h din CET Botoșani”.

Procedura de achiziție a demarat prin publicarea în SEAP, la data de 03.03.2011 a anunțului de participare cu nr. 1 16372 (filele 90 - 93), publicare ce presupune verificarea ex-ante de către Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice a conformității anunțului cu legislația aplicabilă achizițiilor publice, conform art. 49 din OUG nr. 34/2006 (forma în vigoare la data demarării procedurii). Având în vedere data publicării anunțului și termenul de contestare a criteriilor de calificare și selecție, cerințele impuse de autoritatea contractantă în documentația de atribuire s-au definitivat în termenul de 5 zile de la publicare, prevăzut de art. 256² din OUG nr. 34/2006, calculat conform art. 3 lit. z din Ordonanță. Acesta deoarece după publicarea anunțului de participare, conform art. 179 alin. 4 din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă nu mai are posibilitatea de a modifica și/sau completa criteriile de calificare și selecție, cu excepția modificărilor dispuse prin decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor sau de instanța de judecată.

Procedura demarată de reclamantă s-a finalizat la data de 11.04.2011 prin încheierea Contractului de execuție lucrări nr. 7707 (filele 148 - 151 dosar) cu SC AQUATERM SRL, declarată câștigătoare în urma procedurii de evaluare a ofertelor (conform raportului procedurii de atribuire - filele 152 - 154 dosar). Această societate a fost de altfel singura care a depus o ofertă până la termenul limită stabilit de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, deși au trimis scrisori de intenție și au ridicat documentația tehnică alte 6 societăți (conform procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor - filele 165 - 169 dosar).

La data de 01.11.2012, Direcția Generală AM POS Mediu, în urma verificărilor făcute asupra procedurii de atribuire a contractului de lucrări nr. 7707/11.04.2011, a emis Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, înregistrată la Ministerul Mediului și Pădurilor sub nr. 142817/02.11.2012 (filele 37-49 dosar). Prin acest act s-a constatat ca s-au încălcat dispozițiile art. 2 alin. 2 din OUG nr. 34/2006 prin faptul ca reclamantul, în calitate de autoritate contractantă, în fișa de date a achiziției, a utilizat unele cerințe care nu au legătură cu obiectul contractului precum și existența unor necorelări a informațiilor cuprinse în fișa de date a achiziției cu cele din Anunțul de participare, în ceea ce privește criteriile de calificare, referitor la experiența ofertanților

ca proiectanți. Structura de control a concluzionat că utilizarea unor criterii de calificare și selecție care pe de o parte sunt restrictive iar pe de altă parte nu au legătură cu obiectul contractului, având drept consecință depunerea unei singure oferte, constituie abaterea prevăzută de pct. 2.3 din Anexa 2 la OUG nr. 66/2011 și a aplicat o corecție financiară de 5% din valoarea contractului de finanțare, însemnând 351.012,81 lei. Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 142817/02.11.2012, a fost contestată în procedura administrativă și prin Decizia nr. 143250/10.12.2012, Comisia de soluționare a contestațiilor, a respins contestația formulată de Municipiul Botoșani și a dispus menținerea drept temeinic și legal a titlului de creanță intitulat „Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare”, înregistrată la Ministerul Mediului și Pădurilor sub nr. 142817/02.11.2012 (filele 11-23 dosar).

1. Pentru că prima cauza de nelegalitate abordată de reclamantă se referă la încălcarea principiului neretroactivității legii, Curtea reține că la data de 30.06.2011 a intrat în vigoare OUG nr. 66 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, care prin art. 65 a abrogat expres OG nr. 79/2003.

Potrivit art. 66 din OUG nr. 66/2011 *„Activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare”* dar, în opinia instanței acest articol are aplicare numai în privința procedurii de constatare și raportare a neregulilor, organizării și stabilirii atribuțiilor structurilor/echipelor de control, condițiilor de fond și formă ale procesului-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare, a căilor de atac împotriva acestor acte administrative, etc.

În același sens, este și voința legiuitorului care în art. 2 alin 6 și 7 stabilește că *„Notei de constatare a neregulilor și de aplicare a corecțiilor financiare i se aplică toate prevederile prezentei ordonanțe de urgență aplicabile procesului-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare. Activitățile de stabilire a corecțiilor financiare i se aplică toate prevederile prezentei ordonanțe de urgență aplicabile activității de stabilire a creanțelor bugetare”*, ceea ce înseamnă că s-a făcut o distincție clară între procedurile de constatare a neregulilor și încălcarea obligațiilor asumate de beneficiarul fondurilor nerambursabile.

Controversa poartă însă asupra sancțiunii aplicabile unei încălcări a dispozițiilor contractuale, calificată ca „neregulă” săvârșită înainte de intrarea în vigoare a OUG nr. 66/2011, și anume în perioada derulării procedurii de achiziție publică, finalizată la data de 11.04.2011. Potrivit art. 15 alin. 2 din Constituție *„Legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile”*. Potrivit regulii constituționale, în doctrina juridică s-a afirmat că o lege nouă nu poate aduce atingere situațiilor juridice definitiv formate (constituite, modificate sau stinse) și nici efectelor produse înainte de intrarea ei în vigoare. S-a afirmat de asemenea că dispozițiile unei legi noi se aplică doar actelor și faptelor juridice încheiate, produse sau săvârșite după intrarea ei în vigoare.

Așa cum prevede textul constituțional, de la principiul neretroactivității legii există și excepții, și anume legea penală sau contravențională mai favorabilă. Pentru a stabili dacă sancțiunea corecțiilor financiare se încadrează în situația de excepție prevăzută în teza finală a art. 15 alin. 2 din Constituție, instanța reține ca potrivit definiției date de art. 2 lit. o din OUG nr. 66/2011 corecțiile financiare sunt *„măsurile administrative luate de autoritățile competente, în conformitate cu prevederile prezentei ordonanțe de urgență, care constau în excluderea de la finanțarea din fonduri europene și/sau fonduri publice naționale aferente acestora a cheltuielilor pentru care a fost constatată o neregulă”*.

Aceste măsuri administrative au fost reglementate pentru săvârșirea de către beneficiarul fondurilor nerambursabile a unor „nereguli în aplicarea de către beneficiari a prevederilor privind procedurile de achiziție publică, fie în raport cu reglementările naționale în vigoare în domeniul achizițiilor publice, fie cu procedurile specifice de achiziții aplicabile beneficiarilor privați împrejurare în care „se emit note de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare”, așa cum prevede art. 27 din ordonanță. Abaterile pentru care se aplică corecții financiare sunt descrise în anexa la OUG nr. 66/2011 și nu au fost reglementate în dispozițiile ordonanței abrogate. Din textele menționate rezultă că aplicarea măsurilor administrative deși, sunt urmarea unor abateri de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit (conform definiției date de art.2 lit. a din ordonanță) reprezintă un ilicit juridic diferit de ilicitul penal sau contravențional. Prin urmare, teza finală a art. 15 alin. 2 din Constituție, nu poate fi considerată ca aplicabilă.

Inaplicabilitatea sancțiunilor administrative prevăzute de OUG nr.66/2011, este impusă și de dispozițiile art. 2 alin. 2 din **Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2988/95 al Consiliului din 18 decembrie 1995 privind protecția intereselor financiare ale Comunităților Europene, aplicabil conform art. 148 alin. 2 din Constituție**. Potrivit acestor dispoziții „Nici o sancțiune administrativă nu poate fi impusă în absența unor dispoziții în acest sens prevăzute într-un act comunitar emis anterior abaterii respective. În cazul modificării ulterioare a dispozițiilor care impun sancțiuni administrative și care sunt incluse în normele comunitare, se aplică retroactiv dispozițiile mai favorabile”. Or, sancțiuni administrative sub forma corecțiilor financiare și descrierea faptelor ce constituie abateri, nu au avut o reglementare anterioară, pentru a se pune problema aplicării legii mai favorabile.

Legat de acest aspect, instanța nu poate reține caracterul mai favorabil al aplicării corecțiilor financiare față de restituirea integrală a fondurilor nerambursabile, aplicată ca sancțiune pentru săvârșirea unei nereguli și prevăzută în OG nr. 79/2003. Aceasta pentru că efectele aplicării celor două sancțiuni sunt diferite. Astfel, în baza dispozițiilor OG nr. 79/2003 constatarea unei nereguli era urmată de obligarea beneficiarului fondurilor nerambursabile la restituirea integrală a fondurilor obținute, dar nu pentru orice abatere de la legalitate, pentru că autoritatea de management trebuia să aprecieze asupra sancțiunii pe principii de proporționalitate. Sub acest aspect, instanța reține că principiul aplicării imediate a legii civile, conform căruia legea civilă nouă se aplică de îndată ce a fost adoptată tuturor situațiilor ivite după intrarea ei în vigoare, exclude aplicarea legii civile vechi conform cu dispozițiile art. 6 alin. 5 Noul Cod Civil, pârâtul nu putea face aplicarea OUG 66/2011 decât dacă abaterile de la legalitate și conformitate erau săvârșite după data intrării în vigoare a acestei ordonanțe. Or, așa cum s-a arătat abaterile reținute în sarcina reclamantei s-au epuizat la data publicării anunțului de participare, dată de la care nu se mai puteau face modificări decât prin dispoziții ale organului administrativ jurisdicțional sau instanței de judecată (conform art. 179 alin. 4 din OUG nr. 34/2006).

De altfel, aplicării corecțiilor financiare stabilite de OUG nr. 66/2011, i se opune și principiul stabilității securității juridice care impune ca o dispoziție legală să permită celor interesați să cunoască cu exactitate întinderea obligațiilor ce le sunt impuse. Cei cărora o dispoziție legală li se adresează, trebuie să aibă posibilitatea să își cunoască în mod neechivoc drepturile și obligațiile și să procedeze în consecință. CJCE a statuat că „Imperativul securității juridice se impune cu o rigoare deosebită în cazul în care o reglementare poate avea implicații financiare (Cauza C-94/05, pct. 43)”.

Or, reclamanta nu era în măsură să cunoască în mod neechivoc drepturile și obligațiile sale legate de aplicarea prevederilor privind procedurile de achiziție publică, deoarece obligația de a implementa Proiectul „în conformitate cu prevederile prezentului contract și ale legislației naționale și comunitare în vigoare” exprimă obligații generice și mult prea vagi față de specificitatea abaterilor descrise în anexa la ordonanța de urgență.

În același sens s-a exprimat și CJCE în Cauza C-158/06: „atunci când condițiile de acordare a unui sprijin financiar oferit de UE unui stat membru sunt enunțate în decizia de acordare, dar nu au fost nici publicate, nici comunicate de acest stat membru beneficiarului final al sprijinului, dreptul comunitar nu se opune aplicării principiului securității juridice în sensul împiedicării restituirii de către acest beneficiar al sumelor plătite necuvenit, cu condiția să fie constatată buna - credință a beneficiarului menționat”. Dar, în aceeași cauză s-a apreciat că nu există culpa beneficiarului (și în consecință nici reaua-credință) atunci când beneficiarul nu a avut posibilitatea de a cunoaște în mod neechivoc, cu exactitate, drepturile și obligațiile care îi reveneau. În consecință, aplicarea unei corecții financiare, pentru o abatere ce nu era descrisă la data încheierii contractului și nici la data derulării procedurii de achiziție publică, încalcă atât dispozițiile art. 15 alin. 2 din Constituție cât și dispozițiile art.2 alin. 2 din **Regulamentul nr. 2988/95** precum și principiul securității juridice.

2. A doua cauză de nelegalitate invocată de reclamantă se referă la neîndeplinirea condițiilor cumulative ale noțiunii de neregulă, așa cum este definită de prevăzute de art. 2 lit. a din OUG nr. 66/2011 și aplicarea greșită a dispozițiilor pct. 1.5 din același act normativ. Potrivit acestui text de lege prevăzute de art. 2 lit. a din OUG nr. 66/2011 prin neregulă se înțelege *orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o suma plătită necuvenit.*

Din textul enunțat rezultă că pentru a atrage răspunderea beneficiarilor fondurilor nerambursabile este necesară îndeplinirea mai multor condiții cumulative:

- Să existe o abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene sau cu prevederile contractului;
- Abaterea să constea într-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității, cu competențe în gestionarea fondurilor europene;
- Acțiunea sau inacțiunea beneficiarului să fi prejudiciat sau să poată prejudicia bugetul Uniunii Europene.

Deși în sarcina reclamantei s-a reținut săvârșirea unei „nereguli” pârâta nu a dovedit în nici un fel că acțiunea reclamantei legată de săvârșirea abaterii prevăzută de pct. 2.3 din Anexa la OUG nr. 66/2011 a cauzat un prejudiciu sau este aptă să producă în viitor un astfel de prejudiciu. Pornind de la faptul că prejudiciul este expresia patrimonială a pierderii de facto pe care a înregistrat-o bugetul Uniunii Europene, nu face nici o referire cu privire la această condiție de atragere a răspunderii beneficiarei fondului nici în notele de control, nici în decizia de soluționare a contestației și nici în apărările prezentate în instanță, cu toate că reclamanta a invocat constant această cauză de nelegalitate. Deoarece prejudiciul cuantificat sau cuantificabil, prezent sau viitor, înregistrat de bugetul Uniunii Europene determinat, este o condiție constitutivă a unei „nereguli” Curtea constată că nu sunt îndeplinite cumulativ condițiile pentru calificarea faptei reclamantei ca fiind o neregulă în sensul art. 2 lit. a din OUG nr. 66/2011.

3. În ce privește aplicarea nelegală a dispozițiilor pct. 2.3 din Anexa la OUG nr. 66/2011, instanța reține că potrivit textului legal, este considerată abatere și atrage aplicarea unei corecții financiare

„aplicarea unor criterii calificare și /sau selecție a unor criterii de atribuire (factori de evaluare nelegale”, descrierea faptei calificate ca abatere constând în „aplicarea unor criterii de selecție sau factori de evaluare care împiedică anumiți ofertanți potențiali să participe la procedura de atribuire din cauza restricțiilor stabilite în documentația de atribuire (de exemplu obligația de a avea o reprezentanță în țară sau în regiune ori stabilirea unor standarde tehnice prea specifice care favorizează un singur operator).

În Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 142817/02.11.2012 se reține că reclamanta, în calitate de autoritate contractantă, a utilizat în fișa de date a achiziției unele cerințe care nu au legătură cu obiectul contractului precum și existența unor necorelări a informațiilor cuprinse în fișa de date a achiziției cu cele din Anunțul de participare, în ceea ce privește criteriile de calificare, referitor la experiența ofertanților ca proiectanți. Referitor la utilizarea unor cerințe care nu au legătură cu obiectul contractului se reține, în esență, că în documentația de atribuire la pct. III.2.3. s-a cerut ca personalul cheie să dovedească experiență în execuția de construcții civile și industriale atestări în lucrări de montări utilaje, echipamente și instalații tehnologice industriale, deși contractul de achiziție publică avea ca obiect „demolarea și demontarea unor CAF-uri/cazane de abur”.

Instanța reține că o specializare tehnică în lucrări de demontare ar fi fost o condiție restrictivă impusă prin documentația de atribuire întrucât nu există nici o instituție de învățământ care să aibă în planul de învățământ o asemenea arie curriculară și similar nu există în profesia de demontator în COR (clasificarea ocupațiilor din România). În condițiile în care demontarea este operațiunea inversă montării de utilaje, echipamente și instalații tehnologice industriale, Curtea apreciază că cerința de calificare și selecție impusă de autoritatea contractantă are o evidentă legătură cu obiectul contractului. O altă abatere reținută prin Nota de control constă în necorelări ale informațiilor cuprinse în fișa de date a achiziției cu cele din Anunțul de participare, în ceea ce privește criteriile de calificare, referitor la experiența ofertanților ca proiectanți.

Conform art. 25 din HG nr. 925/2006 „în cazul în care Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice constată, în cursul verificării anunțului transmis ele autoritatea contractantă către operatorul SEAP, că în forma sau în conținutul acestuia există erori ori omisiuni, aceasta are obligația:

- a) de a comunica operatorului SEAP respingerea publicării anunțului;
- b) de a informa autoritatea contractantă asupra deciziei de respingere a publicării anunțului, motivând decizia respectivă și indicând modul în care erorile/omisiunile pot fi remediate.”

Faptul că ANRMAP a dispus publicarea anunțului de participare în SEAP relevă faptul că nu a constatat erori sau omisiuni care să conducă la decizia de respingere a publicării anunțului. Pe de altă parte, este de notorietate că la data publicării anunțului de participare cu nr. 116372, respectiv 03.03.2011 SEAP se confruntă cu „numeroase inconveniențe tehnice” așa cum se preciza și în publicația INFO ANRMAP nr. 16 din decembrie 2011, inconveniente concretizate în imposibilitatea sistemului de a prelua integral informațiile din anunțul de participare.

De altfel, prin faptul că autoritatea contractantă a făcut public prin anunțul de participare, respectiv la Cap. IV.3.3 - **Informații administrative**, despre modul în care operatorii economici pot intra în posesia documentației de atribuire și toți operatorii economici interesați au primit documentația respectivă, fără restricții și nu s-au înregistrat contestații și alte mențiuni cu privire la acest aspect, nu se poate afirma că din cauza neincluzerii în anunțul de participare a cerințelor referitoare la "Capacitatea tehnică III.2.3., s-a adus atingere principiului transparenței.

În același sens este și practica constantă a instanțelor competente în soluționarea cauzelor având ca obiect achiziții publice. Astfel, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ

și fiscal prin Decizia civilă nr. 2406/2008 a specificat că ...*nu va reține obiecția că anunțul de participare nu cuprinde toate elementele indicate în documentația de atribuire, deoarece anunțul de participare are un caracter general ...orice operator economic interesat a avut posibilitatea să cunoască, prin achiziționarea documentației de atribuire, toate informațiile privind procedura de atribuire.*

În aceste împrejurări, Curtea apreciază că imposibilitatea obiectivă a preluării integrale a cerințelor de calificare și selecție din Fișa de date a achiziției în Anunțul de participare nu a încălcat principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică, respectiv nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența și proporționalitatea, prevăzute de art. 2 alin. 2 din OUG nr. 34/2006, la care pârâta face o trimitere generică. Concluzia echipei de control că impunerea cerințelor de calificare și selecție pretins neconforme cu art. 2 alin. 2 din OUG nr. 34/2006 a condus la depunerea unei singure oferte este, în opinia instanței o apreciere subiectivă. Astfel, așa cum s-a reținut pe de o parte prin cerința unei experiențe în execuția de construcții civile și industriale și atestări în lucrări de montaj utilaje, echipamente și instalații tehnologice industriale, pentru personalul cheie, autoritatea contractantă a extins posibilitatea operatorilor economici de a depune oferte în cadrul procedurii de atribuire.

Pe de altă parte, depunerea unei oferte este o opțiune a operatorilor economici care, presupune o procedură de evaluare a posibilităților tehnico financiare de a participa la o procedură de achiziție, și nu poate fi considerată ca fiind urmarea exclusivă a cerințelor impuse de autoritatea contractantă pentru calificarea și selecția ofertelor. Este de reținut, în acest context că pentru apărarea drepturilor și intereselor legitime ale operatorilor economici, OUG 34/2011 a reglementat procedura de contestare a actelor emise de autoritatea contractantă în cursul unei proceduri de atribuire, fiind posibilă contestarea criteriilor de atribuire și selecție în termenele și condițiile prevăzute de acest act normativ. Faptul că nici unul din cei 6 operatori economici nu au solicitat clarificări cu privire la aspectele relevate în actul de control și nici nu au uzat de dreptul la contestație indică faptul că nu s-au considerat lezați de cerințele de calificare și selecție iar nedepunerea ofertei s-a datorat altor cauze. Considerentele de mai sus relevă neîndeplinirea cumulativă a condițiilor pentru a reține în sarcina reclamantei săvârșirea vreunei „nereguli” dar și o interpretare eronată a abaterii pentru care s-a aplicat corecția financiară.

În consecință, instanța constată că actele administrativ fiscale supuse controlului de legalitate nu sunt conforme cu dispozițiile constituționale și celelalte dispoziții legale în aplicarea cărora sunt emise, astfel încât în temeiul art. 18 din Legea nr. 554/2004 va admite acțiunea, va anula Decizia nr. 143250/10.12.2012 și Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 142817/02.11.2012 emise de Direcția Generală AM POS Mediu - MMP. Deoarece art. 38 lit. f din OUG nr. 66/2011 prevede că anularea titlului de creanță este o cauză de stingere a creanțelor bugetare rezultate din nereguli, va obliga pârâta să-i restituie reclamantei suma de 351.012,81 lei reprezentând valoarea corecției financiare reținută în baza actelor administrative anulate.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Admite acțiunea în contencios administrativ având ca obiect „contestație act administrativ” formulată de reclamanta *Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul Botoșani*, cu sediul în Botoșani, în contradictoriu cu pârâtul *Ministerul Mediului și Pădurilor prin Direcția Generală AM POS Mediu*, cu sediul în București. Anulează Decizia nr. 143250/10.12.2012 și Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 142817/02.11.2012 emise de Direcția Generală AM POS Mediu-MMP. Obligă pârâta să-i restituie reclamantei suma de 351.012,81 lei reprezentând valoarea corecției financiare reținută în baza actelor administrative anulate.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Recursul se depune la Curtea de Apel Suceava. Pronunțată în ședință publică, azi, 11 noiembrie 2013.

Dosar nr. 647/32/2012

CURTEA DE APEL BACĂU
SECȚIA a II-a CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA Nr. 1/2013
Ședința publică de la 04 Ianuarie 2013

Pe rol fiind pronunțarea hotărârii în cauza privind pe reclamantul Consiliul Județean Neamț în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor, având ca obiect contestație act administrativ fiscal. Dezbaterile în fond au avut loc în ședința publică din 11 decembrie 2012, fiind consemnate în încheierea de ședință din aceea zi și care face parte integrantă din prezenta hotărâre.

CURTEA, Deliberând asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul Județean Neamț a formulat cerere de chemare în judecată și a solicitat anularea deciziei nr. 135919/05.06.2012 și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135337/04.04.2012 emisă de pârâtul pârâtul Ministerul Mediului și Pădurilor. În motivare arată că pârâtul a respins contestația administrativă formulată de reclamant împotriva notei de constatare a neregulilor, prin care s-au constatat următoarele:

- că reclamantul nu a respectat prevederile art.200 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 prelungind în mod nejustificat procedura de licitație restrânsă accelerată, pentru că evaluarea singurei oferte depuse în etapa a II-a a procedurii de atribuire s-a făcut cu depășirea termenului de 20 de zile prevăzut la art. 200 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 și pentru că semnarea contractului s-a făcut cu mult după împlinirea termenului de 11 zile de la data transmiterii comunicării privind rezultatul procedurii;

- că reclamantul a încălcat prevederile art. 2 alin. (2) lit. e) și art. 178 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006 și ale art. 8 alin. (l) lit. b) și art. 9 lit. a) din H.G. nr. 925/2006 prin impunerea unor criterii de calificare și selecție restrictive disproporționate, prin includerea în fișa de date a achiziției (F.D.A.) a unor cerințe restrictive, pentru dovedirea capacității economice și financiare și prin includerea în F.D.A. a unor cerințe restrictive în ce privește experiența profesională, expertului financiar, a expertului în relații publice comunitare și a expertului inginer rezident.

Apreciază că atât decizia nr. 135919/2012 cât și nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135337/2012 sunt netemeinice și nelegale pentru următoarele motive:

1. Corecția financiară, ca măsură administrativă sancționatorie, a fost instituită prin aplicarea retroactivă a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011, act normativ ce a intrat în vigoare la data de 30.06.2011, pentru acte și fapte emise sau/și comise înaintea intrării în vigoare a actului normativ menționat anterior. Articolul 15 alin. (2) din Constituția României consacră principiul neretroactivității legii (civile), cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile; cum săvârșirea unei abateri se constituie într-un delict civil dacă s-a încălcat o prevedere legală sau contractuală iar orice delict civil se analizează și se sancționează în condițiile legii în vigoare la data săvârșirii sale, rezultă că pârâtul a aplicat retroactiv prevederile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 cu privire la corecția financiară și condițiile prevăzute de acest act normativ pentru determinarea faptei delictuale ce atrage corecția, din moment ce a aplicat unei fapte anterioare prevederi legale ulterioare săvârșirii acesteia și în care se arată condițiile de existență a faptei delictuale și modul de sancționare a acesteia, condiții și sancțiuni care nu existau și nu erau în vigoare la data la care s-a realizat procedura de achiziție publică ce a condus la încheierea Contractului nr. 8433/2011. Anexează în susținere în copie, sentințele civile ale Curții de Apel Bacău nr. 15/2012 pronunțată în dosarul nr. 749/32/2011 și nr. 35/2012 pronunțată în dosarul nr. 748/32/2011.

2. În ceea ce privește aspectele reținute în Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrată sub nr. 135337/04.04.2012, arată următoarele:

A.1 Evaluarea singurei oferte depuse în etapa a II - a a procedurii de atribuire s-a putut face doar după redactarea Deciziei nr. 702/2011 a Curții de Apel Bacău, pentru buna desfășurare a procedurii de atribuire fiind necesară cunoașterea argumentației juridice a instanței de judecată referitoare la analiza legalității respectivei proceduri. Redactarea deciziei anterior menționate s-a făcut la data de 3 iunie 2011, întocmirea raportului final al procedurii având loc la data de 8 iunie 2011.

2. În ceea ce privește încheierea contractului la data de 13.07.2011, face mențiunea că textele legale prevăd doar un termen de așteptare de 11 zile de la data transmiterii comunicării privind rezultatul aplicării procedurii, termen înăuntrul căruia nu se poate încheia contractul. Urmare a formulării de către agenții economici a celor 2 contestații, a fost necesară parcurgerea unei proceduri de soluționare a acestora de către C.N.S.C. și, ulterior, parcurgerea unei proceduri finalizate prin Decizia Curții de Apel Bacău. Astfel, s-a ajuns la prelungirea procedurii de atribuire cu câteva luni, din motive neimputabile Consiliului Județean Neamț, încât consideră că nu se mai poate vorbi de o minimizare a situației de urgență de către instituția reclamantă.

B.1. Eventuala includere în fișa de date a achiziției (FDA) a unor cerințe restrictive pentru dovedirea capacității economice și financiare - pct. 5.4.1. a fost analizată de către C.N.S.C. în cuprinsul Deciziei nr. 980/115 C10/7782,591 din 15.03.2011, concluzia fiind: "Consiliul apreciază că Autoritatea contractantă a respectat, în stabilirea cerințelor de calificare, prevederile legale specifice și anume prevederile art. 188 alin. 2, lit. a), c) și d) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, solicitările contestatorului fiind în consecință nefondate". (pag. 58 alin. ultim)

2. Eventuala includere în FDA a unor cerințe restrictive în ceea ce privește experiența profesională a Expertului principal 3 - expert financiar a fost analizată de către C.N.S.C. în cuprinsul Deciziei nr. 980/115 C10/7782,591 din 15.03.2011, concluzia fiind: "Referitor la cerințele din Fișa de date a achiziției privind Expertul principal 3 - Expert financiar...Consiliul apreciază că acestea se încadrează în limite rezonabile, neexistând argumente solide pentru a fi catalogate ca excesive ... complexitatea contractului care urmează a fi încheiat justifică cerința autorității contractante, așa cum a fost redactată". (pag. 58 alin. 2,3)

Apreciază că și în cazul Expertului principal 5 - expert în relații publice/comunicare și a Expertului principal 7 - inginer rezident este aplicabilă aceeași argumentație iar, prin prisma dispozitivului deciziei C.N.S.C, nici acestea nu pot fi considerate ca restrictive, cu atât mai mult cu cât s-a analizat și situația acestor experți în cadrul contestației formulate de către S.C. LOUIS BERGER S.R.L. Chiar dacă criticile S.C. LOUIS BERGER S.R.L au vizat motive relativ diferite, în situația în care Consiliul ar fi considerat că se aduce atingere principiilor ce guvernează domeniul achizițiilor publice, în baza rolului activ conferit de legiuitor prin art. 278 alin.3 din O.U.G. nr. 34/2006, modificată și completată, avea următoarele obligații:

„În situația în care Consiliul apreciază că, în afară de actele contestate în cadrul procedurii de atribuire, există și alte acte care încalcă prevederile prezentei ordonanțe de urgență, la care nu s-a făcut referire în contestație, atunci acesta va sesiza atât Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, cât și Unitatea pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice din cadrul Ministerului Finanțelor Publice, transmițându-le în acest sens toate datele/documentele relevante în susținerea sesizării".

Rezultă deci că, pe de o parte C.N.S.C. a statuat clar, fără echivoc și irevocabil că cerințele din F.D.A. cu privire la experții 3 și 4 sunt justificate în raport cu complexitatea proiectului, iar pe de altă parte nu a identificat alte acte de natură a încălca prevederile legislației achizițiilor publice încât să fie nevoit să sesizeze A.N.R.M.A.P. Apreciază că în cadrul acestei proceduri nu se mai pot face alte constatări ulterioare, fără a se aduce atingere puterii lucrului judecat. Totodată dispozițiile Deciziei nr. 702/2011 pronunțată în Dosarul 195/32/2011 al Curții de Apel Bacău, au tranșat în mod

irrevocabil toate criticile aduse cu privire la această procedură în favoarea instituției noastre. În plus, în aceeași ordine de idei, după cum rezultă din conținutul Raportului de activitate încheiat la data de 18.07.2011 - pag. 11, de către A.N.AF.-D.G.F.P. Neamț, în urma verificării procedurii de achiziție publică: "Nu s-au constatat abateri de natura celor prevăzute de O.U.G. nr. 30/2006 și nu au fost observații asupra derulării procedurii de atribuire referitoare la respectarea prevederilor legale în domeniu".

Apreciază că instituția reclamantă a respectat principiile prevăzute de art. 2 din OUG 34/2006, solicitând ofertanților îndeplinirea unor cerințe minime care au menirea să garanteze că ofertantul câștigător este în măsură să execute contractul ce-i este atribuit, în condițiile și termenele prevăzute. Această posibilitate este prevăzută expres în O.U.G. nr. 34/2006 și ea constituie o aplicare în dreptul intern a prevederilor art. 47 și art. 48 din Directiva nr. 18/2004/CE. Potrivit acesteia, autoritățile contractante pot solicita candidaților și ofertanților să îndeplinească niveluri minime de capacitate, iar amploarea informațiilor, cu privire la capacitatea economică și profesională, precum și nivelurile minime de capacitate, trebuie raportate la obiectul contractului.

Sediul materiei în dreptul intern al posibilității conferite autorității contractante se află în prevederile art. 178 din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit cărora autoritatea contractantă poate să precizeze în anunțul de participare, cerințe minime pe care trebuie să le îndeplinească ofertanții pentru aplicarea criteriilor prevăzute de art. 176 din același act normativ. Aceste cerințe minime, referitoare la situația economică și financiară și la capacitatea tehnică și profesională, sunt interzise doar în măsura în care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire. Ele trebuie raportate, potrivit art. 179, la exigențele specifice impuse de natura și complexitatea contractului ce urmează a fi atribuit.

Totodată, conform art. 7 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, "criteriile de calificare și selecție...au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare". În conformitate cu prevederile art. 1 alin. (2) din Ordinul A.N.R.M.A.P. nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, "Stabilirea cerințelor minime de calificare și selecție rămâne la latitudinea autorității contractante, aceasta având obligația de a ține cont de complexitatea, volumul, durata, valoarea și natura contractului de achiziție publică care urmează a fi încheiat".

În ceea ce privește experiența solicitată pentru persoana desemnată în poziția de EXPERT FINANCIAR, consideră că aceasta nu este restrictivă deoarece managementul financiar al proiectelor finanțate din fonduri europene prezintă un anumit specific în sistemul de gestionare financiară, rambursare și raportare. Există modele de cereri de rambursare, raportări financiare, etc. impuse de Autoritatea de Management POS Mediu pentru servicii de calitate în asistența tehnică, fiind necesar ca expertul să cunoască deja aceste mecanisme. Cerința este relevantă întrucât expertul va realiza o Analiză Cost Beneficiu la nivel județean, deci trebuie să cunoască deja cel puțin un model de calcul al tarifelor pentru un sistem integrat la nivel de județ. În ceea ce privește experiența solicitată pentru EXPERTUL ÎN RELAȚII PUBLICE/COMUNICARE și INGINERUL REZIDENT, s-a avut în vedere existența unei experiențe la un nivel similar cu proiectul ce urmează a fi implementat.

În concluzie, referitor la constatările care stau la baza sancționării instituției reclamante, potrivit cărora am fi solicitat cerințe restrictive în F.D.A. pentru o serie de persoane de specialitate (expert financiar, expert în relații publice, inginer rezident), în acord cu textele la care am făcut mai sus referire, apreciem că în raport de complexitatea proiectului și importanța acestuia pentru

comunitatea locală acestea nu sunt excesive, ci doar menite a garanta buna gestionare a fondurilor publice.

În drept invocă prevederile art. 51 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, cu modificările și completările ulterioare. Cauza se poate judeca și în condițiile art. 242 alin. final din Codul de procedură civilă.

II. Ministerul Mediului și Pădurilor a formulat întâmpinare la cererea de chemare în judecată a reclamantei Consiliul Județean Neamț, prin care se solicită respingerea acesteia ca nefondată și menținerea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135337/04.04.2012 și a Deciziei nr. 135919/05.06.2012. Prin cererea adresată acestei instanțe, reclamanta Consiliul Județean Neamț a solicitat, în temeiul art. 11 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ cu modificările și completările ulterioare și al art. 51 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011:

1. anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135337/04.04.2012 emisă de Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu;
2. anularea Deciziei nr. 135.919/05.06.2012 de respingere a contestației, emise de Comisia de soluționare a contestației din cadrul Direcției Generale AM POS Mediu

În fapt Consiliul Județean Neamț, în calitate de autoritate contractantă și beneficiar al proiectului „Sistem de management integrat al deșeurilor în județul Neamț”, a atribuit contractul de lucrări nr. 8433/13.07.2011 „Asistență tehnică și supervizarea lucrărilor” prin procedura de achiziție publică - licitație restrânsă accelerată, în cadrul proiectului menționat anterior.

În baza atribuțiilor sale, echipa de control din cadrul Direcției Generale AM POS Mediu, structurată în cadrul Ministerul Mediului și Pădurilor, a efectuat verificarea legalității atribuirii contractului de lucrări nr. 8433/13.07.2011 „Asistență tehnică și supervizarea lucrărilor”: ca urmare a Suspiciunii de neregulă nr. 25/02.03.2012. Suspiciunea de neregulă a avut la bază verificările efectuate de către Direcția Fondul de Coeziune - Serviciul Monitorizare Raportare asupra documentației de atribuire conform instrucțiunii nr. 157570/10.08.2011 privind utilizarea listelor unitare de verificare a procedurilor de achiziții publice din cadrul proiectelor finanțate din instrumente structurale.

Prin Decizia nr. 176/AM/07.03.2012 emisă de Directorul General al DG AM POS Mediu a fost numită echipa de control pentru verificarea documentelor care au stat la baza emiterii Suspiciunii de neregulă nr. 25/02.03.2012. Ca rezultat al verificărilor, echipa de control a emis Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135337/04.04.2012 în care s-au reținut următoarele aspecte relevante:

- în cazul procedurii de achiziție publică în urma căreia a fost atribuit contractul de lucrări nr. 8433/13.07.2011 „Asistență tehnică și supervizarea lucrărilor”, Autoritatea contractantă, Consiliul Județean Neamț nu a respectat prevederile art. 200 alin (1) din OUG nr. 34/2006, prelungind în mod nejustificat procedura de licitație restrânsă accelerată. În acest fel, motivele de urgență prevăzute în nota justificativă nr. 13046/20.12.2010, privind selectarea procedurii de achiziție publică nu au fost concretizate.

Prin impunerea de către autoritatea contractantă a unor criterii de calificare și selecție restrictive, disproportionale, s-au încălcat prevederile art. 2 alin (2) lit. e), art. 178 alin (2) din OUG nr. 34/2006, art. 8 alin (1), lit b) și art. 9, lit a) din HG nr. 925/2006. Nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 135337/04.04.2012 aprobată de Directorul General al DG AM POS Mediu a fost comunicată autorității contractante Consiliul Județean Neamț. Consiliul Județean Neamț a depus contestația înregistrată la Ministerul Mediului și Pădurilor cu nr.

135337/04.05.2012 împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135337/04.04.2012 emisă de Ministerul Mediului și Pădurilor - DG AM POS Mediu.

Pentru soluționarea contestației în conformitate cu prevederile art. 47 și următoarele din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011, Directorul General al DG AM POS MEDIU a emis Decizia nr. 302/AM/04.05.2012 prin care a numit comisia de soluționare a contestației depuse de Consiliul Județean Neamț împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135337/04.04.2012.

Urmare verificărilor efectuate, comisia de soluționare a contestației a emis Decizia nr. 135.919/05.06.2012 prin care stabilește respingerea Contestației formulate de către Consiliul Județean Neamț ca nefondată și dispune menținerea drept temeinic și legal a titlului de creanță intitulat „Notă de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare” înregistrat sub nr. 135337/04.04.2012, emis de Ministerul Mediului și Pădurilor. Prin cererea introductivă de instanță, înregistrată pe rolul Curții de Apel Bacău, reclamanta solicită anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 135337/04.04.2012 emisă de Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AM POS Mediu și anularea Deciziei nr. 135.919/05.06.2012 de respingere a contestației, emise de Comisia de soluționare a contestației din cadrul Direcției Generale AM POS Mediu, în baza art. 51 din OUG nr. 66/2011 coroborat cu art. II din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ cu modificările și completările ulterioare.

Referitor la motivele invocate de reclamant:

Preliminar, cu privire la aplicabilitatea OUG nr. 66/2011. Reclamantul a reținut că un act administrativ născut anterior apariției OUG nr. 66/2011 nu poate fi atacat în temeiul acestei legi pentru că s-ar încălca principiul neretroactivității legii și cel al securității raporturilor juridice născute în baza acestui act.

Argumentele Ministerului Mediului și Pădurilor - DG AM POS MEDIU.

Nota de constatare a fost emisă cu respectarea prevederilor O.U.G. nr. 66/2011 coroborate cu cele ale O.U.G. nr. 34/2006, forma acestui din urmă act avută în vedere fiind cea în vigoare la data derulării procedurii de atribuire. Potrivit prevederilor art. 1 din O.U.G. nr. 66/2011:

„Prezenta ordonanță de urgență reglementează activitățile de prevenire, de constatare a neregulilor, de stabilire și de recuperare a creanțelor bugetare rezultate din neregulile apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, precum și de raportare a neregulilor către Comisia Europeană sau către alți donatori internaționali. Dispozițiile prezentei ordonanțe de urgență se aplică autorităților cu competențe în gestionarea fondurilor europene și oricăror alte instituții publice care au atribuții privind prevenirea, constatarea unei nereguli, stabilirea și urmărirea încasării creanțelor bugetare rezultate din nereguli apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și a fondurilor publice naționale aferente acestora, beneficiarilor de fonduri europene și/sau fonduri publice naționale aferente acestora, precum și oricăror alți operatori economici cu capital public sau privat care desfășoară activități finanțate din fonduri europene în baza unor acte juridice. ”

Sursa de finanțare a contractului de lucrări nr. 8433/13.07.2011 constă în fonduri europene nerambursabile acordate în temeiul Contractului de finanțare nr. 131165/24.02.2011 încheiat între Ministerul Mediului și Pădurilor și Consiliul Județean Neamț. Astfel, derularea contractului de lucrări implică utilizarea fondurilor europene obținute de către Autoritatea contractantă, în calitate de beneficiar potrivit art. 2 alin. (1) lit. g) din O.U.G. nr. 66/2011, în baza contractului de finanțare menționat. Or, scopul edictării O.U.G. nr. 66/2011 constă în constatarea neregulilor, stabilirea și recuperarea creanțelor bugetare rezultate din neregulile apărute în utilizarea, de către autoritățile

contractante - beneficiari - a finanțării nerambursabile obținute pentru implementarea proiectelor aprobate de către Comisia Europeană.

Monitorizarea modului de gestionare și utilizare a fondurilor europene astfel obținute revine, potrivit prevederilor art. 2 alin. (1) lit. c) din O.U.G. nr. 66/2011, autorității de management în cadrul programelor finanțate din instrumente structurale, de coeziune, respectiv Direcției Generale AM POS Mediu. Pe cale de consecință, prevederile O.U.G. nr. 66/2011 sunt pe deplin aplicabile în cauză, în sensul celor de mai sus, având în vedere faptul că Direcția Generală AM POS Mediu a fost investită *ope legis* cu prerogativa analizării modului de utilizare a fondurilor europene precum și a modalității în care Autoritatea contractantă a respectat/eludat prevederile în materia achizițiilor publice, Nota de constatare a fost emisă cu respectarea prevederilor instituite de O.U.G. nr. 66/2011 raportate la cele guvernate de O.U.G. nr. 34/2006.

DG AM POS Mediu a demarat misiunea de control ca urmare a Notificării privind suspiciunea de neregulă nr. 25/02.03.2012, întocmită de către Direcția Fondul de Coeziune. Aceasta a fost demarată după intrarea în vigoare a Ordonanței de urgență a Guvernului nr.66/2011, care a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr.461 din 30.06.2011. Potrivit art 21 alin.(5) din OUG 66/2011 „în vederea constatării neregulilor și stabilirii creanțelor bugetare, conducerea instituției publice în cadrul căreia funcționează structura de control în situațiile de excepție/derogare prevăzute la art. 20 alin. (2) lit. a) și b), la art. 20 alin. (7) și, după caz, la art. 20 alin. (4), respectiv conducerea autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, în celelalte situații, aprobă:

- a) componența nominală a echipei care va efectua verificarea și constatarea;
- b) durata activității de verificare;
- c) mandatul privind obiectul verificărilor, stabilirea creanței bugetare rezultate din nereguli și a debitorilor, structura sau structurile verificate."

Rezultă astfel că misiunea de control a DG AM POS Mediu a început după întocmirea suspiciunii de neregulă (02.03.2012) și nu la data derulării procedurii de atribuire, respectiv la data încheierii contractului. Potrivit dispozițiilor art. 66 din O.U.G. nr. 66/2011 "Activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare." Per a contrario, activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care se desfășoară după data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011 se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor acestui act normativ.

În situația în care activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare a fost declanșată după intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011, din punct de vedere procedural, se vor aplica regulile acestui act normativ (legea nouă), chiar dacă fapta a fost săvârșită sub imperiul legii vechi (în speță, O.G. nr. 79/2003). De asemenea, precizează că, din punct de vedere al stabilirii legalității procedurii de atribuire a contractului s-au avut în vedere de către autoritatea publică emitentă a actelor administrative forma OUG 34/2006 și HG 925/2006 în vigoare la data demarării procedurii de atribuire a contractului. În susținerea celor de mai sus invocă și practica judiciară a Curții de Apel Bacău, Secția a II-a civilă, de contencios administrative și fiscal, într-o speță similară, sentința nr. 169/2012 pronunțată în ședința publică de la data de 21 septembrie 2012.

I. Referitor la prelungirea în mod nejustificat a procedurii de achiziție - licitație restrânsă accelerată Reclamantul invocă următoarele aspecte: la data de 13.07.2011, Consiliul Județean Neamț a atribuit contractul de achiziție publică nr. 8433 în valoare de 17.684.375 lei. La data de 23.12.2010, s-a transmis către SEAP documentația de atribuire aferentă contractului, care a fost publicată sub nr. 133306/23.12.2010. Ulterior publicării pe SEAP, SC EUROPEAN INVESTMENT SOLUTIONS SRL a

formulat contestație către CNSC prin care s-a solicitat anularea fișei de date și a documentației de atribuire, contestație care a fost respinsă ca nefondată. Tot prin această decizie, CNSC a admis în mod eronat contestația formulată de către SC LOUIS BERGER SRL, însă nu pentru motive care țin de cerințe restrictive, ci raportat la interpretarea lor. Decizia a fost atacată la Curtea de Apel Bacău de către contestator, plângerea fiind admisă prin Decizia nr. 702/2011 a Curții de Apel Bacău. Astfel, prevederile documentației au trecut prin filtrele a două instanțe - una administrativ jurisdicțională, specializată în acest gen de cauze - CNSC, precum și o instanță de judecată de grad superior, în mod irevocabil stabilindu-se că fișa de date a achiziției, documentația de atribuire și procedura de achiziții respectă întocmai prevederile legale în vigoare.

În ceea ce privește minimizarea situației de urgență, reclamantul menționează că doi contestatori au formulat contestații care au blocat procedura până la data pronunțării de către Curtea de Apel Bacău a unei decizii irevocabile în favoarea contestatorului. Interdicția expresă a legiuitorului de la art. 205 alin. 1 lit. a) din OUG nr. 34/2006 se referă strict la posibilitatea încheierii contractului în interiorul intervalului expres menționat și nu ulterior. Acest text de lege prevede o perioadă de așteptare de minim 11 zile de la data transmiterii comunicării până la data semnării contractului și nu o impunere a semnării contractului în cuprinsul acestui interval sau altă perioadă maximă în cuprinsul căreia contractul să fie semnat.

Argumentele Ministerului Mediului și Pădurilor - DG AM POS MEDIU:

Consiliul Județean Neamț invocă faptul că doi contestatori au formulat contestații care au blocat procedura până la data pronunțării de către Curtea de Apel Bacău a unei decizii irevocabile în favoarea reclamantei. În vederea atribuirii contractului de servicii nr. 8433/13.07.2011, autoritatea contractantă a inițiat procedura de achiziție publică - licitație restrânsă accelerată, transmițând spre publicare anunțul de participare în SEAP la data de 22.12.2010, publicat în SEAP cu nr. 133306/23.12.2010 și în JOUE sub nr. 2010/S/251 -386637/28.12.2010. În nota justificativă nr. 13046/20.12.2010 privind selectarea procedurii de achiziție publică de servicii, autoritatea contractantă precizează că natura excepțională a actualei situații economice și necesitatea absorbției fondurilor europene pentru dezvoltarea și îmbunătățirii infrastructurii de mediu constituie un motiv de urgență pentru accelerarea procedurilor de licitație restrânsă.

Scopul contractului care face obiectul procedurii de atribuire este asistența tehnică pentru implementarea unui sistem integrat de gestionare a deșeurilor în timp extrem de scurt în condițiile unor locații cu grad mare de dificultate de realizare a închiderilor depozitelor neconforme și, mai ales, în condițiile în care țintele și obiectivele asumate prin Tratatul de Aderare la UE și care sunt parte a legislației naționale trebuiau atinse încă din cursul anului 2010. Se menționează că necesitatea încadrării în termenele de finalizare aprobate prin Decizia de aprobare a finanțării, precum și natura excepțională a situației economice justifică aplicarea art. 83 alin. (2) și (3) din OUG nr. 34/2006. Astfel, termenul limită de depunere a ofertelor a fost stabilit pentru data de 05.01.2011. Raportul intermediar al procedurii nr. 720 s-a întocmit în data de 24.01.2011 și autoritatea contractantă a hotărât respingerea candidaturii depuse de asocieria SC Louis Berger SRL - SC Enviroplan SA și admiterea celei depuse de asocieria SC Project Developer SRL - SC Compania de Consultanță și Asistență Tehnică SRL.

Cele două contestații depuse la CNSC au fost conexe, iar prin Decizia nr. 980/115 C10/7782/591 din 15.03.2011 CNSC a respins ca nefondată contestația formulată de SC European Investments Solutions SRL și a admis contestația formulată de Louis Berger SRL în calitate de lider al asocierii Louis Berger SRL - Enviroplan SA, dispunând anularea Raportului intermediar al procedurii nr. 720/24.01.2011 și continuarea procedurii. Curtea de apel Bacău, în data de 11.05.2011 admite plângerea autorității contractante în sensul respingerii contestației formulată de SC Louis Berger. După soluționarea cauzei, s-a dispus continuarea procedurii.

Evaluarea conformității propunerii tehnice cu cerințele minime din caietul de sarcini și încadrarea propunerii financiare în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului s-au realizat în data de 07 și 08 iunie 2011. Întocmirea raportului final al procedurii s-a realizat în data de 08.06.2011 înregistrat sub nr. 6913, iar contractul s-a semnat în data de 13.07.2011.

Comisia reține că autoritatea contractantă a optat pentru procedura de licitație restrânsă accelerată în baza motivelor expuse în nota justificativă nr. 13046/20.12.2010 Consiliul Județean Neamț a aplicat art. 83 alin. (2) și (3) care prevăd reduceri ale perioadelor cuprinse între data transmiterii spre publicare în JOUE și data limită de depunere a ofertelor de 7, respectiv 5 zile, dar nu la mai puțin de 15 zile din motive de urgență. Prin urmare, întreaga procedură stă sub imperiul motivelor de urgență invocate în nota justificativă, iar autoritatea trebuie să ia toate măsurile necesare pentru accelerarea etapelor procedurii de achiziție publică.

Din cele expuse, comisia reține o prelungire nejustificată a procedurii de licitație care minimizează situația de urgență menționată în nota justificativă nr. 13046/20.12.2010 privind selectarea procedurii de achiziție publică. Astfel, chiar dacă au fost cele două contestații pe rolul organului administrativ - jurisdicțional și al instanței, totuși, se constată perioada îndelungată alocată evaluării singurei oferte depuse în etapa a II-a a procedurii de atribuire, depășindu-se termenul de 20 de zile de la data deschiderii ofertelor prevăzut la art. 200 alin. (1) din OUG nr. 34/2006. Trebuie avut în vedere că, în urma primei etape de selecție din cadrul procedurii, a fost admisă numai o singură ofertă aceea depusă de SC Project Developer SRL - SC Compania de Consultanță și Asistență Tehnică SRL.

Mai mult semnarea contractului s-a realizat cu mult după împlinirea termenului de 11 zile de la data transmiterii comunicării nr. 7067/10.06.2011 privind rezultatul procedurii. Comunicarea rezultatului procedurii s-a realizat în data de 10.06.2011, iar semnarea contractului s-a produs în 13.07.2011. Astfel nu pot fi reținute argumentele invocate de către contestator întrucât are în vedere, în primul rând, motivele de urgență care au determinat accelerarea procedurii, acestea fiind minimize prin prelungirea în mod nejustificat a procedurii de licitație restrânsă accelerată. De asemenea, din modul de desfășurare a procedurii, nu se observă intenția autorității contractante de accelerare a procedurii în vederea îndeplinirii scopului art. 83 alin. (2) și (3) din OUG nr. 34/2006 invocat în justificarea alegerii procedurii de achiziție publică.

Referitor la cerința considerată restrictivă de la pct. 5.4.1. din FD - demonstrarea că în ultimii 3 ani a implementat și finalizat cel puțin un contract care a implicat și activități de supervizare de lucrări în managementul deșeurilor în care valoarea lucrărilor de investiții de supervizare de lucrări în managementul deșeurilor în care valoarea lucrărilor de investiții să reprezinte cel puțin echivalentul în lei a 20.000.000 euro - Consiliul invocă decizia CNSC nr. 980/115/C10/7782,591/15.03.2011, în care, la pag. 58, se afirmă că: *Consiliul apreciază că cele două neconcordanțe semnalate de contestator la punctarea criteriilor de selecție privind experiența similară nu produc nici un efect asupra aprecierii corecte a ofertelor/candidaturilor, nu pot fi catalogate ca erori procedurale și cu atât mai puțin ca încălcări ale principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziții publice prevăzute la art. 2 alin. 2 din OUG nr. 34/2006. (...) Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a respectat, în stabilirea cerințelor de calificare, prevederile art. 188 alin. 2, a, c și d din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.*

Referitor la cerința restrictivă de la punctul 5.4.2. - informații privind asigurarea personalului tehnic de specialitate - expert principal 3 - expert financiar - participarea în cel puțin 1 proiect în care a realizat calcul de tarife pentru un sistem integrat de gestionare a deșeurilor la nivel județean, Consiliul Județean Neamț invocă Decizia CNSC în care se afirmă *Consiliul apreciază că acestea se încadrează în limite rezonabile, neexistând argumente solide a fi catalogate ca excesive ...*

complexitatea contractului care urmează a fi încheiat justifică cerința autorității contractante, așa cum a fost redactată.

Referitor la cerințele privind expertul principal 5 - Expert în relații publice/comunicare și 7 - Inginer rezident, beneficiarul consideră că nici acestea nu pot fi considerate restrictive întrucât, pe de o parte, CNSC a statuat clar, fără echivoc și irevocabil că cerințele din FDA cu privire la experții 3 și 4 sunt justificate în raport cu complexitatea proiectului, iar pe de altă parte, nu a identificat alte acte de natură a încălca prevederile legislației achizițiilor publice încât să fie nevoit să sesizeze ANRMAP în baza art. 278 alin. (3) din OUG nr. 34/2006.

În fișa de date a achiziției, pentru dovedirea capacității economice și financiare, pct. 5.4.1 informații privind experiența similară, autoritatea contractantă solicita ca: „ofertantul (individual sau asociere de operatori economici) trebuie să demonstreze că în ultimii 3 ani, împliniți la data termenului limită pentru depunerea ofertei, a împlinit și finalizat:

- cel puțin 1 (un contract) de asistență tehnică în domeniul managementului deșeurilor la care participarea ofertantului a fost, de minim 2.000.000 euro sau echivalent. În cadrul acestor contracte, ofertantul trebuie să fi desfășurat activități corespunzătoare codurilor CPV indicate în secțiunea 2.1.2 a prezentei Fișei de date,
- cel puțin 1 (un) contract finalizat în ultimii 3 ani care a implicat și activități de supervizare de lucrări în domeniul managementului deșeurilor, la care participarea ofertantului (inclusiv ca asociat sau subcontractant) a fost minim de 1.000.000 euro sau echivalent (va fi luată în considerare strict valoarea corespunzătoare activităților de supervizare a lucrărilor) și în care valoarea lucrărilor de investiții să reprezinte cel puțin echivalentul în lei a 20.000.000 de euro
- cel puțin 1 (un) contract de supervizare de lucrări în condiții contractuale FIDIC sau similare,
- cel puțin 1 (un) contract de realizare a documentației de concesionare a operării infrastructurii de gestionare a deșeurilor,
- cel puțin 1 (un) contract care a inclus pregătirea și derularea unei campanii de conștientizare în domeniul deșeurilor. "

Cerința este restrictivă deoarece autoritatea contractantă a solicitat operatorului economic dovedirea experienței similare prin impunerea unei valori minime atât pentru contractul de servicii de supervizare a lucrărilor (1.000.000 euro), cât și pentru contractul de lucrări care a fost supervizat (20.000.000 euro), acesta din urmă neavând obiect similar cu cel al contractului de servicii a cărui atribuire a făcut obiectul procedurii. În plus, valoarea contractului de lucrări care a fost supervizat nu este relevantă pentru evaluarea ofertelor depuse.

În ceea ce privește cerințele solicitate pentru experții principali, se solicită:

„expert principal 3 - expert financiar:

- a) experiență profesională de minim 5 ani în calculul costurilor și structura tarifelor în cadrul investițiilor promovate de autoritățile locale,
- b) participarea ca expert financiar în minimum 2 proiecte în domeniul deșeurilor în care a realizat calcul de tarife în vederea delegării serviciului de salubritate,
- c) participarea ca expert financiar în proiecte finanțate din fonduri europene/internaționale în care a realizat calcul de tarife pentru cel puțin un sistem de management integrat de gestionare a deșeurilor la nivel județean.

expert principal 5 - expert în relații publice/comunicare:

- a) participarea în minimum 1(un) proiect de aceeași natură și complexitate cu prezentul contract privind gestionarea deșeurilor, în care a realizat și implementat campanii de conștientizare la nivel județean, atât pentru populația din mediul rural, cât și pentru cea din mediul urban,
- b) coordonarea unei campanii de conștientizare în domeniul deșeurilor cu o valoare de minim 100.000 euro într-un proiect finanțat de UE/FI.

expert principal 7 - inginer rezident:

a) supervizarea construcției unui depozit nou de deșuri cu capacitatea primei celule de minim 800.000 m³, stație de sortare și închidere de depozite neconforme cu o valoare a investițiilor de peste 14 milioane de euro."

Cerințele solicitate pentru experții principali sunt restrictive. Astfel, autoritatea contractantă a îngăduit accesul la procedura de atribuire a operatorilor economici care au implementat proiecte de complexitate similară la nivel național sau local, după caz. De asemenea, impunerea unor valori minime pentru valoarea campaniei de publicitate este restrictivă. Conform art. 178 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire. "

Art. 8 din HG nr. 925/2006 prevede următoarele:

„(1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care:

- a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit,
- b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.

(2) Atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției”.

Potrivit art. 179 din OUG nr. 34/2006, „autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit. În acest sens, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia."

Astfel, la momentul demarării procedurii de achiziție publică, autoritatea contractantă avea obligația de a se asigura că fișa de date a achiziției din documentația de atribuire conține criteriile de calificare și selecție care să permită accesul unui număr cât mai mare de operatori economici. Autoritatea contractantă nu avea dreptul să solicite îndeplinirea unor astfel de cerințe minime de calificare, deoarece sunt menite să restrângă accesul la procedura de atribuire având ca efect încălcarea principiilor legale în domeniul achizițiilor publice.

În virtutea OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006, Autoritatea contractantă are prerogativa stabilirii criteriilor de calificare și selecție prezente în Fișa de date a achiziției în funcție de specificul contractului ce urmează a fi atribuit, însă acestea nu trebuie să îngreudească accesul operatorilor economici potențiali ofertanți la procedura de achiziție publică. Însuși principiile legale urmăresc promovarea concurenței între ofertanți astfel încât să se asigure o cât mai largă participare la procedură și o satisfacere cât mai bună a necesităților autorității contractante.

Mai mult, impunerea ca aceste contracte, solicitate a fi prezentate de ofertanți pentru dovedirea experienței profesionale, să fi fost finanțate din fonduri europene/internaționale este evident de natură restrictivă fără a avea relevanță în demonstrarea efectivă a experienței pentru ofertanți în cauză. În opinia părții, formularea optimă necesară în aceste cazuri ar fi eventuala solicitare de

prezentare a „cel mult n contracte”. Mai mult, Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, prin raportul de control nr. 13380/26.01.2012, consideră criteriile enumerate ca fiind restrictive, aplicând o amendă în cuantum de 20.000 lei prin Procesul-verbal de constatare și sancționare a contravențiilor seria AR nr. 01482.

De asemenea, avem în vedere și faptul că au depus oferte numai doi ofertanți: asocierea SC Enviroplan SA - SC Louis Berger SRL și asocierea formată din SC Project Developer SRL și SC Compania de Consultanță și Asistență Tehnică SRL. Decizia CNSC nr. 980/115 C10/7782.591 din data de 15.03.2011, invocată în contestație, tratează alte aspecte și alte criterii de calificare decât criteriile de calificare din această speță. În plus, conform art. 2 alin. (4) din HG nr. 925/2006, „autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile”.

În concluzie, pentru considerentele mai sus expuse, solicită respingerea ca nefondată a cererii de chemare în judecată în drept invocă dispozițiile art. 115-118 Cod procedură civilă, Legea nr. 554/2004 a contenciosului. În temeiul art. 242 alin. (2) Cod procedură civilă, în caz de neprezentare, solicită judecarea în lipsă a cauzei.

Analizând actele și lucrările dosarului instanța reține următoarele:

Cererea este întemeiată.

I. Cu privire la caracterul retroactiv al O.U.G. nr. 66/2011 acest argument poate fi primit cu privire la actele și măsurile luate de autoritatea cocontractantă până la data de 3 iulie 2011 data intrării în vigoare a acestui act normativ. Din acest punct de vedere instanța observă că singurul act încheiat de autoritatea contractantă după data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011 este însăși încheierea contractului, semnarea acestuia având loc la data de 13 iulie 2011.

Celelalte fapte, măsuri sau acte încheiate de autoritatea cocontractantă s-au petrecut înaintea de intrare în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011, astfel că acestora nu li se pot aplica sancțiunile ori procedura prevăzute de acest act normativ, ci numai cele prevăzute de legile în vigoare la data săvârșirii lor și care erau și prezumate a fi aduse la cunoștința autorității contractante prin publicarea în Monitorul Oficial al României, întrucât s-ar opune principiul constituțional al neretroactivității legii civile. Rezultă că stabilirea unor criterii de calificare restrictive, evaluarea conformității propunerii tehnice, întocmirea raportului final al procedurii, ori prelungirea nejustificată a procedurii pot fi raportate și sancționate numai prin referire la actele normative în vigoare la data săvârșirii acestora.

Art. 15 alin. (2) din Constituția României consacră principiul neretroactivității legii (civile), cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile; cum săvârșirea unei abateri se constituie într-un delict civil, dacă s-a încălcat de către reclamant o prevedere legală sau contractuală ori dacă acesta a săvârșit o contravenție, iar orice delict civil se analizează și se sancționează în condițiile legii în vigoare la data săvârșirii sale, rezultă că în speță pârâta a aplicat retroactiv prevederile O.U.G. nr. 66/2011 privind corecția financiară în funcție de criteriile și condițiile prevăzute de acest act normativ, din moment ce a aplicat unor fapte sau acte prevederile O.U.G. nr. 66/20, intrată ulterior săvârșirii acesteia, și în care se arată condițiile de existență a faptei delictuale și modul de sancționare a acesteia, condiții și sancțiuni care nu existau și nu erau în vigoare la data la care reclamantul a impus în documentație condițiile pentru participarea la licitație sau la data când procedura a fost considerată ca fiind tergiversată.

Art. 66 din O.U.G. nr. 66/2011 arată că activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare se valorifică la data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011, tot în baza O.G. nr. 79/2003, acest ultim act normativ neprevăzând instituția corecției financiare care să fie aplicată pentru condiții restrictive prevăzute de autoritățile contractante la inițierea licitațiilor pentru lucrări

publice și pentru nereguli petrecute pe timpul desfășurării procedurii, dacă activitatea a fost începută și se iau în considerare fapte, măsuri și acte săvârșite de reclamant înainte de intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011.

Rezultă că dacă valorificarea acestor nereguli sunt supuse prevederilor O.G. nr. 79/2003, cu atât mai mult constatarea unei fapte, fiind prima etapă a activității de recuperare a fondurilor europene, este supusă prevederilor O.G. nr. 79/2003, adică legii sub care s-a născut presupusa faptă delictuală. În aceste condiții, constatarea unor nereguli și aplicarea unor sancțiuni neprevăzute la data când s-au săvârșit presupusele fapte imputate reclamantului, de condiționare restrictivă a participanților la licitație și de tergiversare a procedurii, este lovită de nulitate absolută, fiind efectuată cu încălcarea flagrantă a principiului neretroactivității legii civile și contravenționale defavorabile, motiv pentru care instanța constată nelegalitatea actelor administrative contestate.

Nu poate fi primită apărarea pârâtului în sensul că O.U.G. nr. 66/2011 doar constată neregularitățile comise, pentru că în fapt acesta a încălcat principiul aplicării legilor în timp în ce privește existența și sancționarea delictelor și a aplicat reclamantului o sancțiune (corecția financiară) care nu exista ca atare la data întocmirii condițiilor de participare la licitație, pentru fapte care au făcut obiectul contestației administrative în fața instanțelor de judecată în temeiul O.U.G. nr. 34/2006/2006 și care nu erau prevăzute ca neregularități în O.G. nr. 76/2003. Fiind emise fără o bază legală, actele atacate urmează a fi anulate de către instanța de judecată.

II. Și pe fondul cauzei și dacă s-ar admite combinarea nelegală a prevederilor OUG 66/2011 cu OUG nr. 34/2006 pentru a se ajunge în mod nelegal la o LEX TERTIA, nota întocmită de pârât este întemeiată, din moment ce în Anexa 1 art. 2 pct. 23 din OUG nr. 66/2011 se arată că restricțiile stabilite în documentația de atribuire trebuie să împiedice anumiți ofertanți să participe la procedura de atribuire, ceea ce sugerează existența unei legături de cauzalitate dintre condițiile restrictive impuse și efectivă împiedicare a unor participanți (concreți) de a participa la licitație.

Condițiile impuse de reclamant pentru lucrarea publică în discuție urmează deci să fie apreciate prin prisma existenței unei împiedicări efective de participare la licitație, însă prevederile O.U.G nr. 34/2006 nu pot fi interpretate în sensul că ar garanta și încheierea contractului cu oricare dintre posibili participanții, art. 176 din acest act normativ arătând expres că *Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare numai la:*

- a) *situația personală a candidatului sau ofertantului;*
- b) *capacitatea de exercitare a activității profesionale;*
- c) *situația economică și financiară;*
- d) *capacitatea tehnică și/sau profesională;*
- e) *standarde de asigurare a calității;*
- f) *standarde de protecție a mediului.*

În cazurile prevăzute la art. 188 alin. (2) lit. f) și alin. (3) lit. e), iar art. 178 alin. (1) arată că „în cazul în care, pentru criteriile de natura celor prevăzute la art. 176 lit. c) și d), autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați, atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate, conform principiului transparenței, în cadrul invitației/anunțului de participare.”

Pârâtul invocă prevederile art. 178 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, conform căruia „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire,” însă acest text de lege trebuie interpretat coroborat cu prevederile art. 176 și 178 alin. (1), care consacră dreptul autorității contractantă are

dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare situația economică și financiară și la capacitatea tehnică și/sau profesională a candidatului sau ofertantului de a-și îndeplini oferta de contractare (de a realiza lucrarea publică).

Prin urmare, numai aplicarea unor criterii de calificare și selecție referitoare situația economică și financiară și la capacitatea tehnică și/sau profesională a candidatului sau ofertantului și care nu au fost precizate, conform principiului transparenței, în cadrul invitației/anunțului de participare sunt nelegale și pot atrage aplicarea de corecții, însă numai dacă instanța de judecată constată nelegalitatea aplicării acestor criterii, fiindcă criteriile nu ar avea o legătură evidentă cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit, numai dacă autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când a stabilit criteriile de calificare și selecție, precum și dacă nivelul cerințelor minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească au restricționat, în mod efectiv, participarea la licitația publică și la procedura de atribuire a contractului.

În situația în care instanța de judecată a apreciat, direct sau implicit, în cadrul judecării contestației unui participant care nu a fost selectat după prima etapă, că autoritatea contractantă a respectat principiului transparenței, că criteriile și cerințele minime solicitate au o legătură evidentă cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit, ori că autoritatea contractantă și-a îndeplinit obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când a stabilit criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul cerințelor minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească, pârâtul nu mai poate aprecia, unilateral și neținând cont de deciziile pronunțate în procedura prevăzută de OUG nr. 34/2006, asupra legalității și oportunității stabilirii acestor cerințe de calificare.

În situația în care prin Decizia nr. 980/115 ClO/7782/591 din 15.03.2011, CNSC a respins ca nefondată contestația formulată de SC European Investments Solutions SRL și a admis contestația formulată de Louis Berger SRL în calitate de lider al asocierii Louis Berger SRL, Enviroplan SA, dispunând anularea raportului intermediar al procedurii nr. 720/24.01.2011 și continuarea procedurii, iar Curtea de apel Bacău a admis plângerea autorității contractante în sensul respingerii contestației formulată de SC Louis Berger, pârâtul nu mai poate reaprecia asupra împiedicării participării în continuare a acestui participant la procedura de atribuire, dacă față de toți participanții efectivi (înscriși) și autoritatea contractantă s-a stabilit cu putere de lucru judecată că cerințele solicitate de autoritatea contractantă, referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, nu au condus la restricționarea participării la procedura de atribuire, rezultând din aceste decizii, cel puțin indirect, că cerințele minime și informațiile solicitate de autoritatea contractantă au respectat prevederile art. 176, 178 și 179 din OUG. nr. 34/2006.

Dacă s-ar admite interpretarea contrară, s-ar putea ajunge în situația în care autoritatea contractantă, care s-a conformat dispozițiilor CNSC și instanței de judecată (ca organe jurisdicționale specializate în aplicarea prevederilor OUG nr. 34/2006), să poată fi totuși sancționată de pârât (organ executiv) pentru actele și măsurile luate în conformitate cu deciziile CNSC și instanței de judecată, fapt inadmisibil. OUG nr. 66/2011 are ca principal obiectiv și în primul rând *prevenirea* neregularităților, autoritățile naționale de resort și control fiind obligate să vegheze ca autoritățile contractante să respecte cerințele OUG nr. 34/2006 încă de la începutul inițierii procedurii de atribuire a contractelor finanțate parțial din banii Uniunii Europene, astfel că acestea sunt obligate să intervină în procedura desfășurată în fața CNSC și a instanțelor de judecată, pentru a preveni strecurarea de nereguli și pentru a se evita sancționarea pecuniară autorităților contractante, întrucât aceste prejudicii se vor suporta în final de către comunitatea locală, recuperarea acestor prejudicii depășind uneori valoarea patrimoniului privat al acestora.

În același sens art. 278 alin.3 din O.U.G. nr. 34/2006 prevede că:

„In situația în care Consiliul apreciază că, în afară de actele contestate în cadrul procedurii de atribuire, există și alte acte care încalcă prevederile prezentei ordonanțe de urgență, la care nu s-a făcut referire în contestație, atunci acesta va sesiza atât Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, cât și Unitatea pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice din cadrul Ministerului Finanțelor Publice, transmițându-le în acest sens toate datele/documentele relevante în susținerea sesizării”.

Rezultă deci că girul statului asupra respectării de către reclamant a principiilor de atribuire a lucrării publice a fost dat de către organul de stat cel mai specializat în acest domeniu, respectiv CNSC și putea și trebuia să prevadă care sunt neregularitățile comise, în cadrul contestației în fața sa; rezultă că pârâtul nu poate, în numele statului român, să pretindă că cele statuate de CNSC, direct sau indirect, sunt contrare prevederilor OUG nr. 66/2011. Numai în situația în care nu ar fi existat posibilitatea de cenzurare a condițiilor de atribuire a contractului în fața CNSC și Curții de Apel Bacău, ar fi putut constata pârâtul nelegalitatea și neregularitățile atribuirii contractului și ar fi putut aplica corecțiile financiare.

Instanța de față nu poate deci stabili sau reține aspecte de nelegalitate contrare aspectelor de legalitate ale aceluiași măsuri sau acte păstrate sau reținute ca atare de Curtea de Apel Bacău care a fost investită cu soluționarea contestației împotriva deciziei CNSC nr. 980/115/C10/7782,591/15.03.2011, în care s-a arătat că: „Consiliul apreciază că cele două neconcordanțe semnalate de contestator la punctarea criteriilor de selecție privind experiența similară nu produc nici un efect asupra aprecierii corecte a ofertelor/candidaturilor, nu pot fi catalogate ca erori procedurale și cu atât mai puțin ca încălcări ale principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziții publice prevăzute la art. 2 alin. 2 din OUG nr. 34/2006. (...) Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a respectat, în stabilirea cerințelor de calificare, prevederile art. 188 alin. 2, a, c și d din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.”

Art. 188 alin. (2) lit. a), b) și c) au următorul conținut „în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

a) o listă a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați. Prestările de servicii se confirmă prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar. În cazul în care beneficiarul este un client privat și, din motive obiective, operatorul economic nu are posibilitatea obținerii unei certificări/confirmări din partea acestuia, demonstrarea prestărilor de servicii se realizează printr-o declarație a operatorului economic;

b) informații referitoare la personalul/organismul tehnic de specialitate de care dispune sau al cărui angajament de participare a fost obținut de către candidat/ofertant, în special pentru asigurarea controlului calității; informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere* precum și ale persoanelor responsabile pentru îndeplinirea contractului de servicii.”

Rezultă că în speță, prin prisma deciziilor CNSC și Curții de Apel Bacău, că autoritatea contractantă a solicitat în mod corect informațiile și cerințele privind experiența similară și că aceste cerințe nu au împiedicat, discreționar, participarea la atribuirea contractului, cerințele fiind rezonabile. La fel, cu privire la informațiile privind asigurarea personalului tehnic de specialitate, respectiv cele privind expertul financiar, CNSC a apreciat că „acestea se încadrează în limite rezonabile,

neexistând argumente solide a fi catalogate ca excesive ... complexitatea contractului care urmează a fi încheiat justifică cerința autorității contractante, așa cum a fost redactată.”

Și cu privire la expertul în relații publice/comunicare CNSC a statuat, cu caracter irevocabil, că cerințele din fișei cu privire la experții 3 și 4 sunt justificate în raport cu complexitatea proiectului, iar pe de altă parte, nu a identificat alte acte de natură a încălca prevederile legislației achizițiilor publice încât să fie nevoit să sesizeze ANRMAP în baza art. 278 alin. (3) din OUG nr. 34/2006. Pentru o investiție de peste 14 milioane de lei (fără TVA) era deci necesară solicitarea unor informații privind personalul tehnic de specialitate, avându-se în vedere amploarea proiectului și caracterul tehnic pronunțat al acestei investiții de interes județean.

De asemenea era necesară și solicitarea unei experiențe similare anterioare, de executare a unor astfel contracte finanțate din fonduri europene în trecut, atâta timp cât urmărirea cheltuirii acestor fonduri nerambursabile de către Uniunea Europeană impun selectarea unor participanți care să fi executat astfel de lucrări sub controlul strict al Comisiei Europene și autorităților naționale și care să fi trecut aceste teste de calitate și eficiență; în caz contrar, s-ar fi putut reproșa reclamantului că nu a impus condiții serioase de selectare pentru executarea unei asemenea investiții și că atribuirea contractului s-ar fi făcut unei persoane juridice care nu îndeplinea garanțiile de calitate și eficiență necesare unui asemenea proiect.

Proportionalitatea cerințelor trebuie raportată deci la elemente obiective, cum ar fi valoarea contractului, neputând fi atribuit spre exemplu, un contract de o asemenea valoare unei firme care nu a gestionat niciodată resurse financiare asemănătoare, la condițiile tehnice de execuție ale acestuia, neputând fi oferită construcția unui depozit de deșuri unei firme de construcții obișnuite și care nu a mai executat niciodată astfel de lucrări specifice și complexe, fiind total lipsită de experiență în acest domeniu. Scopul OUG nr. 34/2006 este deci găsirea unui echilibru între valoarea contractului, tehnicitatea acestuia, importanța pentru comunitatea locală și necesitatea ca participarea la procedura de atribuire să nu fie restricționată pe criterii subiective și să se încalce astfel principiul liberei concurențe.

Pârâtul nu a făcut dovada că și alte firme, în afară de cele care s-au înscris în prima etapă și care au fost și părți în contestația în fața CNSC și în fața instanței de judecată, ar fi dorit să participe la executarea acestui contract de achiziție publică și care ar fi fost împiedicate efectiv să participe la procedură, prin respingerea ofertelor acestor firme ca fiind inacceptabile ori neconforme. Dacă, spre exemplu, la un moment dat există un număr limitat de firme și care pot executa, în condiții de siguranță și de funcționare, o anumită lucrare complexă, fiind și singurele care au depus oferte, este absurd să se susțină că prezentarea de informații privind calitatea personalului angajat, situația economică și financiară ori cu privire la capacitatea tehnică și profesională ar fi condus efectiv la blocarea participării și a altor firme, dar care nu au acest obiect de activitate sau nu pot dovedi că pot face, prin referire la situația lor reală, naturii, complexității ori importanței unei lucrări, fără a se face și dovada că acestea puteau să constituie niște participanți serioși la procedura de atribuire.

Prin urmare, nu este disproporționată cerința dovezii unei supervizări anterioare a unei celule de minimum 800.000 m asupra unei valori a investițiilor de peste 14.000.000 euro, întrucât acestea se refereau la depozite noi de deșuri și la stații de sortare și depozitare, cu capacitate ridicată de evitare a poluării; în aceste condiții nici pretinderea dovedirii unui contract finalizat în ultimii 3 ani în care valoarea investițiilor să fi fost de cel puțin 20.000.000 euro, nu este o cerință excesivă și restrictivă. Au fost deci respectate de către reclamant prevederile 176, 178 și 179 din OUG nr. 34/2006 și prevederile art. 9 lit. a) din HG nr. 925/2006.

Instanța apreciază și că aceste valori nu pot fi considerate restrictive și prin prisma faptului că din documentația de atribuire nu rezultă că autoritatea contractantă ar fi impus ca aceste condiții minime să fie îndeplinite de ofertant în mod individual, ci s-a permis ca aceste lucrări să fie luate în considerare ca îndeplinite și dacă au fost realizate prin asociere, adică efectuate în trecut de ofertant împreună cu alte firme asociate, ceea ce face ca marja de excludere prin cerințele minime să fie raportată la obiectul și importanța lucrării, iar nu și la o asociere anume a participanților la un anumit proiect anterior.

Nu trebuie uitat că cerințele impuse de Uniunea Europeană privind obligația de nerestricționare a participării la procedurile de atribuire a unor astfel de contracte, deși impuse și în interesul persoanelor juridice lucrative din România, totuși acestea protejează în primul rând concurența comunitară, astfel că cerințele valorice minime privind experiența similară contractuală a participanților nu puteau, în mod rezonabil, să conducă la împiedicarea efectivă a firmelor de domeniu din spațiul U.E. să participe efectiv la atribuirea contractului a cărui încheiere face obiectul prezentului litigiu.

În fine, tergiversarea evaluării singurei oferte rămase sau a încheierii contractului, realizate, cu încălcarea termenului de 20 de zile, respectiv de 11 zile, nu sunt de natură să atragă corecțiile imputate de pârât prin nota de constatare, întrucât, pe de o parte întocmirea raportului final a fost întârziată de procedura de judecată în fața CNSC și Curții de Apel Bacău, neputând fi imputată reclamantului întârzierea legată de desfășurarea procedurii, iar pe de altă parte termenele prevăzute de art. 200 din OUG nr. 34/2006 sunt termene de recomandare, a căror depășire este lăsată în concret la aprecierea instanței de judecată. La fel, nu poate fi imputat reclamantului că a așteptat să se redacteze decizia Curții de Apel Bacău, întrucât numai publicarea soluției nu poate conduce la cunoașterea rațiunilor pentru care această instanță a admis plângerea autorității contractante, fiind necesar ca atitudinea acesteia să se conformeze celor reținute de instanța de judecată; în aceste condiții, întocmirea raportului final la data de 8 iunie 2011 nu constituie o întârziere serioasă și care să contrazică urgența procedurii de licitație restrânsă accelerată, cuprinsă în nota justificativă aferentă declanșării acestei proceduri.

În această situație sunt incidente prevederile art. 200 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 care stabilește expres că *„în cazuri temeinic motivate, autoritatea contractantă poate prelungi o singură dată perioada de evaluare, cu excepția situațiilor în care autoritatea contractantă reevaluează ofertele ca urmare a unei decizii a Consiliului, a unei hotărâri judecătorești sau a recomandărilor observatorilor Unității pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice”*. Rezultă deci că pe perioada reevaluării ofertelor ca urmare a deciziei a Consiliului sau a unei hotărâri judecătorești, termenul de 25 de zile, prevăzut la alin. (1) al art. 200 din OUG nr. 34/2006, este suspendat de drept, astfel că nu se putea reține această neregularitate în sarcina reclamantului, din moment ce la data de 15.03.2011 CNSC a admis, într-o primă fază, contestația SC Louis Berger SRL, iar Curtea de Apel Bacău a admis plângerea reclamantului la data de 11.05.2011, decizia fiind redactată la data de 03.06.2011, întocmirea raportului final fiind realizată la 08.06.2011.

Nici semnarea contractului la data de 13.07.2011 nu poate constitui o neregularitate care să poată atrage aplicarea corecției financiare aplicată de pârât reclamantului, pentru că orice sancțiune trebuie să fie întemeiată pe o acțiune sau omisiune culpabilă din partea celui sancționat, întrucât tergiversarea judecării contestației și plângerii nu pot fi imputate reclamantului, iar pe de altă parte pentru că încheierea contractului la data de 13.07.2011, la 35 de zile de la data întocmirii raportului final (08.11.2011) nu poate constitui o neregularitate care să poată fundamenta, prin efectele sale juridice, aplicarea unei corecții de 25%, în valoare de 3.565.398,25 lei. Pentru aceste motive instanța va admite cererea reclamantului astfel cum a fost formulată.

PENTRU ACESTE MOTIVE IN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Admite cererea privind pe reclamantul Consiliul Județean Neamț, cu sediul în Piatra Neamț, str. Alexandru Cel Bun nr. 27, județul Neamț în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Mediului și Pădurilor, cu sediul în București, B-dul Libertății nr. 12, sector 5. Anulează decizia nr. 135919/05.06.2012 și nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrată sub nr. 135337/04.04.2012, emisă de pârât.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, azi, 04.01.2013.

Dosar nr. 198/57/2013

CURTEA DE APEL ALBA IULIA
SECȚIA DE CONTENCIOS, ADMINISTRATIV SI FISCAL
SENTINȚA Nr. 168/2013
Ședința publică de la 04 Iunie 2013

Pe rol se află pronunțarea asupra acțiunii formulate de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Sibiu în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Mediului și Schimbărilor Climatice, având ca obiect anulare act administrativ. Mersul dezbaterilor și concluziile părților au fost consemnate prin încheierea de ședință din data de 14 mai 2013, încheiere care face parte integrantă din prezenta hotărâre.

CURTEA DE APEL

Prin acțiunea în contencios administrativ înregistrată la Curtea de Apel Alba Iulia sub dosar nr. 198/57/3013 reclamantul Județul Sibiu reprezentat prin Președintele Consiliului Județean Sibiu a solicitat în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Mediului și Schimbărilor Climatice ca prin hotărâre judecătorească să se dispună anularea Deciziei nr. 136837/17.09.2012 și a Notei de Constatate a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 136336/17.07.2012 emise de către pârât și suspendarea executării acestor acte până la soluționarea irevocabilă a cauzei.

În motivarea acțiunii se susține că prin Nota de Constatate a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 136336/17.07.2012 menținută prin Decizia nr. 136837/17.09.2012 s-a aplicat în sarcina Județului Sibiu o corecție financiară de 5% aplicată la valoarea fără TVA (91.260 lei) a contractului de servicii nr. 1136/01.02.2012 „Servicii de Audit” din cadrul Proiectului Sistem de Management Integrat al Deșeurilor Solide în județul Sibiu”, COD SMIS 8603 reprezentând 4.563 lei pentru încălcarea prevederilor art.78 din HG. nr.925/2006 coroborat cu art. 201 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 și cu art. 35 din H.G. nr. 925/2006 și art. 2 alin.2 lit. a și b din O.U.G. nr.34/2006.

Cu privire la încălcarea prevederilor art. 109 alin. (1), art. 201 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, precum și a prevederilor art. 35 din HG nr. 925/2006, ca urmare a faptului că beneficiarul nu a solicitat clarificări operatorului SC Expert Cont SRL, cu prețul cel mai scăzut, declarând oferta respectivă ca inacceptabilă reclamantul susține că potrivit prevederilor art. 201 din OUG nr. 34/2006 comisia de evaluare a considerat că nu se impune solicitarea de clarificări prin care operatorul economic să completeze oferta, prin această completare de documente creându-se un avantaj în detrimentul celorlalte firme ofertante și implicit premisele încălcării prevederilor art. 201 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

Cu privire la cerința privind experiența similară a firmei, operatorul economic SC Expert Cont SRL a prezentat în cadrul ofertei sale copie de pe următoarele contracte contractul de servicii nr. 43247/07.10.2009 încheiat cu Municipiul Piatra Neamț cu o valoare de 80.750 lei și recomandare care atestă finalizarea contractului și contract de servicii nr. 78/18.12.2009 încheiat cu Municipiul Moinești cu o valoare de 37000 lei și recomandare privind finalizarea contractului.

Potrivit solicitării din Fișa de Date Ofertantul trebuie să facă dovada că a finalizat cu succes, în ultimii 3 ani împliniți la data termenului limită pentru depunerea ofertei: Un contract de audit financiar, la care participarea ofertantului a fost cel puțin egală cu 100.000 lei. Această cerință a făcut obiectul solicitărilor de clarificări nr. 5 și 7, în urma cărora Autoritatea Contractantă a precizat: Conform Fișei de Date a achiziției, punctul 5.4.1 Capacitatea tehnică și profesională: Ofertantul trebuie să facă dovada că a finalizat cu succes în ultimii 3 ani împliniți la data termenului limită pentru depunerea ofertei: Un contract de audit financiar, la care participarea ofertantului a

fost cel puțin egala cu 100.000 lei. Față de cele de mai sus, pentru îndeplinirea cerinței minime de calificare ofertantul trebuia să facă dovada prestării serviciilor prin prezentarea unui contract la care participarea ofertantului să fi fost de cel puțin 100.000 lei. Prin sintagma contract finalizat cu succes se înțelege servicii duse la bun sfârșit și va fi interpretat conform art. 13 din Ordin nr. 509/2011 al ANRMAP.

Comisia de evaluare a hotărât, în unanimitate, că nu se impune solicitarea de clarificări referitoare la lipsa unor documente și completarea acestei oferte atât timp cât experiența similară nu se putea reconstitui sau dovedi, cu respectarea tuturor criteriilor stabilite prin documentația de atribuire, decât prin depunerea de acte noi față de oferta inițială - ceea ce ar fi fost nelegal și discriminatoriu față de ceilalți participanți la procedura. Referitor la declararea ofertei SC BDO Audit SRL ca inacceptabilă deși la solicitarea de clarificări operatorul economic a justificat prețul oferat, reclamanta susține că a solicitat ofertantului să justifice prețul neobișnuit de scăzut în condițiile art. 36/1 din HG nr. 925/2006 însă acesta în răspunsul său nu a explicat elementele de formare a prețului. În drept, se invocă art. 42, 50 și 51 din O.U.G. 66/2011; art. 8,10 11 din Legea nr. 554/2004; O.U.G. 34/2006, art. 109 alin. 1 , art. 201; HG 925/2006 art. 36 și 37.

Prin întâmpinare pârâtul Ministerul Mediului și Schimbărilor Climatice a solicitat respingerea acțiunii ca neîntemeiată pe motiv că neregulile constatate există, solicitarea de clarificări cu privire la îndeplinirea cerințelor de calificare nu determină o încălcare a art. 201 și art. 2 din OUG nr. 34/2006. Conform art. 7 din HG nr. 925/2006, scopul cerințelor de calificare și selecție este demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta se va declara câștigătoare. Autoritatea contractantă a solicitat clarificări tuturor celor trei ofertanți, fără a solicita vreo clarificare operatorului economic respins SC Expert Cont SRL, aplicându-se în acest sens un tratament diferențiat.

Cu privire la bilanțul pentru anul 2010, comisia de evaluare a autorității contractante ar fi trebuit să solicite clarificări pentru a se demonstra dacă există vreo relație juridică între cele două firme. Prin însăși raportul procedurii nr. 598/19.01.2012, se stabilește necesitatea solicitării prezentării bilanțului contabil pentru anul 2010. Mai mult, în ceea ce privește experții propuși pentru implementarea contractului, comisia de evaluare a solicitat celorlalți agenți economici ofertanți informații/documente care să probeze experiența indicată în CV în timp ce ofertantul în cauză SC Expert Cont SRL a fost respins pe acest motiv (adresa nr. 15642/21.12.2011, 15643/21.12.2011).

Ofertantul SC BDO Audit SRL a utilizat în mod corect și detaliat formularul 11 atașat ca anexă la ofertă. În conformitate cu cerințele solicitate prin formularul 11 la ofertantul respins a explicat clar și precis modul de formare a prețului, cu respectarea prevederilor legislative în domeniul achizițiilor publice. Reclamantul a renunțat la judecarea cererii de suspendare - instanța luat act de această renunțare la judecată conform art. 403 Cod. pr. civ. prin încheierea din 14.05.2013.

Asupra acțiunii instanța reține următoarele:

Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilirea corecțiilor financiare 136336/17.07.20120 (fila 7-17), Direcția Generală A.M. POS-Mediu din cadrul Ministerului Mediului și Pădurilor a constatat nereguli în derularea procedurii de achiziție publică a contractului de servicii nr. 1136/01.02.2013: „Servicii de Audit” din cadrul proiectului „Sistem de Management Integrat al Deșeurilor Solide în județul Sibiu” cod SMIS 18603, constând în încălcarea prevederilor art. 78 din HG nr.925/2006 coroborat cu art. 201 alin. (1) din OUG 34/2006 și cu art. 35 din HG nr. 925/2006, art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din OUG nr. 34/2006, ca urmare a faptului că autoritatea contractantă nu a solicitat clarificări ofertantului SC Expert Cont SRL, a cărui ofertă avea al doilea preț cel mai scăzut dintre

oferțele depuse, declarând oferta respectivă ca inacceptabilă, aplicând în același timp un tratament diferențiat operatorilor economici în ce privește solicitările de clarificări.

Comisia de evaluare a declarat în mod eronat oferta SC BDO Audit SRL ca inacceptabilă, deși în urma solicitării de clarificare, operatorul economic a justificat suficient de clar prețul ofertat, conform Adresei nr. 1040/23.12.2011. Pentru aceste nereguli a aplicat în temeiul pct. 2.4. din Anexa la OUG 66/2011 o corecție financiară de 5% fără TVA a contractului, în sumă de 4563 lei. Contestația formulată de reclamant împotriva acestui act a fost respinsă prin Decizia 136837/17.09.2012 (fila 18) menținându-se concluziile organului de constatare.

Instanța va analiza prin prisma legislației achizițiilor publice (a cărei respectare reprezintă o obligație asumată de reclamant în art. 8 alin. 16 al contractului de finanțare nr. 98552/25.05.2010) și a datelor din procedura de atribuire dacă reclamantul a săvârșit neregulile reținute de pârât. Astfel, în ce privește declararea ca inacceptabilă a ofertei SC Expert Cont SRL, acestui ofertant autoritatea contractantă nu i-a solicitat clarificări asupra documentelor care dovedeau îndeplinirea cerințelor documentației de atribuire, în condițiile în care ceilalți ofertanți le-a solicitat.

Astfel, deși comisia de evaluare prin raportul procedurii nr. 598/18.01.2012 a considerat necesar să se depună bilanțul contabil pentru anul 2010 aferent operatorului economic înscris în procedură, față de faptul că s-a depus bilanțul pe 2010 pe numele SC Actual Cont SRL fiind necesar să se stabilească dacă este aceeași societate cu denumirea schimbată sau sunt două societăți diferite, nu a solicitat acest document. Tot în ce privește acest ofertant, trebuia să i se solicite să transmită documente care să dovedească experiența experților propuși pentru implementarea contractului - așa cum s-a solicitat și ofertanților BDO Audit SRL prin adresa 15642/21.012.2011 și SC SOCECC SRL prin adresa 15643/21.12.2011.

În același mod trebuia procedat și cu privire la dovedirea experienței similare, prin aplicarea aceluiași tratament tuturor ofertanților. De asemenea în ce privește oferta SC BDO Audit SRL declarată ca inacceptabilă pe motiv că nu a justificat prețul neobișnuit de scăzut se observă că reclamantul prin comisia de evaluare numită în procedura de achiziție a apreciat greșit că acest ofertant nu a justificat prețul neobișnuit de scăzut, în oferta sa financiară explicând suficient modul de formare a prețului prin înmulțirea numărului de ore de lucru estimate pentru atingerea obiectivelor prevăzute în Caietul de sarcini cu tarifele orare aplicate de această societate. Susținerea reclamantului că nu a fost justificat neobișnuit de scăzut trebuie înlăturată, încât nu s-a dovedit că există tarife minime reglementate, practicate legal de persoane juridice, astfel că era la latitudinea ofertantului să ofere un anumit tarif orar.

Prin urmare în procedura de evaluare a ofertelor la atribuirea contractului de servicii menționat au fost încălcate prevederile art. 2 din OUG 34/2006 privind aplicarea unui tratament egal participanților la procedură și ale art. 201 din OUG 34/2006 apreciindu-se greșit că unul dintre ofertanți nu a justificat prețul neobișnuit de scăzut - ceea ce constituie nereguli în derularea contractului de finanțare și în mod corect s-a tăcut aplicarea punctului 2.4 din Anexa la OUG 66/2011. Pentru considerentele de mai sus se va respinge acțiunea reclamantului ca nefondată, netacându-se dovada nelegalității actelor atacate.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul Județul Sibiu prin Președinte, cu sediul în Sibiu, împotriva pârâtului Ministerul Mediului și Schimbărilor Climatice, cu sediul în București, având ca obiect anularea Deciziei nr. 136837/27.09.2012 și a Notei de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 136336/17.07.2012.

Cu drept de recurs în 15 zile de la comunicare. Recursul se va depune la Curtea de Apel Alba Iulia.
Pronunțată în ședința publică din 04 Iunie 2013.

Dosar nr. 6715/85/2012

TRIBUNALUL SIBIU
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA Nr. 980/CA
Ședința publică de la 29 Martie 2013

Pentru astăzi fiind amânată pronunțarea asupra cauzei civile de contencios administrativ privind pe reclamant UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL SIBIU și pe pârât MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR, având ca obiect anulare act administrativ. Cauza a fost dezbătută în fond la data de 15.03.2013 când cei prezenți au pus concluzii ce s-au consemnat în încheierea de ședință din aceeași zi, încheiere ce face parte integrantă din prezenta sentință.

TRIBUNALUL,

Constată că prin acțiunea în contencios administrativ formulată de unitatea administrativ teritorială a județului Sibiu a fost chemat în judecată Ministerul Mediului și Pădurilor pentru ca prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună anularea deciziei nr. 134919/24.02.2012 emisă de pârât precum și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 156404/2011 încheiată dă pârât referitor la contractul de Asistență tehnică și supervizarea lucrărilor de construcții în sprijinul Consiliului Județean Sibiu din cadrul proiectului Sistem de Management Integrat al Deșeurilor Solide în județul Sibiu - cod SMIS 18603, cu obligarea la plata cheltuielilor de judecată.

În motivarea acțiunii se arată că în urma verificărilor privind încheierea contractului de servicii nr. 3177/2011 „Asistență tehnică și supervizarea lucrărilor de construcții în sprijinul Consiliului Județean Sibiu” din cadrul proiectului „Sistem de management Integrat al Deșeurilor Solide în județul Sibiu” cod SMIS 18603, echipa de control din cadrul Direcției Generale AM POS Mediu, a reținut o pretinsă neregulă constând în aceea că beneficiarul - structura verificată nu a respectat termenul cuprins între dată publicării anunțului de participare în JOUE și dată limită de depunere a ofertelor, încalcându-se astfel dispozițiile an. 75 din OUG nr. 34/2006 privind achizițiile publice. În notă de constatare s-a reținut faptul că există o suspiciune de neregulă care vizează publicarea anunțului de intenție fără respectarea condițiilor pentru a permite reducerea termenului la 52 de zile, cuprins între publicarea anunțului de participare și dată limita de depunere a ofertelor.

Normele legale incidente, desfășurării acestei etape din procesul achiziției publice sunt cuprinse în OUG nr. 34/2006 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare și Directiva nr. 2004/18/CE/31 martie 2004 a Parlamentului European și a Consiliului privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii. În scopul de a beneficia de posibilitatea oferită de normele legale incidente, autoritatea contractantă a decis publicarea anunțului de intenție.

Sucesiunea în timp a datelor chemării la competiție a fost următoarea:

În data de 04.03.2010 a fost publicat în SEAP anunțul de intenție nr. 17510.

În data de 05.03. 2010 a fost publicat în JOUE anunțul de intenție nr. 2010- S45- 066584.

În data de 19.08.2010 a fost publicat în SEAP anunțul de participare nr. 106229.

Termenul limita pentru depunerea ofertelor a fost stabilit în dată de 27.09.2010. În momentul publicării acestor anunțuri art. 75 din OUG nr. 34/2006 avea următoarea formă: Fără a aduce atingere prevederilor art. 71, în cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este mai mare decât cea prevăzută la art. 55 alin. (2), perioada cuprinsă între dată transmiterii

anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și dată limita de depunere a ofertelor trebuie să fie de cel puțin 52 de zile.

În cazul în care autoritatea contractantă a publicat un anunț de intenție referitor la contractul de achiziție publică ce urmează a fi atribuit, aceasta are dreptul de a reduce perioada prevăzută la alin. 1 până la 36 de zile. Reducerea prevăzută la alin. (2) este permisă în cazul în care anunțul de intenție a conținut toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare. În cazul în care anunțul de participare este transmis în format electronic, spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, perioada prevăzută la alin. (1) sau după caz, la alin. (2), se poate reduce cu 7 zile.

În cazul în care autoritatea contractantă publică în SEAP întreagă documentație de atribuire și permite, începând cu data publicării anunțului de participare, accesul direct și nerestricționat al operatorilor economici la această documentație, atunci aceasta are dreptul de a reduce perioada prevăzută la alin. (1), precum și cele rezultate în urma aplicării prevederilor alin. (4) cu 5 zile. (6) Reducerea prevăzută la alin. (5) este permisă numai în cazul în care anunțul de participare conține precizări privind adresa de internet la care documentația de atribuire este disponibilă.

La aceeași dată art. 38 alin. 4 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului prevede: Termenul redus menționat la primul paragraf este permis cu condiția că anunțul de informare prealabilă să fi cuprins toate informațiile necesare pentru anunțul de participare prevăzut de anexă VII A dacă respectivele informații sunt disponibile în momentul publicării anunțului și dacă respectivul anunț de informare prealabilă a fost trimis spre publicare cu minim 52 de zile înainte de dată trimiterii anunțului de participare.

Reclamanta apreciază că decizia autorității de control precum și concluziile acesteia sunt nelegale și nefondate pe de o parte pentru că se încalcă principiul neretroactivității legii civile iar pe de altă parte pentru că susținerile din decizia și notă de constatare sunt neîntemeiate. În drept sunt invocate dispozițiile art. 15 alin.2 din Constituția României, art.51 alin.2 din OUG 66/2011 , OUG 34/2006 . art. 178 , 188 și 274 c.pr.civ. În dovedirea acțiunii au fost depuse la dosarul cauzei deciziile atacate și actele care au stat la baza emiterii acestora. Pârâtul a formulat întâmpinare solicitând respingerea contestației că nefondată și menținerea deciziei 134919/24.02.2012 și a notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 156404/20.12.2011 .

În motivarea întâmpinării se arată că Unitatea Administrativ Teritorială Județul Sibiu, în calitate de autoritate contractantă și beneficiar al proiectului "Sistem de Management Integrat al Deșeurilor Solide în Județul Sibiu", COD SMIS 18603, a atribuit prin procedura de licitație deschisă (reglementată de OUG nr.34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii) contractul de servicii nr.3177/22.03.2011 având ca obiect "Asistență tehnică și supervizarea lucrărilor de construcții în sprijinul Consiliului Județean Sibiu".

În baza atribuțiilor sale echipa de control numită prin Decizia nr. 156049/15.11.2011 emisă de Directorul General al Direcției Generale AM POS Mediu, structura în cadrul Ministerul Mediului și Pădurilor, a efectuat verificarea legalității atribuirii contractul de servicii nr.3177/22.03.2011 ca urmare a Suspiciunii de neregulă nr. 134633/14.11.2011. Suspiciunea de neregulă nr. 134633/14.11.2011 a fost întocmită de Serviciul Monitorizare Raportare al Direcției Fonduri Structurale. Din acest document rezultă următoarea constatare cu posibile implicații financiare: "Nerespectarea termenului cuprins între dată publicării anunțului de participare în JOUE și dată limita de depunere a ofertelor."

Ca rezultat al verificărilor, echipa de control a emis Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 156404/20.12.2011 (numită în continuare Notă de constatare) în care se concluzionează la Cap. 9 - Concluziile activității de verificare:

”Având în vedere că un număr mare de agenți economici (opt) au depus oferte financiare și tehnice, existând un mediu concurențial real în ciuda încălcării reglementărilor legale privind reducerea perioadei de depunere a ofertelor și în conformitate cu prevederile punctului 1.12 din Anexă la Ordonanță de urgență a Guvernului nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, pentru reducerea nejustificată a perioadei cuprinse între data transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și data limita de depunere a ofertelor, se aplică o corecție financiară de 5% din valoarea fără TVA (8.412.032,70 lei fără TVA) a contractului de servicii nr.3177/22.03.2011 ”Asistență tehnică și supervizarea lucrărilor de construcții în sprijinul Consiliului Județean Sibiu”, respectiv 420.601,64 lei.”

La cap.6 - Prezentarea verificărilor efectuate din Notă de constatare, echipa de control a precizat că: "Controlul s-a desfășurat că urmare a Suspiciunii de neregulă nr. 134633/14.11.2011, întocmită de către Direcția Fonduri Structurale - Serviciul Monitorizare Raportare din cadrul DG AM POS Mediu. Suspiciunea de neregulă nr. 134633/14.11.2011 a avut la bază verificările efectuate de către Direcția Fonduri Structurale - Serviciul Monitorizare Raportare, în conformitate cu instrucțiunea nr. 157570/10.08.2011 privind utilizarea listelor unitare de verificare a procedurilor de achiziții publice din cadrul proiectelor finanțate din instrumente structurale. Conform Suspiciunii de neregulă nr. 134633/14.11.2011 și în urmă analizării documentației de atribuire a fost identificată că neregulă, publicarea anunțului de participare nr. 106229/19.08.2010 cu nerespectarea prevederilor legale privind achizițiile publice. Potrivit art. 75 alin. (1) din O.U.G. nr.34/2006 "...în cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este egală sau mai mare decât cea prevăzută la art. 55 alin. (2), perioada cuprinsă între dată transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și dată-limita de depunere a ofertelor trebuie să fie de cel puțin 52 de zile."

Alin.(2) al aceluiași articol prevede "În cazul în care autoritatea contractantă a publicat un anunț de intenție referitor la contractul de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, aceasta are dreptul de a reduce perioada prevăzută la alin. (1) până la 36 de zile." Pentru a se putea aplica reducerea prevăzută la alin.(2) trebuie îndeplinite condițiile prevăzute de alin. (3) al art. 75 și anume, "reducerea este permisă în cazul în care anunțul de intenție a conținut toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare - în măsură în care acestea sunt cunoscute la data publicării anunțului de intenție - și a fost transmis spre publicare cu cel mult 12 luni și cu cel puțin 52 de zile înainte de dată transmiterii spre publicare a anunțului de participare." Reducerea perioadei de depunere a ofertelor este permisă doar în limitele prevăzute de art. 75 din O.U.G. nr. 34/2006 și doar în cazul în care anunțul de intenție a conținut toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare - în măsură în care acestea sunt cunoscute la data publicării anunțului de intenție. În ciuda încălcării reglementărilor legale privind reducerea perioadei de depunere a ofertelor, 8 (opt) agenți economici au depus oferte financiare și tehnice, existând un mediu concurențial real, reducându-se astfel impactul neregulii asupra bugetului Uniunii Europene.

În conformitate cu prevederile art.8 lit. a), alin. 13 din Contractul de Finanțare nr. 91802/09.10.2008, "Beneficiarul se obligă să respecte legislația în domeniul achizițiilor publice (...). Nerespectarea acestei obligații conduce la neeligibilitatea parțială sau totală a contractului/contractelor încheiate în cadrul proiectului". Totodată, potrivit art. 1 alin. (4) din H.G. nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea

contractelor de achiziție publică din O.U.G. nr. 34/2006, "Autoritatea Contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului cadru cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile."

Nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. 156404/20.12.2011 aprobată de Directorul General al AM POS Mediu a fost comunicată Consiliului Județului Sibiu. Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 156404/20.12.2011 cuantumul corecției financiare a fost stabilit la 5% din valoarea fără TVA (8.412.032,70 lei fără TVA) a contractului de servicii nr. 3177/22.03.2011 "Asistență tehnică și supervizarea lucrărilor de construcții în sprijinul Consiliului Județean Sibiu", respectiv 420.601,64 lei.

Consiliul Județean Sibiu a depus contestația înregistrată la Ministerul Mediului și Pădurilor cu nr. 134657/25.01.2012 împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 156404/20.12.2011 emisă de Ministerul Mediului și Pădurilor - DG AM POS Mediu.

Pentru soluționarea contestației în conformitate cu prevederile art. 47 și următoarele din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011, prin Decizia nr. 89/26.01.2012 Directorul General al DG AM POS MEDIU a numit comisia de soluționare a contestației depuse de Consiliul Județului Sibiu împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 156404/20.12.2011. Urmare a verificărilor efectuate, comisia de soluționare a contestației a emis Decizia nr. 134919/24.02.2012 prin care decide respingerea Contestației formulate de către Consiliul Județean Sibiu ca neîntemeiată. Nota de constatare și Decizia de soluționare a contestației au fost emise cu respectarea prevederilor O.U.G. nr. 66/2011 coroborate cu cele ale O.U.G. nr. 34/2006 și HG 925/2006. Potrivit prevederilor art. 1 din O.U.G. nr. 66/2011:

„Prezenta ordonanță de urgență reglementează activitățile de prevenire, de constatare a neregulilor, de stabilire și de recuperare a creanțelor bugetare rezultate din neregulile apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, precum și de raportare a neregulilor către Comisia Europeană sau către alți donatori internaționali. Dispozițiile prezentei ordonanțe de urgență se aplică autorităților cu competențe în gestionarea fondurilor europene și oricăror alte instituții publice care au atribuții privind prevenirea, constatarea unei nereguli, stabilirea și urmărirea încasării creanțelor bugetare rezultate din nereguli apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și a fondurilor publice naționale aferente acestora, beneficiarilor de fonduri europene și/sau fonduri publice naționale aferente acestora, precum și oricăror alți operatori economici cu capital public sau privat care desfășoară activități finanțate din fonduri europene în baza unor acte juridice."

Sursa de finanțare a Contractului de servicii nr. 3177/22.03.2011 "Asistență tehnică și supervizarea lucrărilor de construcții în sprijinul Consiliului Județean Sibiu" constă în fonduri europene nerambursabile acordate în temeiul Contractului de finanțare nr. 98552/25.05.2009 încheiat între Ministerul Mediului și Pădurilor și Consiliul Județean Sibiu. Astfel, derularea Contractului de servicii implică utilizarea fondurilor europene obținute de către Autoritatea contractantă în calitate de beneficiar potrivit art. 2 alin. (1) lit. g) din O.U.G. nr. 66/2011 în baza Contractului de finanțare menționat. Or, scopul O.U.G. nr. 66/2011 constă în constatarea neregulilor, stabilirea și recuperarea creanțelor bugetare rezultate din neregulile apărute în utilizarea, de către autoritățile contractante - beneficiari - a finanțării nerambursabile obținute pentru implementarea proiectelor aprobate de către Comisia Europeană. Monitorizarea modului de gestionare și utilizare a fondurilor europene astfel obținute revine, potrivit prevederilor art. 2 alin. (1) lit. e) din O.U.G. nr. 66/2011 autorității de management în cadrul programelor finanțate din instrumente structurale, de coeziune, respectiv Direcții Generale AM POS MEDIU.

Pe cale de consecință, prevederile O.U.G. nr. 66/2011 sunt pe deplin aplicabile în cauză. Totodată, art. 32⁴ alin. (1) din HG nr. 457/2008 privind cadrul instituțional de coordonare și de gestionare a instrumentelor structurale cu modificările și completările ulterioare, prevede: „În cazul în care autoritatea de management consideră că au existat încălcări ale legislației comunitare sau naționale privind achizițiile publice aceasta stabilește și aplică corecții financiare. În condițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.” În sensul celor de mai sus, având în vedere faptul că Direcția Generală AM POS Mediu a fost investită ope legis cu prerogativa analizării modului de utilizare a fondurilor europene precum și a modalității în care Autoritatea contractantă a respectat/eludat prevederile în materia achizițiilor publice, Nota de constatare a fost emisă cu respectarea prevederilor instituite de O.U.G. nr. 66/2011 raportate la cele guvernate de O.U.G. nr. 34/2006 și HG nr.925/2006.

DG AM POS Mediu a demarat misiunea de control că urmare a Notificării privind suspiciunea de neregulă nr. 134633/14.11.2011, întocmită de către Direcția Fonduri Structurale. Aceasta a fost demarată după intrarea în vigoare a Ordonanței de urgență a Guvernului nr.66/2011 f care a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr.461 din 30.06.2011. Potrivit art. 21 alin.(5) din OUG 66/2011 „în vederea constatării neregulilor și stabilirii creanțelor bugetare, conducerea instituției publice în cadrul căreia funcționează structura de control în situațiile de excepție/derogare prevăzute la art. 20 alin. (2) lit. a) și b), la art. 20 alin. (7) și după caz. la art. 20 alin. (4) respectiv conducerea autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene în celelalte situații, aprobă: componența nominală a echipei care va efectua verificarea și constatarea, durata activității de verificare, mandatul privind obiectul verificărilor, stabilirea creanței bugetare rezultate din nereguli și a debitorilor, structura sau structurile verificate. Rezultă astfel că misiunea de control a DG AM POS Mediu a început după întocmirea suspiciunii de neregulă (14.11.2011) și nu la data derulării procedurii de atribuire.

Potrivit dispozițiilor art. 66 din O.U.G. nr. 66/2011 "Activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003 aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003 cu modificările și completările ulterioare". Per a contrario, activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care se desfășoară după dată intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011 se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor acestui act normativ. În situația în care activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare a fost declanșată după intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011, din punct de vedere procedural, se vor aplica regulile acestui act normativ (legea nouă), chiar dacă fapta a fost săvârșită sub imperiul legii vechi (în speță, O.G. nr. 79/2003). De asemenea, precizăm că, la verificarea aspectelor semnalate prin suspiciunea de neregulă nr. 134633/14.11.2011 s-a avut în vedere forma OUG 34/2006 și HG nr. 925/2006 în vigoare la data demarării procedurii de atribuire a contractului.

În eventualitatea în care Ministerul Mediului și Pădurilor - DG AM POS Mediu ar fi aplicat, pentru investigarea unei suspiciuni de neregulă întocmite în dată de 14.11.2011, dispozițiile OG nr.79/2003, act normativ abrogat expres la acea dată ar fi încălcat principiul aplicării imediate a legii civile noi.

Precizăm că neregulile constatate de AM POS Mediu vizează încălcări ale legii ce reglementează domeniul achizițiilor publice în procedura de atribuire a contractului. Aceasta este premergătoare încheierii contractului de achiziție publică, iar constatările echipei de control s-au raportat, așa cum am menționat anterior, la forma actelor normative în vigoare la dată demarării procedurii de atribuire a contractului. Doar procedura de investigare și de stabilire a creanței bugetare a fost cea reglementată de OUG nr.66/2011. Potrivit art. 8 lit. A) alin. (16) din Contractul de finanțare nr.

98552/25.05.2009, reclamanta și-a asumat obligația de a respecta prevederile legale în materia achizițiilor publice, beneficiarul se obligă să respecte legislația în domeniul achizițiilor publice și va transmite la OI și AM rezultatul verificărilor efectuate de instituțiile abilitate, pe toată perioada de implementare a Proiectului. Nerespectarea acestei obligații conduce la neeligibilitatea parțială sau totală a contractului/contractelor încheiate în cadrul Proiectului.

Pe de altă parte, potrivit art. 13 alin.(12) din același contract, „în cazul în care beneficiarul nu respectă legislația în domeniul achizițiilor publice, vor fi aplicate corecții financiare (în conformitate cu prevederile Ghidului pentru determinarea corecțiilor financiare - cheltuielilor cofinanțate din Fondurile Structurale sau Fondul de Coeziune - Anexa IVh) pentru neconformarea cu regulile achiziției publice, versiunea COCOF 07/0037/03-EN din 29.11.2007. Aceeași procedură se va aplica și pentru finanțarea aferentă, alocată din fonduri de la bugetul de stat." Cuantumul corecției aplicate de MMP - DG AM POS Mediu este și în conformitate cu pct.12 din această anexă a contractului de finanțare încheiat cu reclamanta.

Se precizează că, pentru misiunile de investigare a suspiciunilor de neregulă demarate anterior intrării în vigoare a OUG nr.66/2011. În baza OG 79/2003, corecțiile financiare s-au aplicat în temeiul art. 13 din contractele de finanțare, potrivit cuantumurilor prevăzute în tabelul din Anexă privind Ghidul pentru determinarea corecțiilor financiare - COCOF 07/0037/03-EN din 29.11.2007 (Anexa IVh la contractul de finanțare nr. 98552/25.05.2009). Anexa IV la contractul de finanțare conferă putere obligatorie între părțile semnatare ale contractului de finanțare pentru Ghidul Comisiei Europene „Guidelines for determining financial corrections to be made to expenditure cofinanced by the structural funds or the cohesion fund for non-compliance with the rules on public procurement versiunea COCOF 07/0037/03-EN din 29.11.2007".

De altfel, așa cum se arată și în preambul, OUG nr.66/2011 a fost adoptată în scopul „finalizării cât mai urgente a procedurilor de constatare și recuperare de la debitori a sumelor reprezentând corecții financiare stabilite, în conformitate cu prevederile reglementărilor comunitare, ca urmare a constatării unor nereguli de sistem sau ca urmare a identificării unor nereguli în aplicarea de către beneficiarii publici a prevederilor legale privind achizițiile publice, în scopul evitării blocajului implementării proiectelor de investiții, inclusiv a celor majore, finanțate prin instrumente structurale.” Precizăm că OG nr.79/2003 cuprindea dispoziții procedurale, cuantumul corecțiilor fiind stabilit potrivit ghidului menționat anterior, anexă a contractelor de finanțare. Dispozițiile procedurale ale OUG nr.66/2011 sunt de imediată aplicare pentru misiunile de control demarate după intrarea ei în vigoare, iar sancțiunile din anexă sunt cele din Ghidul anexă la contractul de finanțare, astfel încât sistemul a fost cunoscut de reclamantă, motiv pentru care nu poate invoca retroactivitatea aplicării OUG nr.66/2011.

Pe de altă parte, contractul de achiziție publică în discuție a fost încheiat în data de 22.03.2011, dată la care era în vigoare OG nr.79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător. OUG nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora a intrat în vigoare la 30.06.2011. Conform clauzelor contractuale, durata contractului este de 33 de luni, producând efecte sub ambele acte normative precizate mai sus. Specific speței noastre este că fapta (încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice - respectiv neregula) s-a produs în timp ce era în vigoare OG 79/2003 dar efectele sale juridice au continuat și continuă să se producă sub imperiul noii reglementări.

Definiția neregulii este asemănătoare în cele două reglementări. Efectele neregulii se produc la momentul înaintării către autoritatea de management a cererilor de rambursare a sumelor constatate că neeligibile, din acest moment prejudiciul constat devenind efectiv. Așadar în cadrul

acestui contract urmează să fie înaintate cereri de rambursare inclusiv după intrarea în vigoare a OUG nr. 66/2011. Pe cale de consecință efectele juridice ale neregulii producându-se sub imperiul OUG nr.66/2011, se justifică aplicarea acestui act normativ, nepunându-se problema retroactivității.

Având în vedere că OG nr.79/2003 a fost abrogată expres de către OUG nr.66/2011 se presupune că legea nouă reprezintă un progres tehnic, juridic, față de legea veche, astfel încât trebuie să se aplice, de la intrarea ei în vigoare, și situațiilor juridice care sunt în curs de constituire, modificare sau stingere ori ale căror efecte sunt în curs de constituire. Aplicarea imediată a legii noi are ca rezultat excluderea supraviețuirii legii vechi și privește faptele și efectele în curs. Retroactivitatea are ca obiect faptele în întregime consumate în trecut.

Dacă derularea procedurii de achiziție publică și încheierea contractului de servicii nr. 3177/22.03.2011 constituie *facta praeterita*, situația juridică pe care au generat-o, constând în nereguli ce se constată sub legea nouă și ale căror efecte se produc la momentul înaintării către autoritatea de management a cererilor de rambursare, constituie o situație juridică cu persistență în timp - *facta pendencia* care detașându-se de momentul constituirii sale, care s-a produs și s-a consumat își continuă existența, intrând astfel în domeniul temporal de incidență a noii reglementări care deci își poate exercita acțiunea în ceea ce o privește, fără a retroactiva.

Conform prevederilor art.51 alin.(1) din OUG nr.34/2006, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de intenție, atunci când urmărește să beneficieze de prevederile art. 75 alin. (2) sau art. 89 alin. (2) și dacă valoarea totală estimată a contractelor, care urmează să fie atribuite în următoarele 12 luni pentru achiziționarea de produse din aceeași grupa CPV, este egală sau mai mare decât echivalentul în lei a 750.000 euro, valoarea totală estimată a contractelor, care urmează să fie atribuite în următoarele 12 luni pentru achiziționarea de servicii care sunt din aceeași categorie din punct de vedere al modului de grupare din anexa nr. 2A, este egală sau mai mare decât echivalentul în lei a 750.000 euro, valoarea estimată a contractelor de lucrări, care urmează să fie atribuite în următoarele 12 luni, este egală sau mai mare decât echivalentul în lei a 4.845.000 euro.

Așadar, conform prevederilor de mai sus legiuitorul impune autorității contractante obligația de a publică un anunț de intenție, în situația în care urmărește reducerea perioadei de depunere a ofertelor iar valoarea estimată a contractelor de servicii care urmează să fie atribuite în următoarele 12 luni, este egală sau mai mare decât echivalentul în lei a 750.000 euro. Or, prin publicarea anunțului de intenție în SEAP, nr. 17510/04.03.2010, autoritatea contractantă și-a exprimat intenția de a reduce perioada de depunere a ofertelor cu respectarea întocmai a prevederilor legale ce reglementează acest aspect.

Dispozițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr.34/2006 privind achizițiile publice și ale Directivei 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului, reglementează în detaliu modul de organizare și de desfășurare a fiecărei proceduri de achiziție publică stabilind în concret atât regulile cât și termenele care trebuie respectate de către autoritățile contractante. Acolo unde legiuitorul a înțeles să creeze o situație mai favorabilă autorității contractante a reglementat-o expres, identificând în concret și condițiile în care ea operează. Este și cazul posibilității reducerii termenului de 52 de zile, posibilitate reglementată de dispozițiile art.75 alin.2 din Ordonanță de Urgență a Guvernului nr.34/2006 privind achizițiile publice.

Art.75 alin. (l)-(3):

(1) Fără a aduce atingere prevederilor art. 71, în cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este egală sau mai mare decât cea prevăzută la art. 55 alin. (2), perioada cuprinsă

între dată transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și dată-limita de depunere a ofertelor trebuie să fie de cel puțin 52 de zile.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă a publicat un anunț de intenție referitor la contractul de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, această are dreptul de a reduce perioada prevăzută la alin. (1) până la 36 de zile.

(3) Reducerea prevăzută la alin. (2) este permisă în cazul în care anunțul de intenție a conținut toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare - în măsură în care acestea sunt cunoscute la dată publicării anunțului de intenție - și a fost transmis spre publicare cu cel mult 12 luni și cu cel puțin 52 de zile înainte de dată transmiterii spre publicare a anunțului de participare.

Reglementarea legală potrivit căreia anunțul de intenție să fi fost publicat cu cel puțin 51 de zile înainte de publicarea anunțului de participare, se impune erga omnes. Legiuitorul a acordat preferință respectării principiilor achizițiilor publice, în speță principiului transparenței. Pentru o corectă interpretare a cerinței ca anunțul de intenție să conțină toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare, aceasta trebuie înțeleasă în acord cu scopul pentru care a fost edictată, acela prevăzut de art. 38 alin. 1 Directiva nr. 18/2004, respectiv alin. 47 alin. 1 din OUG nr. 34/2006 de a asigura pentru toți potențialii ofertanți, cu respectarea principiului transparenței și în acord cu complexitatea contractului, timpul necesar pentru pregătirea ofertelor. Acesta este și motivul pentru care termenele stabilite sunt termene minime. Nu se poate concepe o reducere a termenului minim de 52 de zile între publicarea anunțului de participare și termenul limita de depunere a ofertelor în condițiile în care anunțul de intenție nu conține cel puțin criteriile minime de calificare și selecție și criteriul de atribuire.

De aceea, lipsa din anunțul de intenție a informațiilor cu privire la criteriile de calificare și selecție urmată de reducerea termenului minim de depunere a ofertelor, a privat posibilii ofertanți de dreptul de a avea în mod efectiv un termen suficient pentru depunerea ofertelor lor, cu încălcarea principiilor fundamentale ale achizițiilor publice. Împrejurarea că Autoritatea contractantă nu deținea toate informațiile referitoare la criteriile de calificare și selecție nu constituie o justificare pentru nerespectarea prevederilor art. 75 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006 pentru că s-ar ajunge la situația absurdă de a se aplica prevederile OUG nr. 34/2006 cu încălcarea principiilor fundamentale și scopului achizițiilor publice prevăzute de art. 2 din acest act normativ. Reducerea termenului de depunere a ofertelor trebuie să fie rezultatul faptului că operatorii economici au avut la dispoziție cel puțin 52 de zile de la publicarea anunțului de intenție pentru a se informa despre criteriile de calificare și selecție. În lipsa acestor informații nu se mai justifică în mod logic reducerea termenului de depunere a ofertelor.

În susținerea considerentelor de mai sus se menționează un extras din Notificarea Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, publicată pe site-ul acesteia la dată de 15 septembrie 2011. Potrivit dispozițiilor art. 8 lit. A alin. (16) din Contractul de finanțare nr. 98552/25.05.2009 prevede că „Beneficiarul se obligă să respecte legislația în domeniul achizițiilor publice (...). Nerespectarea acestei obligații conduce la neeligibilitatea parțială sau totală a contractului/contractelor încheiate în cadrul proiectului”. Conform art. 13 alin. (12) din contractul de finanțare, în cazul în care beneficiarul nu respectă legislația în domeniul achizițiilor publice vor fi aplicate corecții financiare (în conformitate cu prevederile Ghidului pentru determinarea corecțiilor financiare — cheltuielilor cofinanțate din Fondurile Structurale sau din Fondul de Coeziune - Anexa IVh), pentru neconformitatea cu regulile achiziției publice, versiunea COCOF 07/0037/03-EN din 29.11.2007. Aceeași procedură se va aplica și pentru finanțarea aferentă, alocată din fonduri de la bugetul de stat”.

Anexa din OUG nr.66/2011 traduce în mod fidel Ghidul COCOF enunțat în contractul de finanțare. Potrivit art. 1 din OUG nr. 66/2011, „prezenta ordonanță de urgență reglementează activitățile de

prevenire, de constatare a neregulilor, de stabilire și de recuperare a creanțelor bugetare rezultate din neregulile apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, precum și de raportare a neregulilor către Comisia Europeană sau către alți donatori internaționali".

Conform prevederilor art.2 alin.(1) lit.a) din OUG nr.66/2011 neregula este definită ca "orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit". La art.2, alin.(5) din OUG nr. 66/2011 se prevăd, termenii de "legalitate", "regularitate", "conformitate". În calitate de autoritate contractantă, reclamanta avea responsabilitatea organizării procedurii de achiziție publică cu respectarea prevederilor legale. În acest sens, art. 2 alin. 4 din HG 925/2006 prevede că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului cadru cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile.

Conform art. 75 alin. (1)-(3) din OUG nr.34/2006 perioada pentru depunerea ofertelor poate fi redusă doar în cazul în care anunțul de intenție a conținut toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare. Având în vedere definirea termenilor de neregulă orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate conform art.2, alin.(1) lit.a) din OUG nr.66/2011), de legalitate "caracteristica unei operațiuni de a respecta toate prevederile legale care îi sunt aplicabile (art.2, lit.o) din OUG nr. 19/1999) și prevederile art.75 alin. (1)-(3) din OUG nr.34/2006, considerăm că prin reducerea perioadei pentru depunerea ofertelor fără ca în prealabil anunțul de intenție publicat să conțină toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare, autoritatea contractantă s-a abătut de la legalitate prin nerespectarea prevederilor menționate anterior.

În ce privește îndeplinirea condiției că acțiunea sau inacțiunea beneficiarului să fi prejudiciat sau poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/biletele donatori publici internaționali și/sau fondurile publice naționale, prevăzută de art.2 alin.(1) lit.a) din OUG nr.66/2011 cu privire la definirea neregulii, facem precizarea că "efectele unei nereguli se produc la momentul înaintării către autoritatea de management a cererii de rambursare a sumelor constatate că neeligibile, din această clipă prejudiciul eventual, vizat prin sintagma care poate prejudicia bugetul, devenind efectiv" așa cum și instanța de judecată s-a pronunțat în Sentința nr.218 din 30 octombrie 2012 (pronunțată de Curtea de Apel Bacău) într-un litigiu asemănător, în cadrul acestui contract, la data emiterii notei de constatare, nu au fost înaintate cereri de rambursare, conform pct. 11 din notă de constatare, valoarea creanței bugetare fiind 0, pe cale de consecință efectele juridice ale neregulii se produc ulterior, prejudiciul devenind efectiv la momentul înaintării către autoritatea de management a cererilor de rambursare a sumelor constatate că neeligibile. Contractul de servicii nr.3177/22.03.2011 "Asistență tehnică și supervizarea lucrărilor de construcții în sprijinul Consiliului Județean Sibiu", în a cărui procedură de atribuire a fost săvârșită de către reclamanta abaterea de la legalitate, este finanțată din fonduri post-aderare acordate condiționat de la bugetul Uniunii Europene.

Condiția principală a acordării de UE a acestor fonduri este stricta respectare a legalității în utilizarea lor, în special a prevederilor referitoare la achizițiile publice. Orice atingere adusă principiilor fundamentale ale achizițiilor publice conduce la consecință cheltuirii necuvenite a unei părți din aceste sume și în consecință, prejudiciază bugetul UE. În drept sunt invocate dispozițiile art. 115-118 c.pr.civ., legea 554/2004, OUG 66/2011, HG 875/2011, OUG 34/2006, HG 925/2006 și HG 457/2008 iar în dovedirea acțiunii au fost depuse la dosar acte care au stat la baza emiterii

deciziei și a notei de constatare. Analizând actele și lucrările dosarului instanța a găsit fondată acțiunea reclamantei și urmează a o admite în considerarea următoarelor: Procedura de achiziție publică în legătură cu care a fost reținută pretinsă abatere s-a derulat de către subscrisă în intervalul 04.03.2010 - 22.03.2011, anterior intrării în vigoare a OUG 66/2011. Așa fiind, în respectarea principiului neretroactivității legii civile consacrat de art. 15 alin (2) din Constituția României, o lege nu se poate aplica asupra faptelor prin care se constituie sau se sting situații juridice, nici asupra efectelor acestor situații care s-au consumat înaintea intrării în vigoare a legii noi. Acest principiu al neretroactivității este cu atât mai relevant cu cât actul normativ ulterior introduce concepte, ipoteze legale și sancțiuni noi, diferite de cele existente anterior. Astfel, în conformitate cu prevederile art. 2 alin. 1 litera a) din OUG 66/2011, "neregula" este definită ca orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o suma plătită necuvenit.

Aplicarea corecțiilor financiare" este reglementată în același art.2 alin. 1 litera o), fiind definită că măsurile administrative luate de autoritățile competente, în conformitate cu prevederile prezentei ordonanțe de urgență, care constau în excluderea de la finanțarea din fondurile europene și/sau fonduri publice naționale aferente acestora a cheltuielilor pentru care a fost constatată o neregulă. În prezenta cauză se pune problema legalității aplicării unei corecții generate de o faptă-pretins ilicită - săvârșită și consumată anterior intrării în vigoare a prevederilor OUG 66/2011. Important de reținut este că obligația noastră de plată a unei corecții financiare este caracterizată că fiind o SANȚIUNE (deci implică existența unei răspunderi juridice) și că răspunderea juridică operează în funcție de regimul sancționator existent în momentul săvârșirii unei presupuse fapte ilicite.

Or la momentul săvârșirii presupusei fapte ilicite era în vigoare Ordonanță de Urgență 79/2003 și nu prevederile OUG 66/2011, iar în aceste două acte normative definiția "neregulii" este structural diferită. Astfel dacă în art. 2 lit. a din Ordonanță Guvernului 79/2003 era sancționată doar fapta ilicită "care prejudiciază" diferite bugete din care se realiza finanțarea, după dată de 1 iulie 2011 (intrarea în vigoare a OUG 66/2011) este extinsă sfera valorilor sociale protejate, prin sancționarea și a conduitei generatoare de posibile prejudicii prin introducerea în cuprinsul definiției "neregulii" a ilicitului "care poate prejudicia" bugetele de finanțare.

Sintetizând vom observa că dacă OG 79/2003 sancționa doar fapta care genera un prejudiciu, prin OUG 66/2011 se sancționează și faptele care au un potențial pericol de a produce prejudicii. De altfel, OUG 79/2003 nu cuprinde în conținutul sau noțiunea de "corecție" sens în care prin actele atacate se aplică pentru o prezumtivă încălcare a procedurii de atribuire săvârșită în anul 2009 o sancțiune nou introdusă în legislație în anul 2011. După cum a statuat instanța de contencios administrativ în spețe similare născute din aplicarea OUG 66/2011 (sentința 154/2012 a Curții de Apel Alba Iulia) în respectarea principiului neretroactivității legii civile "în cauză sunt aplicabile doar normele de procedură din cuprinsul OUG 66/2011, respectiv cele referitoare la constatarea neregulilor, la termenele de prescripție sau procedurale, la stabilirea autorităților administrative competente, la conținutul actelor administrative, la executarea cailor de atac nu și normele sancționatorii". În acest context, susținerea pârâtului în sensul că abaterile de la prevederile legislației naționale și comunitare sunt sancționate în baza legii specifice aplicabile la data efectuării controlului este neîntemeiată în condițiile în care principiul aplicării imediate a legii noi este regulă care cere că legea nouă să se aplice faptelor pendinte și celor viitoare, întrucât numai ce se petrece sub legea nou trebuie să i se supună".

Instanța apreciază că reclamanta a respectat condițiile impuse de art. 75 alin.3 din OUG 34/2006 în sensul că respectiv de a reduce la 36 de zile termenul „standard” de 52 de zile între data transmiterii anunțului de participare și dată-limita de depunere a ofertelor, precum și faptul dacă reducerea termenului de depunere a ofertelor a generat un prejudiciu care să fie sancționat prin aplicarea corecției financiare cuantificate de organul de control la suma de 420.601,64 lei. Condițiile de exercitare a acestui drept de către autoritatea contractantă sunt în mod expres și limitativ stabilite în prevederile speciale ale articolului 75 aliniatul 3 din OUG 34/2006, respectiv să fi fost publicat un anunț de intenție, anunțul de intenție să fi fost transmis spre publicare cu cel mult 12 luni și cu cel puțin 52 zile înainte de data transmiterii spre publicare a anunțului de participare. Anunțul de intenție trebuie să conțină toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare - în măsură în care acestea sunt cunoscute la data publicării anunțului de intenție. Anunțul de intenție a fost întocmit în baza prevederilor anexei 3A din OUG 34/2006 și cuprinde toate informațiile care au fost cunoscute la data publicării anunțului de intenție. De asemenea anunțul de intenție publicat corespunde și cerințelor din Regulamentul (CE) nr 1564/2005 de stabilire a formularelor standard pentru publicarea anunțurilor în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice. Decizia atacată reține că ”reducerea termenelor limita de depunere a ofertelor aferente procedurilor de licitație ca urmare a transmiterii unui anunț de intenție este posibilă numai dacă la nivelul anunțului de intenție se regăsesc toate cerințele minime de calificare și selecție solicitate de autoritatea contractantă pentru acea procedura, cerințe minime ce se vor regăsi în mod obligatoriu și în viitorul anunț de participare” (a se vedea pagina 7 ultimul aliniat din Decizia atacată).

Această argumentație este nelegală deoarece reține și aplică doar în mod parțial și trunchiat prevederile art. 75 alin. (2) în sensul că se raportează exclusiv la prevederea potrivit căreia ”anunțul de intenție să conțină toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare” fără însă să ia în considerare textul legal complet care conține precizarea expresă că aceste informații vor fi inserate ”în măsură în care acestea sunt cunoscute la data publicării anunțului de intenție”. Ori reglementarea completă a art. 75 alin (3) din OUG 34/2006 nu dispune în mod imperativ și absolut ca anunțul de intenție să conțină toate informațiile pe care le conține și anunțul de participare. Dimpotrivă textul normativ în cauza prevede că informațiile prevăzute pentru anunțul de participare să fie conținute în anunțul de intenție doar în măsură în care au fost cunoscute la momentul publicării anunțului de intenție. Anunțul de intenție este un anunț de informare prealabilă, al cărui conținut se raportează la elementele care sunt cunoscute autorității contractante în momentul publicării acestuia, calificate de dreptul european ca fiind „informații disponibile”.

Acest lucru este firesc dat fiind momentul diferit și scopul diferit al celor două tipuri de documente (anunț de intenție versus anunț de participare). Așa cum se arată expres atât în legislația internă cât și în Directiva CE 18/2004 anunțul de intenție se publică foarte devreme, imediat după definitivarea programului general de achiziții și scopul sau este strict unul de informare prealabilă și generală, respectiv de a face cunoscut operatorilor economici din piață faptul că în cadrul programului de achiziții aprobat pentru anul respectiv o autoritate contractantă intenționează în viitor să efectueze o achiziție publică (art. 52 aliniatul 2 din OUG 34/2006). Tocmai având în vedere acest scop de informare generală și prealabilă, legiuitorul prevede expres în articolul 52 aliniatul 3 din OUG 34/2006 că anunțul de intenție nu creează nici autorității contractante (și de altfel nici operatorilor economici interesați) vreo obligație ulterioară imediată. Este la discreția autorității contractante ca ulterior să nu realizeze respectiva achiziție sau dimpotrivă să definească parametrii și criteriile de achiziție și să declanșeze procedura de achiziție propriu zisă prin publicarea anunțului de participare.

Obligația de a insera în anunțul de informare prealabilă doar informațiile disponibile în momentul publicării anunțului este în mod expres prevăzută și în art. 38 din Directiva CF. nr. 18/2004 care

precizează că: "Termenul redus menționat la primul paragraf este permis cu condiția ca anunțul de informare prealabilă să fi cuprins toate informațiile necesare pentru anunțul de participare prevăzut la anexa VII A, în cazul în care respectivele informații sunt disponibile în momentul publicării anunțului și în care respectivul anunț de informare prealabilă a fost trimis spre publicare cu minimum 52 de zile și maximum 12 zile înainte de data trimiterii anunțului de participare". Decizia atacată mai reține faptul că pretinsa abatere ar constă în lipsa din cadrul anunțului de intenție a "cerințelor minime de calificare și selecție și a criteriului de atribuire" (a se vedea pagina 6 aliniatul 1 și 2 din Decizia atacată). Acceptarea punctului de vedere al autorității de control ar însemna practic că, în mod absolut și obligatoriu, pentru ca reducerea termenului de 52 de zile să fie posibilă, anunțul de intenție să se transforme practic în anunț de participare, ceea ce în mod evident articolul 75 aliniatul 3 nu cere. O astfel de interpretare ar adăuga la lege, fapt nepermis celui care aplică și interpretează dispoziția legală specială. Mențiunile considerate "lipsă" de către autoritatea contractantă nu erau disponibile la data publicării anunțului de intenție, ele au fost stabilite și definite ulterior.

Dovada faptului că la momentul publicării anunțului de intenție nu erau definitive aceste informații o reprezintă Adresa nr. 90216 transmisă abia în data de 14.07.2010 Consiliului Județean Sibiu de către Direcția Generală AM POS Mediu. În adresa se menționează faptul că în urmă discuțiilor purtate de AM POS Mediu cu ANRMAP și UCVAP referitor la factorii de evaluare s-au stabilit recomandări în ceea ce privește factorii de evaluare și modul de acordare a punctajului pentru atribuirea contractelor de asistență tehnică pentru managementul și supervizarea proiectelor finanțate prin POS Mediu. Prin adresa sus menționată AM POS Mediu a solicitat Consiliului Județean Sibiu să elaboreze Documentația de atribuire să aibă în vedere recomandările ANRMAP și s-au anexat modele de criterii de atribuire, precum și modul de evaluare a factorilor și subfactorilor stabiliți. De asemenea la data publicării anunțului de intenție nu era aprobată notă justificativă privind stabilirea criteriilor de atribuire „cea mai avantajoasă oferta economică”, care a fost emisă la data de 16.08.2010 (sub nr.9061), deci ulterior momentului publicării anunțului de intenție.

Rezultă fără echivoc faptul că datele și informațiile reținute de organul de control că fiind "lipsă" din anunțul de intenție nu erau disponibile la momentul publicării anunțului de participare, fiind definite ulterior. În aceeași ordine de idei, instanța apreciază că, dacă în cauza ar fi aplicabile prevederile OUG 66/2011. În interpretarea art. 27, 28 coroborate cu definiția noțiunii de neregulă din art. 2 rezultă că premisa aplicării unei corecții financiare în conformitate cu prevederile anexei la ordonanță, constă în existența unei abateri de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu prevederile privind achizițiile publice și prin această abatere să se fi cauzat un prejudiciu sau abaterea să fie aptă de a produce un asemenea prejudiciu printr-o sumă plătită necuvenit. Așa fiind, după cum a statuat și instanța de contencios administrativ (sentința nr. 154/2012 a Curții de Apel Alba Iulia). În spețe similare născute din aplicarea OUG 66/2011, sub aspect procedural, pentru că ne aflăm în prezența unei nereguli, mijloacele de proba trebuie să facă dovadă atât a existenței situației premisei cât și a existenței și întinderii prejudiciului ori a posibilității certe de a produce un asemenea prejudiciu).

Din lecturarea considerentelor Deciziei atacate reiasă că prejudiciul ar constă în aceea că s-a încălcat scopul pentru care prevederea articolului 75 aliniatul 2 din OUG 34/2006 a fost edictală respectiv acela "de a asigura pentru toți potențialii ofertanți, cu respectarea principiului transparenței și în acord cu complexitatea contractului, timpul necesar pentru pregătirea ofertelor" (pagina 7 aliniatul 2 din Decizie). Or în speță organul de control nu probează în niciun fel existența unui prejudiciu efectiv sau cert, deși atât în cursul derulării controlului cât și prin contestația administrativă formulată am arătat că la procedura de achiziție au participat un număr semnificativ de operatori economici, respectiv 8 (opt). Față de aceste considerente acțiunea reclamantei se

găsește fondată și urmează a fi admisă cu consecință anulării celor două acte administrative atacate. Cheltuieli de judecată nu s-au solicitat.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Admite acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială a Județului Sibiu, cu sediul în Sibiu, în contradictoriu cu Ministerul Mediului și Pădurilor, cu sediul în București, și în consecință: Anulează decizia nr. 134919/24.02.2012 a Ministerului Mediului și Pădurilor prin care s-a respins contestația formulată de reclamantă împotriva „Notei de constatare a neregularităților și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 156404/2011, încheiată de Ministerul Mediului și Pădurilor - Direcția Generală AMPOS Mediu.

Anulează nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 156404/2011 încheiată de Ministerul Mediului și Pădurilor, Direcția Generală AMPOS Mediu privind contractul de asistență tehnică și supervizarea lucrărilor de construcții în sprijinul Consiliului Județean Sibiu, din cadrul proiectului Sistem de management integrat de deșeurilor solide din jud. Sibiu-cod SMIS 18603”.

Cu drept de recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică de la 29 Martie 2013.

Dosar nr. 115/59/2013

TRIBUNALUL TIMIȘ
SECȚIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV SI FISCAL
SENTINȚA Nr. 1196/P1/CA/2014
Ședința publică din 28 Februarie 2014

Pe rol fiind judecarea acțiunii formulată de reclamantul **JUDEȚUL TIMIȘ, prin CONSILIUL JUDEȚEAN TIMIȘ**, în contradictoriu cu pârâtul **MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR - DIR. GEN. AUTORITATEA DE MANAGEMENT PROGRAMUL OPERAȚIONAL SECTORIAL DE MEDIU**, având ca obiect - anulare act administrativ. La apelul nominal făcut în ședința publică, se prezintă pentru reclamant, c.j. L. M. lipsă fiind pârâtul. Procedura de citare este legal îndeplinită. S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință, după care: Reprezentanta reclamantului depune hotărâri pronunțate în materie, cu titlu de practică judiciară și arată că nu mai are alte cereri. Nemaifiind alte cereri de formulat sau probe de administrat, instanța constată încheiată cercetarea judecătorească și acordă cuvântul pe fond.

Reprezentanta reclamantei solicită admiterea acțiunii așa cum a fost formulată, anularea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 142770/30.10.2012, precum și a Deciziei nr. 143176/05.12.2012 emise de pârâtă. Totodată, arată că instituția pe care o reprezintă și-a îndeplinit obligația legală prin faptul că a transmis spre publicare anunțul tip erată așa cum rezultă clar din actele depuse la dosarul cauzei. Neregulile constatate de pârâtă nu sunt întemeiate, nefiind săvârșită nicio abatere cu privire la procedura de achiziții. Nu solicită cheltuieli de judecată. Instanța reține cauza spre soluționare.

TRIBUNALUL, Deliberând asupra cauzei de față, constată că:

Prin acțiunea înregistrată pe rolul Curții de Apel Timișoara, sub nr. 115/59/30.01.2013, reclamantul **JUDEȚUL TIMIȘ**, prin Consiliul Județean Timiș a solicitat ca, în contradictoriu cu pârâtul **MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR - DIR. GEN. AUTORITATEA DE MANAGEMENT PROGRAMUL OPERAȚIONAL SECTORIAL DE MEDIU**, să se pronunțe o hotărâre prin care să se dispună anularea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 142770/30.10.2012, precum și a deciziei nr. 143176/05.12.2012.

În motivarea acțiunii, reclamantul arată, în esență, că echipa de control din cadrul pârâtului a efectuat un control ca urmare a Suspiciunii de neregulă nr. 110/08.08.2012 transmisă de Direcția de Fonduri Structurale - Serviciul Monitorizare Raportare privitor la încheierea contractului de furnizare nr. 16903/28.12.2011 „Achiziționare motostivuiitor HC CPCD 15 CD 15N-RW 32” din cadrul proiectului „Sistemul integrat de management al deșeurilor în județul Timiș”.

În urma verificărilor efectuate, echipa de control a reținut că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 26 alin. (2) din HG nr. 925/2006 prin nerespectarea obligației de a publica un anunț de tip erată ca urmare a modificărilor produse asupra anunțului de participare. Totodată, s-a reținut încălcarea de către autoritatea contractantă a prevederilor art. 202 din OUG nr. 34/2006 și a art. 361 din HG nr. 925/2006 privind nesolicitarea unor clarificări ca urmare a faptului că oferta câștigătoare are un preț neobișnuit de scăzut. Ca urmare a constatărilor făcute, echipa de control a aplicat o corecție financiară de 5% din valoarea fără TVA a contractului de furnizare nr. 16903/28.12.2011 „Achiziționare motostivuiitor HC CPCD 15 CD 15N-RW 32” din cadrul proiectului „Sistem integrat de management al deșeurilor în județul Timiș”, în conformitate cu prevederile punctului 1.12 din Anexa la OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora și conform pct. 12 al Ghidului COCOF 07/07/0037/03.

Se arată ca împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 142770/30.10.2012 Județul Timiș a formulat contestație, pe cale administrativă, în temeiul prevederilor art.46 și 47 din OUG nr.66/2011, contestație ce a fost respinsă prin Decizia nr.143176/05.12.2012.

Se menționează că, concluziile organului de control și ale comisiei de soluționare a contestației sunt neîntemeiate, întrucât autoritatea contractantă nu a săvârșit nici o abatere de la legalitate, regularitate și conformitate, în sensul art. 2 lit. a) din OUG nr. 66/2011 în raport cu dispozițiile naționale sau europene, abatere care să-i fie imputabilă și care să justifice măsura corecției financiare de 5% din valoarea contractului controlat. Potrivit prevederilor art. 2 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 66/2011, „neregula” este definită ca: „orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit”.

După cum reiese din definiția dată de legiuitor neregulii, una dintre condițiile care trebuie îndeplinite cumulativ pentru a ne afla în prezența unei „nereguli” este aceea a existenței sau posibilității existenței unui prejudiciu suferit de bugetele sau fondurile naționale sau internaționale enumerate în art. 2 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 66/2011. Se arată ca organul de control nu a precizat însă, nici în Nota de constatare și nici în Decizie, care este prejudiciul suferit de bugetul Uniunii Europene sau de bugetul național ca urmare a neregulilor constatate, lucru dificil, dacă nu imposibil de făcut, dacă ținem cont de neregulile constatate și imputate autorității contractante. În ceea ce privește prima constatare a organului de control, și anume, că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 26 alin. (2) din HG nr. 925/2006 potrivit cărora: „În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja publicate, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, în condițiile prevăzute de Regulamentul Comisiei Europene nr. 1564/2005, care stabilește formatul standard al anunțurilor publicitare în cadrul procedurilor de atribuire prevăzute în directivele nr. 17/2004/CE și 18/2004/CE”, face următoarele precizări: Autoritatea contractantă a demarat în data de 30.08.2011 procedura de achiziție publică pentru contractul „Achiziționare de echipamente (pe loturi) pentru depozitul de deșeuri din cadrul proiectului - Sistem integrat de management al deșeurilor în județul Timiș”. Contractul care a făcut obiectul controlului are ca obiect achiziționare motostivuitoare HC CPCD 15 CD 15N-RW32. În cursul procedurii, operatorii economici interesați au formulat o serie de solicitări de clarificări, termenul limită pentru depunerea acestora fiind de 06.10.2011.

Potrivit prevederilor art. 79 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, în cazul în care operatorul economic nu a transmis solicitarea de clarificare în timp util, punând autoritatea contractantă în imposibilitatea de a respecta termenul prevăzut în aliniatul 1 al textului legal (6 zile înainte de data limită stabilită pentru depunerea ofertelor), „aceasta din urmă are, totuși, obligația de a răspunde la solicitarea de clarificare în măsura în care perioada necesară pentru elaborarea și transmiterea răspunsului face posibilă primirea acestuia de către operatorii economici înainte de data limită de depunere a ofertelor” (în cazul de față 18.10.2011). Urmare a solicitărilor de clarificări depuse în datele de 11.10.2011 și 13.10.2011, autoritatea contractantă a transmis către SEAP în data de 13.10.2011 clarificarea nr. 10 și în data de 14.10.2011 anunțul tip erată nr. 24174/14.10.2011 la anunțul de participare nr. 129263/30.08.2011.

Prin răspunsul la clarificări cu nr. R13173/254/AP, 13.174/255/AP din 11.10.2011; 13.230/257/AP/13.10.2011 (clarificarea nr. 10) autoritatea contractantă răspundea și solicitării

unui agent economic de scoatere din Fișa de date a achiziției a depunerii certificatului OHSAS 18001, considerat excesiv de vreme ce este o cerință justificată în cazul contractelor de lucrări sau servicii, dar nejustificată în cazul unui contract de furnizare. Autoritatea contractantă a răspuns la această solicitare prin eliminarea certificatului respectiv din documentația de atribuire. Răspunsurile la clarificări sunt publicate în SEAP în data de 13.10.2011, fiind, astfel, accesibile tuturor operatorilor economici interesați. Prin anunțul tip erată nr. 24174/14.10.2011, autoritatea contractantă informa agenții economici despre modificările care survin în documentația de atribuire, anume renunțarea la certificatul OHSAS 18001, și decalarea, în temeiul art. 72 din OUG nr. 34/2006, a termenului de depunere a ofertelor. Invocând nereguli formale și tardivitatea anunțului, operatorul SEAP nu a publicat anunțul tip erată în forma transmisă de autoritatea contractantă, publicându-se doar partea din erată privitoare la decalarea termenului de depunere a ofertelor din data de 18.10.2011 în data de 25.10.2011, orele programate pentru deschiderea ofertelor rămânând neschimbate.

Publicarea unui anunț tip erată în conformitate cu art. 26 alin. (2) din HG nr. 925/2006 are drept scop informarea agenților economici cu privire la modificări ce apar în cursul procedurii de achiziție publică față de informațiile deja publicate. În condițiile în care prin anunțul tip erată se dorea informarea operatorilor economici interesați să participe la procedură cu privire la eliminarea din documentația de atribuire a cerinței privitoare la certificatul OHSAS 18001, eliminare adusă la cunoștința operatorilor economici prin răspunsul la clarificări nr. 10 publicat în SEAP în data de 13.10.2011, nepublicarea acestui anunț apare doar ca o nerespectare pur formală a dispozițiilor legale, ce nu a prejudiciat în nici un fel vreun operator economic și nici un buget. În plus, autoritatea contractantă a anunțat operatorii economici și cu privire la decalarea termenului de depunere a ofertelor din data de 18.10.2011 la data de 25.10.2011. Deci, se învederează ca scopul urmărit de legiuitor prin instituirea obligației cuprinse în art.26 alin.2 din HG nr.925/2006 a fost atins, toți operatorii economici fiind informați și luând la cunoștință de modificările intervenite în urma solicitărilor de clarificări.

Se mai arată că, în ceea ce privește a doua constatare a organului de control, și anume, că, autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile art. 202 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 și ale art. 361 alin. (2) din HG nr. 925/2006, prin nerespectarea obligației de a efectua verificări detaliate cu privire la prețul ofertei operatorului economic care a oferit prețul cel mai scăzut, în condițiile în care oferta acestuia era de 67% din valoarea estimată a achiziției publice, face următoarele precizări: Valoarea estimată a lotului IV a fost de 143.080 lei fără TVA. Contractul a fost atribuit lui S.C. Grădinariu Import Export S.R.L, oferta acesteia fiind cea mai scăzută, anume 96.800 lei.

În condițiile în care contractul a fost atribuit la o valoare mai mică decât valoarea estimată, iar ofertantul a îndeplinit toate criteriile de calificare și selecție, reclamantul consideră că nu a fost prejudiciat bugetul Uniunii Europene sau bugetul național prin neregula constatată. De asemenea, având în vedere faptul că vorbim de furnizarea unui produs de către un reprezentant al producătorului (societatea câștigătoare prezentând o autorizare de livrare din data de 20.10.2011, a produselor furnizate autorității contractante) este evident că scăderea prețului de vânzare a produsului a rezultat din scăderea comisionului pe care reprezentantul îl încasează de la firma producătoare, astfel încât o altă verificare a modalității de compunere a prețului de achiziție apărea ca strict formală. La documentație exista de la început actul care justifica prețul aparent neobișnuit de scăzut, și anume, autorizația de reprezentant și distribuitor autorizat al producătorului. Deci, prețul era deja justificat, astfel că apărea improprie solicitarea de alte documente justificative. Reclamantul consideră neîntemeiat punctul de vedere exprimat de Comisia de soluționare a contestației în Decizia nr.143176/05.12.2012, și anume, că susținerea reclamantei cu privire la prețul de vânzare este doar o apreciere nefundamentată pe explicațiile ofertantului, și prin urmare ea nu poate fi acceptată. Așa cum a arătat mai sus, susținerea sa nu este o apreciere nefundamentată pe explicațiile ofertantului, ci dimpotrivă este o apreciere

fundamentată tocmai pe documentele depuse de ofertant, fapt care nu mai justifică solicitarea de către reclamant a altor documente sau explicații de la ofertant.

Din toate cele prezentate mai sus rezultă că, nu există nici un prejudiciu produs bugetului Uniunii Europene sau bugetului național. Nu există nici un prejudiciu și nici posibilitatea producerii vreunui prejudiciu, prin plata unei sume necuvenite, așa cum cer prevederile art. 2 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 66/2011, pentru a ne afla în situația unei „nereguli”, a unei abateri de la legalitate, regularitate și conformitate. De altfel, însuși organul de control, a considerat că neregulile constatate sunt minore încadrând abaterea la punctul 1.12 din Anexa la OUG nr. 66/2011 potrivit căruia: „Contractul a fost atribuit cu respectarea legislației privind achizițiile publice, însă nu au fost respectate unele obligații auxiliare cum ar fi publicarea anunțului de atribuire”.

Din păcate, nici organul de control, nici comisia de soluționare a contestației nu au ținut cont de faptul că neregulile constatate erau pur formale, fără un potențial impact financiar, fapt care i-ar fi permis să aplice același punct 1.12 din Anexă, în sensul că nu ar fi aplicat nici un fel de corecție financiară. Mai mult, nu s-a ținut seama nici de prevederile art. 17 din OUG nr. 66/2011, potrivit cărora „Orice acțiune întreprinsă în sensul constatării unei nereguli și al stabilirii creanțelor bugetare rezultate din nereguli se realizează cu aplicarea principiului proporționalității, ținându-se seama de natura și de gravitatea neregulii constatate, precum și de amploarea și de implicațiile financiare ale acesteia.”

În conformitate cu prevederile art.2 alin.1 lit. n din OUG nr.66/2011 potrivit principiului proporționalității "orice măsură administrativă adoptată trebuie să fie adecvată, necesară și corespunzătoare scopului urmărit, atât în ceea ce privește resursele angajate în constatarea neregulilor, cât și în ceea ce privește stabilirea creanțelor bugetare rezultate din nereguli, ținând seama de natura și frecvența neregulilor constatate și de impactul financiar al acestora asupra proiectului/programului respectiv." Pentru toate aceste motive, reclamantul solicită instanței să admită plângerea, și să dispună anularea titlului de creanță constând în Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 142770/30.10.2012 și a Deciziei nr. 143176/05.12.2012 emisă de pârât, cu privire la aplicarea corecției financiare de 5% din valoarea contractului de furnizare nr. 16903/28.12.2011.

Pârâtul nu a formulat întâmpinare. Prin sentința civilă nr. 263/20.05.2013, Curtea de Apel Timișoara a admis excepția de necompetență materială a instanței și a declinat competența de soluționare a acțiunii în favoarea Tribunalului Timiș - Secția contencios administrativ și fiscal, reținând, în esență, că acțiunea de față privește un act administrativ fiscal, potrivit art. 85 din Codul de procedură fiscală; ori, din interpretarea art. 10 din Legea nr. 554/2004 (în forma în vigoare la data introducerii acțiunii) rezultă că în cazul litigiilor privind taxe, impozite și contribuții, competența se stabilește prin raportare exclusiv la criteriul valoric, iar nu la nivelul instituției emitente a actului fiscal atacat. În aceste împrejurări, dosarul s-a înregistrat pe rolul Tribunalului Timiș. Reclamantul a formulat și note de ședință. În probațiune, s-a administrat proba cu înscrișuri.

Examinând actele și lucrările dosarului, instanța reține următoarele:

Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 142770/30.10.2012 întocmită de pârâtul MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR - DIRECȚIA GENERALĂ AUTORITATEA DE MANAGEMENT PROGRAMUL OPERAȚIONAL SECTORIAL DE MEDIU, privind contractul de furnizare nr. 16903/28.12.2011 „Achiziționare motostivuitoare HC CPCD 15 CD 15N-RW 32” din cadrul proiectului „Sistemul integrat de management al deșeurilor în județul Timiș”, s-a constatat încălcarea de către reclamant (în calitatea sa de autoritatea contractantă) a prevederilor art. 26 alin. (2) din HG nr. 925/2006, prin nerespectarea obligației de a publica un anunț de tip erată ca urmare a modificărilor produse asupra anunțului de participare.

În consecință, s-a aplicat reclamantei o corecție financiară de 5% din valoarea fără TVA a contractului de furnizare nr. 16903/28.12.2011 „Achiziționare motostivuitoare HC CPCD 15 CD 15N-RW 32” din cadrul proiectului „Sistem integrat de management al deșeurilor în județul Timiș”, în conformitate cu prevederile punctului 2.4 din Anexa la OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora și conform pct. 24 al Ghidului COCOF 07/0037/03.

S-a reținut de către echipa de control faptul că *prin răspunsurile la solicitările de clarificări, s-au adus modificări informațiilor cuprinse în anunțul de participare nr. 129263/30.08.2011 referitoare la îndeplinirea criteriului privind standardele de securitate și sănătate în muncă OHSAS 18001 - cerința OHSAS a fost eliminată. De asemenea, prin publicarea unei comunicări pe SEAP termenul pentru deschidere a ofertelor a fost modificat de la 18.10.2012, la 25.10.2012. Deși autoritatea contractantă a transmis spre publicare un anunț tip erată, acesta a fost respins de ANRMAP, având ca argument tardivitatea faptului că în anunțul tip erată a fost făcută trimiterea la conținutul Fișei de date și nu la anunțul de participare.*

Împotriva notei de constatare anterior menționată, reclamantul a formulat contestație administrativă, potrivit disp. art. 46 și 47 din OUG Nr. 66/2011, aceasta fiind respinsă prin decizia nr. 143176/05.12.2012. Analizând legalitatea actelor contestate de reclamant, Tribunalul constată că acesta, în calitate de autoritate contractantă, a demarat în cadrul proiectului - "Sistem integrat al deșeurilor în județul Timiș" procedura de achiziție publică pentru contractul „Achiziționare de echipamente (pe loturi) pentru depozitul de deșeuri, în data de 30.08.2011, sens în care a publicat anunțul de participare nr. 129263/30.08.2011, cu termen limită de depunere a ofertelor pentru achiziționarea unui motostivuitoare - 06.10.2011.

Potrivit art. 26 alin. 2 din HG 925/2006, *în cazul în care, după publicarea unui anunț intervin anumite modificări față de informațiile deja publicate, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, în condițiile prevăzute de Regulamentul Comisiei Europene nr. 1.564/2005, care stabilește formatul standard al anunțurilor publicitare în cadrul procedurilor de atribuire prevăzute în directivele nr. 17/2004/CE și 18/2004/CE.* Instanța constată că, în speță, autoritatea contractantă a transmis către SEAP clarificarea nr. 10 din 13.10.2011 prin care elimina cerința OHSAS 18001, iar în data de 14.10.2011 - anunțul tip erată nr. 24174/14.10.2011 la anunțul de participare nr. 129263/30.08.2011 - prin care a fost menționată renunțarea la cerința OHSAS 18001 și decalarea temeiului de depunere a ofertelor din data de 18.10.2011 în data de 25.10.2011 (f. 52-53 ds).

În aceste condiții, instanța apreciază că nu se poate reține nerespectarea de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 26 alin 2 din HG 925/2006, întrucât aceasta și-a îndeplinit obligația de a modifica anunțul inițial - printr-un anunț tip erată, transmis spre publicare la data de 14.10.2011. Refuzul ANRMAP din data de 14.10.2011, de a publica efectiv anunțul transmisie către reclamant, considerându-l tardiv nu poate fi imputat reclamantei pentru a fi circumscris noțiunii de neregulă sancționabilă potrivit punctului 1.12 din Anexa la OUG nr. 66/2011.

De asemenea, disp. art. 33 alin. 1 din HG 925/2006 stabilesc pentru cazul prelungirii termenului de depunere a ofertelor, obligația de a preciza această modificare printr-o erată la anunțul de participare, care trebuie, însă, publicată cu cel puțin 3 zile înainte de data anunțată inițial pentru deschiderea ofertelor, iar art. 27 alin. 3 prevede că autoritatea contractantă are obligația de a lua în calcul și marja de timp de 3 zile lucrătoare, necesară pentru verificarea anunțurilor de către Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice și pentru transmiterea acestora către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene de către operatorul SEAP, astfel cum este prevăzut la art. 49 alin. (2) și (3) din ordonanța de urgență.

Reclamantul a transmis anunțul tip erată la data de 14.10.2011, iar data inițială de deschidere a ofertelor era 18.10.2011, durată care respecta termenul prevăzut de art. 33 alin. 1, dar nu și pe cele ale art. 27 alin. 3 din HG 925/2006. Cu toate acestea, autorității contractante nu îi este imputabil faptul că, formal, nu a avut în vedere și marja de timp de 3 zile lucrătoare, necesară pentru verificarea anunțurilor întrucât, cererile de clarificări din partea operatorilor economici interesați, cereri care au determinat publicarea anunțului tip erată, au fost depuse în datele de 11.10.2011 și de 13.10.2011 cu nerespectarea termenului inițial pentru depunere 06.10.2011. Ori, potrivit art. 79 alin. 2 din OUG 34/2006, autoritatea contractantă avea obligația de a răspunde inclusiv solicitărilor de clarificare depuse tardiv.

Pe cale de consecință, în cauză, se constată că fapta reținută în sarcina reclamantei cu privire la încălcarea prevederilor art. 26 alin. (2) din HG nr. 925/2006 prin nerespectarea obligației de a publica un anunț de tip erată ca urmare a modificărilor produse asupra anunțului de participare, nu se circumscrie noțiunii de neregulă care să atragă aplicarea unei corecții financiare de 5% din valoarea fără TVA a contractului de furnizare nr. 16901/28.12.2011, în conformitate cu prevederile punctului 1.12 din Anexa la OUG nr. 66/2011. În cauză, Tribunalul reține că așa - zisa "neregulă" este una pur formală, în sensul tezei II din punctul menționat, care permite neaplicarea vreunei corecții financiare și, având în vedere că art. 2 alin. 1 lit. n rap. la art. 17 din OUG 66/2011 impun respectarea principiului proporționalității la stabilirea neregulii și aplicarea corecției financiare, se va anula titlul de creanță reprezentat de Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare 142770/30.10.2012, sub acest aspect, precum și Decizia nr. 143176/05.12.2012, dată în soluționarea contestației.

În ceea ce privește cea de-a doua faptă, în sensul că autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile art. 202 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 și ale art. 36 ind. 1 alin. (2) din HG nr. 925/2006, constând în nerespectarea obligației de a efectua verificări detaliate cu privire la prețul ofertei operatorului economic care a oferit prețul cel mai scăzut, în condițiile în care oferta acestuia era de 82% din valoarea estimată a achiziției publice, Tribunalul constată că, așa cum rezultă din actele depuse la dosar, valoarea estimată a lotului IV a fost de 143.080 lei (fără TVA). Ori, în speță, contractul a fost atribuit societății S.C. Grădinarium Import Export SRL, oferta acestuia fiind cea mai scăzută, respectiv, 96.800 lei.

Prin urmare, cum contractul a fost atribuit la o valoare mai mică decât valoarea estimată, fiind îndeplinite celelalte criterii de calificare și selecție și existând documentul justificativ al prețului (autorizația de reprezentant și distribuitor autorizat al producătorului), este evident că nu era necesară solicitarea de alte documente justificative. Așa fiind, și sub acest aspect, se impune anularea actelor contestate, în consecință, acțiunea de față apare ca întemeiată și se impune a fi admisă. Reclamantul nu a solicitat cheltuieli de judecată.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII, HOTĂRĂȘTE:

Admite acțiunea formulată de reclamantul JUDEȚUL TIMIȘ, prin Consiliul Județean Timiș, cu sediul în Timișoara, jud. Timiș, în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL MEDIULUI ȘI PĂDURILOR - DIR. GEN. AUTORITATEA DE MANAGEMENT PROGRAMUL OPERAȚIONAL SECTORIAL DE MEDIU, cu sediul în București, sector 4 și, în consecință: Dispune anularea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 142770/30.10.2012, precum și a deciziei nr. 143176/05.12.2012.

Fără cheltuieli de judecată. Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din 28.02.2014.

PROGRAMUL OPERAȚIONAL REGIONAL

Dosar nr. 10786/107/2012

CURTEA DE APEL ALBA IULIA
SECȚIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV SI FISCAL
DECIZIE Nr. 6584/2013
Ședința publică de la 11 Iunie 2013

Pe rol se află soluționarea recursului declarat de pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice succesor în drepturi și obligații al Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală, Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene împotriva sentinței administrative nr. 1201/CAF/2013 pronunțată de Tribunalul Alba în dosar nr. 10786/107/2012. La apelul nominal făcut în ședința publică se prezintă în fața instanței reprezentanta intimatului reclamant, consilier juridic LS, lipsă fiind recurentul pârât. Procedura de citare este legal îndeplinită.

S-a făcut referatul cauzei de către greșier care învederează instanței faptul că recursul a fost motivat; este scutit de plata taxelor judiciare de timbru; recurentul pârât a solicitat judecarea cauzei în lipsă; intimatul reclamant a depus la dosar, prin serviciul Registratură al instanței, întâmpinare, în două exemplare. Reprezentanta intimatului reclamant depune la dosar delegația de reprezentare juridică a acestuia și învederează instanței că prin întâmpinare nu au fost invocate excepții și nici aspecte noi. Declară că nu mai are alte cereri de formulat, împrejurare față de care, constatând cauza în stare de judecată, instanța acordă cuvântul în dezbateră recursului. Reprezentanta intimatului reclamant solicită respingerea recursului ca nefondat și în consecință menținerea sentinței pronunțată de Tribunalul Alba, ca fiind legală și temeinică. Învederează instanței că, în cauză, nu sunt incidente niciuna dintre dispozițiile art. 304 și art. 304 indice 1 Cod procedură civilă, care să ducă la modificarea sentinței recurate. De altfel, recursul pârâtului nu conține critici cu privire la sentința instanței de fond, nici referitoare la temeinicia acesteia și nici în ceea ce privește legalitatea hotărârii. Reprezentanta intimatului reclamant arată că în probațiune înțelege să se prevaleze de proba cu înscrisurile depuse la dosarul cauzei.

Învvederează instanței ca a fost aplicată reclamantului o corecție financiară, însă potrivit prevederilor O.U.G. nr. 66/2011 termenul de „neregulă” presupune orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetele printr-o sumă plătită necuvenit. Or, neexistând prejudiciu, apreciază că nu trebuia aplicată nici corecția financiară. Mai susține, reprezentanta intimatului reclamant faptul că cerințele de calificare din documentația de atribuire, respectiv fișa de date a achiziției au fost aduse la cunoștința potențialilor operatori economici prin anunțul de participare publicat în SEAP, iar până la data deschiderii ofertelor niciunul dintre operatorii economici nu a sesizat autoritatea contractantă că unele dintre cerințele din documentația de atribuire ar încălca prevederile legale în materia achizițiilor publice și nici nu au formulat contestație la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu privire la o pretinsă încălcare a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Fără cheltuieli de judecată.

CURTEA DE APEL, Asupra recursului de față:

Prin acțiunea înregistrată pe rolul Tribunalului Alba, sub dosar nr. 10786/107/2012 reclamantul Municipiul Alba Iulia reprezentat prin Primar a solicitat în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene anularea:

- Deciziei nr. 138/2012 emisă de către Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Comisia de Soluționare a Contestației numită prin Ordinul nr. 1402/2012.

- titlului de creanță respectiv a notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 48902/02.07.2012 privind proiectul cod SM1S 6922 cu titlul „Modernizare DN 74 de la km 99 + 870 la km 103 + 175, str. Zlatnei și Calea Moșilor, Municipiul Alba Iulia”, beneficiar U.A.T. Municipiul Alba Iulia, emisă de către Direcția Generală, Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene;
- exonerarea pe cale de consecință a Municipiului Alba Iulia de la plata tuturor sumelor stabilite conform Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 48902/02.07.2012.
- cu cheltuieli de judecată.

În motivare a arătat că pârâtul a reținut că, contestația nu îndeplinește condițiile impuse de prevederile art. 47 alin. 1 lit. "e" din O.U.G. nr. 66/2011, deși contestația administrativă îndeplinește toate elementele prevăzute în actul normativ menționat, iar împuternicirea avocațială nr. 62/12.07.2012 atașată la contestație este emisă cu respectarea dispozițiilor legale prevăzute în Legea nr. 51/1995 privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat și ale statutului profesiei. În fapt s-a arătat că la întocmirea notei de constatare nu s-au avut în vedere considerentele pe care le-au formulat și comunicat sub nr. 46444/20.06.2012.

Toate cerințele de calificare din documentația de atribuire, respectiv fișa de date a achiziției au fost aduse la cunoștința potențialilor operatori economici prin anunțul de participare nr. 273846/2010 acceptat de către A.N.R.M.A.P. și publicat în S.E.A.P. în data de 29.11.2010. Până la data deschiderii ofertelor nici unul dintre operatorii economici interesați de această procedură nu au adus la cunoștință autorității contractante că unele cerințe din anunțul de participare publicat în S.E.A.P., respectiv din documentația de atribuire încalcă prevederile legale în materie de achiziții publice.

În fișa de date a achiziției la capitolul V. 1 Situația personală a ofertantului se precizează în mod expres „Toate cerințele se completează sau se modifică în funcție de prevederile O.U.G. nr. 34/2006 modificată și H.G.R. nr. 925/2006, modificată”, ca urmare a acestei cerințe, chiar dacă erau solicitate de către autoritatea contractantă, nu erau obligatorii conform art. 11 alin. 7 din H.G.R., ofertanții înțelegând aceasta și întocmind oferta în conformitate cu legislația în vigoare, neținând seama de această cerință. Deoarece până la data limită de depunere a ofertelor nu au fost formulate contestații împotriva documentației de atribuire de către alți posibili ofertanți, nu au fost motive ca posibii ofertanți să fie lezați în drepturile lor și să participe la procedura de atribuire a contractului de servicii de dirigenție de șantier.

Prin solicitarea completării și prezentării declarației privind neîncadrarea în prevederile art. 181 din O.U.G. nr. 34/2006 de către subcontractanții care îndeplinesc cel puțin 10% din contract că autoritatea contractantă nu putea restricționa participarea operatorilor economici la procedura de atribuire întrucât această cerință este de ordin general, respectiv o declarație pe propria răspundere privind neîncadrarea în prevederile art. 181 din O.U.G. 34/2006, nefiind de natură să restricționeze participarea la procedură. Din documentația de atribuire publicată în S.E.A.P. nu au fost impuse nici un alt criteriu sau cerință de calificare sau selecție pentru subcontractanți. Motivul solicitării, completării formularului 6, declarația privind neîncadrarea în prev. art. 181 din O.U.G. 34/2006 și de către subcontractanți fiind doar unul formal la nivel de declarație, autoritatea contractantă urmând să ia în considerare toate ofertele depuse de către ofertanți care propuneau să subcontracteze o parte din contractul respectiv. În ceea ce privește prezentarea certificatului la bugetul consolidat al statului și bugetul local orice societate care desfășoară o activitate economică are obligația de a plăti aceste taxe prevăzute în codul fiscal.

Nu în cele din urmă la procedura organizată de municipiul Alba Iulia pentru achiziționarea serviciului de dirigenție, operatorii ofertanți au depus oferte individuale și nici unul dintre aceștia nu au declarat că vor subcontracta părți din contract. Așa cum se poate constata din documentele

procedurii, autoritatea contractantă a declarat admisibile toate ofertele depuse din punct de vedere al criteriilor de calificare și nu au fost cazuri de descalificare. Nu lipsit de relevanță este faptul că această suspiciune de neregulă a fost descoperită cu ocazia reverificării dosarului de achiziție în baza scrisorii nr. 60626/10.08.2011 a A.M.P.O.R. prin care s-a dispus reverificarea achizițiilor publice.

Nu se poate concluziona că au prejudiciat sau pot prejudicia bugetele UE printr-o sumă plătită necuvenit. Nici unul dintre operatorii economici nu a formulat contestație cu privire la această pretinsă încălcare a dispozițiilor legale. Această procedură lato senso a produs consecințe și efecte juridice în domeniul dreptului, astfel că la această dată nu pot discuta de o neregulă în înțelesul semnificației definit de lege. Nu poate exista răspundere civilă, dacă nu s-a produs un prejudiciu. În urma verificărilor efectuate se putea concluziona că, contractul a fost atribuit cu respectarea legislației privind achizițiile publice, însă nu au fost respectate unele obligații auxiliare, dar acest tip de neregulă este doar de natură formală, fără un potențial impact financiar, iar conform legislației exista posibilitatea de a nu se aplica nici o corecție financiară, conform pct. 1.12 din anexă la OUG nr. 66/2011.

Întreaga activitate a structurii de control este subordonată principiului proporționalității, care în lumina disp. art. 2 alin. 1 lit. „n” prevede că „orice măsură administrativă adoptată trebuie să fie adecvată, necesară și corespunzătoare scopului urmărit, atât în ceea ce privește resursele angajate în constatarea neregulilor, cât și în ceea ce privește stabilirea creanțelor bugetare rezultate din nereguli, ținând seama de natura și frecvența neregulilor constatate și de impactul financiar al acestora asupra proiectului/programului respectiv. În probațiune au fost depuse înscrisuri. Pârâtul a depus întâmpinare prin care a solicitat respingerea acțiunii.

Pe cale de excepție, a invocat inadmisibilitatea cererii de chemare în judecată pe motiv că reclamanta nu a îndeplinit procedura prealabilă, întrucât contestația, administrativă înregistrată la sediul MDRT cu nr.52372/16.07.2012, formulată împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA 48902/02.07.2012. a fost semnată de domnul avocat. Avocatul TR a fost împuternicit doar să redacteze contestația și nu să semneze în numele și pentru Primarul Municipiului Alba Iulia. Pe fondul cauzei, pârâta a arătat, contrar celor susținute de reclamant, că prin art. 2 lit. a din O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, este definită neregula ca fiind orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit. Așadar, OUG nr. 66/2011 nu reglementează recuperarea prejudiciului produs prin neregularitate ci, așa cum rezultă și din denumirea actului normativ, sancționează orice neregularitate care, fie a produs un prejudiciu fie e aptă să producă un prejudiciu. De asemenea, din economia dispozițiilor OUG nr. 66/2011 rezultă că legiuitorul a renunțat la a recupera prejudiciul efectiv cauzat prin neregularitate, consacrand, pentru tipuri de neregularități, corecții financiare abstracte procentuale.

Sunt incidente prevederile articolului 5 - Eligibilitatea cheltuielilor din contractul de finanțare, potrivit cărora cheltuielile sunt considerate eligibile dacă sunt în conformitate cu Hotărârea Guvernului nr. 759/2007 privind regulile de eligibilitate a cheltuielilor efectuate în cadrul operațiunilor finanțate prin programele operaționale, cu modificările și completările ulterioare, precum și cele ale articolului 9, pct. 22 din contract (în scopul atribuirii contractelor de servicii, furnizare, execuție de lucrări necesare pentru implementarea proiectului care face obiectul

prezentului Contract, beneficiarul, în calitate de Autoritate Contractantă, are obligația de a respecta prevederile legislației naționale în domeniul achizițiilor publice. Nerespectarea acestei obligații conduce la neeligibilitatea cheltuielilor astfel efectuate.)

În Hotărârea Guvernului nr. 759/2007 este stipulat la art. 2, alin. (1), lit. d) faptul că:

„Pentru a fi eligibilă, o cheltuială trebuie să îndeplinească cumulativ următoarele condiții cu caracter general, fără a încălca prevederile alin. (3), art. 3. art. 4 și art. 5 alin. (2): să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare”. Prin aplicarea normei sancționatorii speciale, în cazul constatării încălcării legislației, privind achizițiile, în conformitate cu prevederile art. 27 din OUG 66/2011, se emit note de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare. Potrivit dispozițiilor art. 28 din același act normativ, valoarea creanței bugetare stabilită în baza prevederilor art. 27 se calculează prin stabilirea de corecții financiare în conformitate cu prevederile anexei, în speță fiind aplicată o corecție financiară în cuantum de 5%.

Reclamantul a acceptat finanțarea nerambursabilă și s-a angajat să implementeze Proiectul pe propria răspundere, în conformitate cu prevederile cuprinse în contract și cu legislația națională și comunitară în vigoare. O condiție esențială pentru ca o cheltuială să fie eligibilă este ca aceasta să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare și contractul de finanțare este un acord cu termeni specifici, privind furnizarea, în anumite condiții, a finanțării nerambursabile pentru acoperirea parțială a costurilor eligibile efectuate în vederea implementării unui proiect.

Respectarea legislației este impusă și prin contractul de finanțare (legea părților) eligibilitatea cheltuielilor fiind condiționată de încadrarea în dispozițiile legale. Fondurile externe nerambursabile sunt fonduri publice, fapt ce rezultă din dispozițiile art. 1 alin. (1) din Legea 500/2002 privind finanțele publice, conform căroră prezenta lege stabilește principiile, cadrul general și procedurile privind formarea, administrarea, angajarea și utilizarea fondurilor publice, precum și responsabilitățile instituțiilor publice implicate în procesul bugetar iar la alin.2 litera i) se menționează bugetul fondurilor externe nerambursabile în categoria fondurilor publice. Potrivit art. 2 alin. (1) din OUG 34/2006, aplicabile la momentul derulării procedurii de achiziție scopul prezentei ordonanțe de urgență îl constituie: d) asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice, prin aplicarea procedurilor de atribuire de către autoritățile contractante, iar conform art. 2 alin. (2) principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt: f) eficiența utilizării fondurilor. În concluzie, consecința abaterilor de la prevederile legale este sancționată cu excluderea de la finanțare a cheltuielilor neeligibile.

Prin sentința administrativă nr. 1201/CAF/2013, Tribunalul Alba a admis acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamanta MUNICIPIUL ALBA IULIA - PRIN PRIMAR în contradictoriu cu pârâta MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI- DIRECȚIA GENERALĂ, CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI FONDURI EUROPENE - București și în consecință a anulat Decizia 138/9.08.2012 emisă de MDRT - Comisia de Soluționare a Contestației, a anulat nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 48902/2.07.2012 emisă de Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, a exonerat pe reclamantă de plata creanței stabilite prin nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 48902/2.07.2012.

Pentru a pronunța această sentință, prima instanță a reținut următoarele: Modul de implementare al proiectului cod SM1S 6922 cu titlul „Modernizare DN74 de la km 99 + 870 la km 103 + 175, str. Zlatnei și Calea Moșilor, Municipiul Alba Iulia, a fost supus controlului MDRT ca urmare a adresei nr.VT-37785/17.05.2012 a Serviciului Verificare Conformitate Programe și Gestionare Nereguli din cadrul Direcției Generale Autoritatea de Management - Programul Operațional Regional. În urma controlului s-a constatat că beneficiarul nu a respectat prevederile art. 11 alin. (7) din HG 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de

achiziție publică din OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii.

S-a reținut astfel că Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul Alba Iulia, în calitate de autoritate contractantă „a impus completarea unor formulare de către subcontractanți, care erau specifice doar ofertanților împiedicând/restricționând participarea la procedură datorită condițiilor restrictive impuse prin Formularele 6 și 7, precum și a impunerii privind depunerea certificatelor privind plata impozitelor și taxelor la bugetul consolidat al statului, respectiv la bugetul local, pentru subcontractanții care ar fi realizat cel puțin 10% din valoarea lucrărilor”.

La pct. 9 din nota de constatare s-a concluzionat că prin încălcarea prev. art. 11 alin. 7 din H.G.R. nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare au fost întrunite elementele caracteristice ale neregulii definite conform art. 2 alin. 1 lit. „a” din O.U.G. nr. 66/2011, beneficiarul a impus condiții subcontractanților criterii de calificare și selecție, respectiv prezentarea unor documente și formulare specifice doar ofertanților, împiedicând astfel anumiți ofertanți potențiali să participe la procedura de atribuire din cauza restricțiilor stabilite în documentația de atribuire; c) conform anexei la O.U.G. nr. 66/2011 referitoare la stabilirea în documentația de atribuire sau în anunțuri de participare a unor criterii de calificare și selecție sau a unor factori de evaluare care împiedică anumiți ofertanți potențiali să participe la procedura de atribuire din cauza restricțiilor stabilite în documentele de atribuire, echipa de control și verificare a stabilit aplicarea unei corecții de 5 % la valoarea contractului de servicii nr. 9251/02.02.2011, conform pct. 2.3 din anexa la O.U.G., considerând că prin criteriile impuse beneficiarul a împiedicat anumiți ofertanți potențiali să participe la procedura de atribuire. Potrivit art. 11 alin 7) din HG 925/2006, Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune îndeplinirea unor criterii de calificare pentru eventualii subcontractanți, dar resursele materiale și umane ale subcontractanților declarați se iau în considerare pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă sunt prezentate documente relevante în acest sens.

Solicitarea de către U.A.T. Municipiul Alba Iulia a declarației privind neîncadrarea în prevederile art. 181 din O.U.G. nr. 34/2006 de către subcontractanții care îndeplinesc cel puțin 10% din contract și a certificatului la bugetul consolidat al statului și bugetul local, nu a fost de natură a restricționa participarea operatorilor economici la procedura de atribuire. Autoritatea contractantă a declarat admisibile toate ofertele depuse de participanți, fără a interveni cazuri de descalificare pentru lipsa sau neconformitatea declarației 6, privind neîncadrarea în prev. art. 181 din O.U.G. 34/2006 și de către subcontractanți sau a certificatului la bugetul consolidat al statului și bugetul local.

Cu privire la impactul privind potențialii ofertanți, se observă că nu există indicii privind restricționarea participării la procedură a unor eventuali ofertanți care ar fi subcontractat mai mult de 10% din valoarea lucrării. Cu privire la anunțul de participare nr. 273846/2010 și documentația de atribuire nu s-a înregistrat nicio contestație prevăzută de art. 256/1 și 256/2 din OUG 34/2006 din partea vreunui potențial participant prejudiciat de includerea condițiilor de completare a formularului 6, și depunerea certificatului la bugetul consolidat al statului și bugetul local. De asemenea, niciunul dintre operatorii ofertanți nu au declarat că vor subcontracta părți din contract. Față de aceste considerente nu rezultă că reclamanta a săvârșit o neregulă care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o suma plătită necuvenit în sensul art. 2 alin 1 lit. „a” din OUG 66/2011, neregula fiind una formală.

Împotriva acestei sentințe a declarat **recurs**, în termen legal pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice (MDRAP), succesor în drepturi și obligații al Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului solicitând admiterea recursului, modificarea în tot a sentinței recurate, să fie respinsă ca nefondată acțiunea formulată de reclamantul Municipiul Alba Iulia și să

fie menținute ca legale și temeinice actele atacate. În motivarea recursului arata că sentința recurată este netemeinică și nelegală, având în vedere urcătoarele:

MDRAP a efectuat un control asupra modului de implementare al proiectului cod SM1S 6922 cu titlul „Modernizare DN74 de la km 99 + 870 la km 103 + 175, str. Zlatnei și Calea Moșilor, Municipiul Alba Iulia”. Verificarea a fost declanșată ca urmare a adresei nr.VT-37785/17.05.2012 a Serviciului Verificare Conformitate Programe și Gestionare Nereguli din cadrul Direcției Generale Autoritatea de Management - Programul Operațional Regional a instituției noastre. Urmare a controlului efectuat de echipa de verificare a reieșit că Municipiul Alba Iulia nu a respectat prevederile art. 11 alin. (7) din HG nr.925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din OUG nr.34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii.

Astfel, conform art. 11a lin. (7) din HG nr. 925/2006: „ autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune îndeplinirea unor criterii de calificare pentru eventualii subcontractanți, dar resursele materiale și umane ale subcontractanților declarați se iau în considerare pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă sunt prezentate documente relevante în acest sens.” Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul Alba Iulia, în calitate de autoritate contractantă „a impus completarea unor formulare de către subcontractanți, care erau specifice doar ofertanților”, împiedicând/restricționând participarea la procedură „datorită condițiilor restrictive impuse prin Formularele 6 și 7, precum și a impunerii privind depunerea certificatelor privind plata impozitelor și taxelor la bugetul consolidat al statului respectiv la bugetul local, pentru subcontractanții care ar fi realizat cel puțin 10% din valoarea lucrărilor”.

Având în vedere constatările echipei de control privind condițiile de calificare impuse și subcontractanților în cadrul fișei de date a achiziției publice, a fost constatată încălcarea legislației privind achizițiile publice și, pe cale de consecință, abaterea de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile HG nr.925/2006, cu modificările și completările ulterioare, fiind astfel identificată o neregulă în conformitate cu prevederile art.2 alin.1 lit. a) din OUG nr. 66/2011. Prin întâmpinarea depusă de reclamantul intimat Municipiul Alba Iulia reprezentat prin Primarul municipiului Alba Iulia s-a solicitat să se respingă ca nefondat recursul și să fie menținută hotărârea instanței de fond ca fiind temeinică și legală. Examinând sentința atacată în raport cu motivele de recurs, actele dosarului și prevederile legale aplicabile precum și sub toate aspectele cauzei conform prevederilor art.304 ind. 1 cod pr.civ. în limitele prevăzute de art.306 alin.2 din același cod- Curtea de Apel constată că este nefondat și ca urmare va fi respins pentru considerentele ce se vor arăta.

Astfel, în ce privește cerința impusă subcontractanților prin pct. V.2 al fișei de date a achiziției se reține că: La punctul V din Fișa de date a achiziției s-a impus participanților la procedură ca și criterii obligatorii de calificare și selecție completarea formularului 5 - declarație privind eligibilitatea, a formularului 6 - Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG 34/2006, făcându-se mențiune că „în cazul unei asocieri fiecare ofertant este obligat să prezinte aceste documente, de asemenea și subcontractanții ”, respectiv „în cazul unei asocieri fiecare ofertant este obligat să prezinte documente, de asemenea și subcontractanții care îndeplinesc cel puțin 10% din contract.” prin Formularele 6 și 7, precum și a impunerii privind depunerea certificatelor privind plata impozitelor și taxelor la bugetul consolidat al statului respectiv la bugetul local, pentru subcontractanții care ar fi realizat cel puțin 10% din valoarea lucrărilor”.

Potrivit art.1 alin.7 din HG 925/2006 „atunci când solicită îndeplinirea anumitor criterii de calificare, autoritatea trebuie să precizeze anunțul de participare și documentația de atribuire, informațiile pe care operatorul economic urmează să le prezinte în acest scop, precum și documentele specifice.

Documentele nu trebuie să limiteze posibilitatea ofertantului/candidatului de a demonstra îndeplinirea criteriilor de calificare și prin alte mijloace. Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune îndeplinirea unor criterii de calificare pentru eventualii subcontractanți, dar resursele materiale și umane ale subcontractanților declarați se iau în considerare pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă sunt prezentate documente relevante în acest sens”.

Totodată Regulamentul 1605/2002 al CE modificat - în forma sa de la data procedurii de achiziție - la art.93 prevede că sunt excluși de la procedurile de achiziții publice candidații sau ofertanții care se află în stare de faliment... au fost condamnați printr-o hotărâre definitivă pentru un delict legat de conduita lor profesională, fraudă, corupție, participare la o organizație criminală sau orice alte activități ilegale în detrimentul intereselor financiare ale comunităților, nu și-au îndeplinit obligațiile de plată a contribuțiilor la bugetul asigurărilor sociale sau de achitare a impozitelor. La alin.2 se prevede obligativitatea ca ofertanții să certifice că nu se află într-una din situațiile enumerate la alin. 1. Totodată Regulamentul prevede posibilitatea autorității contractante de a solicita ofertantului sau candidatului - când se are în vedere o subcontractare, să certifice că subcontractantul nu se află într-una din situațiile menționate la alineatul 1.

Curtea reține că scopul mențiunilor arătate din fișa de date a achiziției cu privire la subcontractanți este acela al respectării condițiilor art.93 din Regulamentul 1605/2002 care permite excluderea de la procedură a ofertanților care și-au declarat subcontractanți aflați în situațiile de la alin.1 al art. 93 - respectiv de la art. 181 din OUG 34/2006. În interpretarea art. 93 din Regulament, autoritatea contractantă poate solicita ofertanților să facă dovada că subcontractanții lor nu se află în situațiile prevăzute de art.1, prin depunerea de certificate în acest sens, astfel că se poate interpreta că cele impuse în documentația de atribuire de către reclamantă în același scop și nu restricționează participarea la procedură. Cu sau fără această condiționare, autoritatea neputând admite nici ofertanții aflați în situațiile prevăzute de art. 93 alin.1, nici ofertanții cu subcontractanți aflați în situația prevăzută de art. 93 alin. 1, care se regăsesc în art. 181 din OUG34/2006.

Prin urmare, o atare mențiune nu este o condiție de calificare impusă subcontractanților în sensul art. 11 alin.7 din HG 925/2006, fiind permisă de Regulamentul Comunitar - act cu aplicare directă în statele membre care se impune potrivit art. 148 din Constituția României și a Tratatului de Aderare a României la UE. În consecința, Municipiul Alba Iulia, în calitate de autoritate contractantă a respectat prevederile art. 11 alin. (7) din HG nr.925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din OUG nr.34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii.

Față de considerentele de mai sus, curtea, constată că soluția primei instanțe este legală și temeinică și ca atare, în conformitate cu art. 312 alin. 1, va respinge ca nefondat recursul declarat de pârâțul recurent.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII DECIDE:

Respinge ca nefondat recursul declarat de pârâțul recurent Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice succesor în drepturi și obligații al Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală, Constată și Stabilire Nereguli Fonduri Europene împotriva sentinței administrative nr. 1201/CAF/2013 pronunțată de Tribunalul Alba - Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal în dosar nr. 10786/107/2012.

Irevocabil. Pronunțată în ședința publică de la 11 Iunie 2013.

Dosar nr. 1288/59/2012*

TRIBUNALUL ARAD
Secția de contencios administrativ și fiscal
SENTINȚA CIVILĂ NR. 6402
Ședința publică din data de 25 noiembrie 2013

S-a luat în examinare acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul Municipiul Arad reprezentat de Primarul Municipiului Arad, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, având ca obiect anulare act administrativ. La apelul nominal se prezintă reprezentanta reclamantului, consilier juridic S D, lipsind pârâțul. Procedura de citare este legal îndeplinită. Acțiunea a fost timbrată cu 4 lei taxă de timbru și 0,30 lei timbru judiciar.

S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință după care, apreciind că sunt necesare unele precizări față de modul de formulare a acțiunii, instanța îi pune în vedere reprezentantei reclamantului să precizeze dacă înțelege să solicite anularea atât a deciziei de soluționare a contestației și a notei de constatare, cât și a titlului de creanță. Reprezentanta reclamantului precizează că solicită anularea celor două acte cu consecința anulării titlului de creanță și radierii din registrul debitorilor. Arată că nu solicită administrarea altor probe. Nefiind solicitată administrarea altor probe în cauză ori formulate alte cereri, instanța apreciază încheiată faza probatorie și acordă cuvântul în fond.

Reprezentanta reclamantului formulează concluzii de admitere a acțiunii astfel cum a fost formulată, anularea Deciziei Comisiei de soluționare a contestației nr.156 din 30.08.2012, Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-50142/06.07.2012, cu consecința anulării titlului de creanță CA- 50142/06.07.2012 și radierii din registrul debitorilor a titlului de creanță contestat. Nu solicită cheltuieli de judecată.

TRIBUNALUL

Constată că prin acțiunea înregistrată la data de 31 octombrie 2012 la Curtea de Apel Timișoara, reclamantul Municipiul Arad reprezentat de Primarul Municipiului Arad, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului a formulat contestație împotriva Deciziei Comisiei de soluționare a contestației nr.156 din 30.08.2012 aferentă contestației înregistrată la M.D.R.T. sub nr. 58360/06.08.2012, privind Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CASO 142/06.07.2012 aferentă proiectului cod SMIS 1707 cu titlul „*Reabilitarea Centrului Istoric Vechi a Municipiului Arad*”, al cărui beneficiar este. Reclamantul a solicitat admiterea contestației formulată împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-50142/06.07.2012, cu consecința anulării titlului de creanță CA-50142/06.07.2012 și radierii din registrul debitorilor a titlului de creanță contestat.

În motivarea acțiunii reclamantul a arătat că în perioada 23.05-13.06.2012, Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului în calitate de autoritate competentă în gestionarea fondurilor europene, prin structura sa de control - Direcția generală de Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, în baza ordinului Ministrului Dezvoltării Regionale și Turismului nr. 90/22.05.2012, a efectuat o verificare documentară a aspectelor menționate în sesizarea de suspiciune de neregulă nr, VT nr.36191/11.05.2012, sesizare ce conține constatări cu implicații financiare asupra proiectului, verificare având ca scop constatarea respectării condițiilor legale în ceea ce privește procedura de atribuire a contractului de lucrări nr. 73673/28.12.2009 și a contractului de servicii nr. 41877/15.07.2010- contract încheiat cu S.C. Bring Construct SRL. Referitor la atribuirea contractului de lucrări nr. 73673/28.12.2009, echipa de control a concluzionat că *nu se pune problema nerespectării prevederilor art. 2 alin.2 din O.U.G. nr. 34/2006.*

Referitor la atribuirea contractului de servicii nr. 41877/15.07.2010 încheiat cu S.C. Bring Construct SRL, echipa de control a apreciat că au fost încălcate prevederile art. 178 alin.2 coroborat cu art. 188 alin.2 din O.U.G. nr. 34/2006 la eliberarea documentației aferente procedurii de atribuire a serviciilor de consultanță, asistență juridică și supervizare a lucrărilor, prin impunerea unor cerințe ca echipa de experți cheie să fie formată din minim 13 experți, fiind astfel restricționat accesul operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului.

De asemenea, s-a apreciat că au fost încălcate prevederile art. 45, art. 188 alin.3 lit. g din O.U.G. nr. 34/2006 și ale art. 8 alin.1 din H.G. nr. 925/2006 prin impunerea în fișa de date a achiziției, a unui nivel maxim al subcontractării serviciilor de 25% din totalul acestora, restricționând astfel, accesul operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului de servicii. Pentru neregulile constatate, reclamantul a arătat că a fost sancționat cu aplicarea unei corecții de 10% la valoarea contractului de servicii nr.41877/14.07.2010.

Reclamantul a mai arătat că împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-50142/06.07.2012 a formulat contestație solicitând admiterea acesteia, anularea titlului de creanță CA-50142/06.07.2012 și radierea din registrul debitorilor a titlului de creanță contestat. Contestația a fost respinsă ca nefondată prin Decizia nr. 156/30.08.2012 a Comisei de soluționare a contestației. În opinia reclamantului, nu a săvârșit nicio neregulă, a respectat actele normative aplicabile și obligațiile ce-i reveneau în scopul de a obține cele mai bune servicii la cel mai mic preț și de a se asigura că ofertanții au capacitatea de a efectua o lucrare de o asemenea anvergură, învederând totodată că nu există interdicție prevăzută de lege cu privire la posibilitatea de a fixa un procent pentru subcontractare.

Prin notele de ședință depuse la data de 6.02.2013, reclamantul a precizat că valoarea creanței fiscale contestate este de 213.918,72 lei cu TVA inclus, astfel cum a fost comunicat de către Unitatea de Implementare a Proiectului „Reabilitarea Centrului Istoric Vechi al Municipiului Arad,” prin adresa nr. 64809/22.01.2012, atașată. Referitor la competența materială în soluționarea cauzei care face obiectul prezentului dosar, reclamantul a precizat că a înțeles să se adreseze Curții de Apel Timișoara potrivit prevederilor art. 51 alin.2 din O.G. nr. 66/2011, art. art. 10 alin.1 din Legea nr. 554/2004 și art. 3 alin.) Cod procedură civilă. În drept, reclamantul a invocat prevederile O.U.G. nr. 34/2006, art. 2 lit. f, art. 176 lit. d, art. 178, art. 179(1), art. 178(3), O.U.G. nr. 66/2011, art. 3(2) lit.a, art. 2 (1) lit.a, Legea nr. 422/2001 actualizată, art. 24(2) și (4) lit. h. Prin întâmpinarea depusă în cauză, pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, a invocat excepția de necompetență materială a Curții de Apel Timișoara în raport cu practica înaltei Curți de Casație și Justiție și dispozițiile art. 10 alin.1 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, iar pe fondul cauzei , respingerea acțiunii ca neîntemeiată.

Prin sentința civilă nr. 190 din 26.03.2013 a fost admisă excepția de necompetență materială a Curții de Apel Timișoara și a dispus declinarea competenței de soluționare a cererii în favoarea Tribunalului Arad, reținând că acțiunea privește un act administrativ fiscal potrivit art. 85 Cod procedură fiscală, iar din interpretarea art. 10 din Legea nr. 554/2004 (forma în vigoare la data introducerii acțiunii), rezultă că în cazul litigiilor privind taxe, impozite și contribuții, competența se stabilește prin raportare exclusiv la criteriul valoric iar nu la nivelul instituției emitente a actului fiscal atacat, având în vedere că valoarea obiectului cererii se situează sub pragul de 500.000 lei prevăzut de art. 10 din Legea nr. 554/2004.

Reținând că potrivit dispozițiilor art. 10 din Legea nr. 554/2004 în vigoare la data sesizării instanței „*Litigiile privind... actele administrative emise sau încheiate de autoritățile publice centrale, precum și cele care privesc taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora mai mari de 500.000 de lei se soluționează în fond de secțiile de contencios administrativ și fiscal ale*

curților de apel, dacă prin lege organică specială nu se prevede altfel”, Tribunalul Arad a admis excepția de necompetență materială a Tribunalului Arad invocată de reclamant și a declinat competența de soluționare a cauzei formulată de reclamantul Municipiul Arad în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, în favoarea Curții de Apel Timișoara - Secția Contencios Administrativ și Fiscal. Constatând ivit conflictul negativ de competență, instanța a sesizat Înalta Curte de Casație și Justiție pentru soluționarea conflictului. Prin decizia nr. 6089 din 10.09.2013, I.C.C.J. a stabilit competența de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului Arad - Secția contencios administrativ și fiscal. Cauza a fost reînregistrată pe rolul Tribunalului Arad la data de 23.10.2012.

Examinând actele și lucrările dosarului, instanța reține următoarele:

La data de 28.12.2009 s-a încheiat contractul de lucrări construcții nr. 73673/28.12.2009 cu asociația SC Tehnodomus SA și SC Sird SA având ca obiect Reabilitarea Centrului Vechi al orașului Arad. La data de 25.05.2010 s-au deschis ofertele în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „*Servicii de Consultanță, Asistență Tehnică și Supervizarea Lucrărilor Reabilitarea Centrului Istoric Vechi al Municipiului Arad-Lot I*” celor trei ofertanți respectiv SC. Bring Consult SRL; Asociația SC Gleeds Romania - SC Adams Construct și SC Romair Consulting SRL. La data de 25.06.2010, conform Raportului procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, în conformitate cu dispozițiile art. 200 alin. 1 din OUG nr. 34/2006 ofertantul câștigător a fost declarat SC Bring Consult SRL având o valoare ofertată de 1.488,00 lei fără TVA și o valabilitate a ofertei de 90 de zile.

Potrivit Raportului de Activitate încheiat la data de 27.07.2010 privind verificarea aspectelor procedurale aferente procedurii de achiziție, s-a constatat că autoritatea contractantă a respectat prevederile art. 6 din HG nr. 925/2006 documentația de atribuire fiind întocmită înaintea inițierii procedurii de achiziție publică; procedura de achiziție s-a desfășurat prin licitație deschisă respectiv anunțul către SEAP s-a publicat cu nr. 97610/10.04.2010, fiind totodată publicat și în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene (anterior autoritatea contractantă a publicat și un anunț de intenție în SEAP la data de 30.03.2010); documentația de atribuire cuprinde elementele de structură prev. de art. 33 din OUG nr. 34/2006; termenele prev. de art. 75 din PUG nr. 34/2006 au fost respectate; au fost depuse un nr de 3 oferte; procedura de desfășurare a ședinței de deschidere a ofertelor s-a realizat cu respectarea prevederilor art. 33 din HG nr. 925/2006. În ceea ce privește modul de desfășurare a ședințelor de evaluare a ofertelor, Comisia de evaluare a constatat că se impun clarificări în privința ofertanților EC Romair Consulting și Sc Bring Consult Srl precum și faptul că oferta Sc Gleeds Romania și Sc Adams Construct nu îndeplinește mai multe din cerințele de calificare, declarând „inacceptabilă” oferta acestuia.

Din concluziile raportului se reține că nu au fost depuse contestații pe parcursul desfășurării procedurii. Astfel, s-a încheiat contractul de prestări servicii nr. 41877/15.07.2010 cu Sc Bring Consult Srl. Pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului a procedat la verificarea documentară a aspectelor menționate în sesizarea de suspiciune de neregulă nr. VT nr.36191/11.05.2012, având ca scop constatarea respectării condițiilor legale în ceea ce privește procedura de atribuire a contractului de lucrări nr. 73673/28.12.2009 și a contractului de servicii nr. 41877/15.07.2010- contract încheiat cu S.C. Bring Consult. Referitor la atribuirea contractului de lucrări nr. 73673/28.12.2009, echipa de control a concluzionat că *nu se pune problema nerespectării prevederilor art. 2 alin.2 din O.U.G. nr. 34/2006, fiind respectat principiul transparenței și tratamentului egal.*

Referitor la atribuirea contractului de servicii nr. 41877/15.07.2010 încheiat cu S.C. Bring Construct SRL, pârâțul a apreciat că au fost încălcate prevederile art. 178 alin. 2 coroborat cu art. 188 alin.2 din O.U.G. nr. 34/2006 la eliberarea documentației aferente procedurii de atribuire a serviciilor de consultanță, asistență juridică și supervizare a lucrărilor, prin impunerea unor cerințe ca echipa de

experți cheie să fie formată din minim 13 experți, fiind astfel restricționat accesul operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului. De asemenea, s-a apreciat că au fost încălcate prevederile art. 45, art. 188 alin.3 lit. g din O.U.G. nr. 34/2006 și ale art. 8 alin.1 din H.G. nr. 925/2006 prin impunerea în fișa de date a achiziției, a unui nivel maxim al subcontractării serviciilor de 25% din totalul acestora, restricționând astfel, accesul operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului de servicii. În acest sens s-a întocmit Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-50142/06.07.2012, fiind emis și Titlul de creanță CA-50142/06.07.2012. Pentru neregulile constatate, reclamantul a fost sancționat cu aplicarea unei corecții de 10% la valoarea contractului de servicii nr.41877/14.07.2010. Împotriva acesteia, reclamantul a depus contestație care a fost respinsă conform Deciziei Comisiei de soluționare a contestației nr. 159/30.08.2012.

Tribunalul apreciază că în mod nelegal a fost întocmită Nota de constatare respectiv Decizia de soluționare a contestație reținându-se încălcarea dispozițiilor art. 178 alin. 2 coroborat cu prevederile art. 188 alin. 2 din OUG nr. 34/2006. Conform prevederilor legale reglementate de art. 178 alin. 2 din OUG nr. 34/2006 : „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire” iar potrivit dispozițiilor art. 188 alin. 2 din același act normativ se prevede: „În cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

- a) o listă a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați. Prestările de servicii se confirmă prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar. În cazul în care beneficiarul este un client privat și, din motive obiective, operatorul economic nu are posibilitatea obținerii unei certificări/confirmări din partea acestuia, demonstrarea prestărilor de servicii se realizează printr-o declarație a operatorului economic;
- b) o declarație referitoare la echipamentele tehnice și la măsurile aplicate în vederea asigurării calității, precum și, dacă este cazul, la resursele de studiu și cercetare;
- c) informații referitoare la personalul/organismul tehnic de specialitate de care dispune sau al cărui angajament de participare a fost obținut de către candidat/ofertant, în special pentru asigurarea controlului calității;
- d) informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru îndeplinirea contractului de servicii;
- e) o declarație referitoare la efectivele medii anuale ale personalului angajat și al cadrelor de conducere în ultimii 3 ani;
- f) dacă este cazul, informații privind măsurile de protecție a mediului pe care operatorul economic le poate aplica în timpul îndeplinirii contractului de servicii;
- g) informații referitoare la utilajele, instalațiile, echipamentele tehnice de care poate dispune operatorul economic pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului de servicii;
- h) informații privind partea din contract pe care operatorul economic are, eventual, intenția să o subcontracteze.”

Astfel, tribunalul reținând în primul rând anvergura lucrărilor ce urmau să fie executate respectiv lucrări de reabilitare și consolidare a Ansamblului Urban Arad, Clădirea Preparandiei și Podul Traian - 3 mari obiective nu numai prin întinderea acestora în orașul Arad dar și prin importanța lor istorică, fiind incluse în lista „Monumentelor Istorice” conform listei Anexă la Ordinul 2314/2004 al Ministerului Culturii și Cultelor, nu numai că se impunea stabilirea unor condiții minime de

calificare ci, apreciază Tribunalul, dimpotrivă neîndeplinirea acestora ar fi putut antrena consecințe negative respectiv degradarea iremediabilă a acestor obiective istorice în România. Prin instituirea acestor condiții reclamantul a dat dovadă de bun manager al bunurilor publice respectând dispozițiile legale referitoare la consultanța privind efectuarea lucrărilor de conservare, consolidare și restaurare.

Astfel, potrivit prevederilor legale stipulate de art. 24 alin. 2,4 din Legea nr. 422/2001 privind protejarea monumentelor istorice, *„Tocite intervențiile care se efectuează asupra monumentelor istorice, altele decât cele de schimbare a funcțiunii sau a destinației, de întreținere sau de reparații curente, indiferent de sursa lor de finanțare și de regimul de proprietate a imobilului, se fac cu specialiști și experți atestați și sub inspecția și controlul propriu ale Ministerului Culturii și Patrimoniului Național, respectiv ale serviciilor publice deconcentrate ale Ministerului Culturii și Patrimoniului Național, în condițiile legii. (4) Elaborarea expertizelor tehnice, a proiectelor de consolidare, restaurare, verificarea tehnică a proiectelor și dirigenția lucrărilor se efectuează numai de experți și/sau specialiști atestați de către Ministerul Culturii și Cultelor, cu respectarea exigențelor specifice domeniului monumentelor istorice și a cerințelor privind calitatea lucrărilor în construcții.”*

De asemenea, Tribunalul apreciază că pârâtul în mod neîntemeiat a invocat doar prevederile art. 178 alin. 2 din OUG nr. 34/2006 în timp ce a omis dispozițiile art. 178 alin. 1 care prevăd următoarele *„(1) În cazul în care, pentru criteriile de natura celor prevăzute la art. 176 lit. c) și d), autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați, atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate, conform principiului transparenței, în cadrul invitației/anunțului de participare.”*

Tribunalul nu poate primi susținerile pârâtului referitoare la faptul că „cerințele minime nu prezintă relevanță în raport de natura și complexitatea contractului de achiziție publică” respectiv ca „anii de experiență nu sunt relevanți”; atâta timp cât lucrarea de reabilitare a centrului vechi al orașului Arad constând în consolidarea infrastructurii și suprastructurii Podului Traian, declarat monument istoric; reabilitarea Clădirii Preparandiei-monument istoric; reabilitarea infrastructurii edilitare existente pe 12 străzi (rețele de apă, rețele de canalizare menajeră și pluvială, drumuri, trotuare, rețele electrice), străzi de asemenea cuprinse în ansamblul urban declarat monument istoric, apare evident ca o lucrare de o complexitate deosebită, de o mare anvergură atât prin întinderea cât și prin importanță sa istorică. Mai mult, instanța reține că cerințele minime referitoare la echipa de experți impusă ofertanților precum și experiența profesională (de 10 ani - necesară și rezonabilă) a fost stabilită cu respectarea principiului transparenței, fiind menționată în cadrul anunțului de participare.

Nu se poate aprecia sub nicio formă că cerințele impuse de reclamantă au fost exagerate sau restrictive ci au fost absolut necesare pentru realizarea în bune condiții și în afara oricăror riscuri cu consecințe negative pentru populația orașului Arad; ba dimpotrivă prin neimpunerea acestora, s-ar fi putut imputa săvârșirea unor nereguli de către reclamant în calitate de autoritate contractantă și nicidecum prin impunerea lor. De asemenea, tribunalul reține totodată că prin atribuirea contractului SC Bring Consult reclamantul nu numai că a respectat dispozițiile legale privitoare la consultanța privind execuția lucrărilor dar și prevederile legale privitoare la gestionarea fondurilor europene, atribuind contractul ofertantului care a indicat prețul cel mai mic și durata de execuție rezonabilă.

(1) Cu privire la încălcarea prevederilor art. 45 și art. 188 alin. 3 lit. g din OUG nr. 34/2006 reținute de pârât; conform art. 45 *„Fără a i se diminua răspunderea în ceea ce privește modul de îndeplinire*

a viitorului contract de achiziție publică, ofertantul are dreptul de a include în propunerea tehnică posibilitatea de a subcontracta o parte din contractul respectiv.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă solicită, ofertantul are obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși. ”iar potrivit dispozițiilor art. 188 alin. 3 lit. g ”În cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de lucrări, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea lucrărilor ce urmează să fie executate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele: g) informații privind partea din contract pe care operatorul economic are, eventual, intenția să o subcontracteze.”

Tribunalul reține în primul rând că reclamanta nu a interzis prestatorului de servicii subcontractarea lucrărilor ci doar le-a limitat până la concurența valorii de 25% din valoarea contractului. Tribunalul, de asemenea nu poate primi susținerile pârâtului referitoare la faptul că această limitare impusă nu a fost necesară”neexistând nicio justificare sau motivare a acestor condiții”. Reclamantul a arătat că dată fiind anvergura lucrărilor ce urmau să fie executate, se impuneau aceste cerințe. Este evident că nu se poate reține caracterul disproporțional al acestor cerințe raportat la execuția lucrărilor ci dimpotrivă, această cerință se impunea cu necesitate având ca finalitate prestarea serviciilor de ofertantul a cărui ofertă a fost acceptată și nu de către alte persoane a căror specializare nu a fost verificată în prealabil de către reclamant în calitate de autoritate contractantă.

Față de toate aceste considerente, apreciind absolut întemeiată acțiunea reclamantului, în temeiul art. 18 din legea nr. 554/2004 rap. la dispozițiile legale sus precizate, o va admite și pe cale de consecință va dispune anularea Deciziei de soluționare a contestației nr. 156/30.08.2012 a Notei de Constatate a Neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-50142/06.07.2012 aferentă proiectului cod SM1S 1707 cu titlul „Reabilitarea Centrului Istoric Vechi al Municipiului Arad” și respectiv a Titlului de Creanță CA- 50142/06.07.2012. De asemenea va dispune radierea titlului de creanță CA- 50142/06.07.2012 din Registrul Debitorilor. Văzând că nu s-au solicitat cheltuieli de judecată.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Admite acțiunea în contencios administrativ fiscal exercitată și precizată de reclamantul Municipiul Arad reprezentat prin Primarul Mun. Arad, împotriva pârâtului Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului cu sediul în București și în consecință: Anulează Decizia de soluționare a contestației nr. 156/30.08.2012; Nota de Constatate a Neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-50142/06.07.2012 aferentă proiectului cod SMIS 1707 cu titlul „Reabilitarea Centrului Istoric Vechi al Municipiului Arad” și Titlul de Creanță CA- 50142/06.07.2012.

Dispune radierea titlului de creanță CA- 50142/06.07.2012 din Registrul Debitorilor. Fără cheltuieli de judecată. Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din data de 25.11.2013.

Dosar nr. 923/59/2012

CURTEA DE APEL TIMIȘOARA
SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 279
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 22 MAI 2013

S-a luat în examinare acțiunea formulată de reclamantul Municipiul Arad reprezentat prin Primarul Municipiului Arad în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului București. La apelul nominal făcut în ședință publică se prezintă consilier juridic S D în reprezentarea reclamantului, lipsă fiind pârâtul. Procedura este legal îndeplinită. S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință, după care, instanța pune în discuția părților cererea în probațiune formulată de reclamant privind audierea martorului M I M. Reprezentanta reclamantului solicită încuviințarea audierii martorului M I M întrucât acesta este în măsură să aducă lămuriri asupra împrejurărilor de fapt privind caracterul imprevizibil al lucrărilor suplimentare cu privire la care s-a emis nota de constatare a neregulilor atacată în speță, acesta fiind managerul Proiectului „Reabilitarea Centrului Istoric Vechi ai Municipiului Arad”.

Instanța, în deliberare respinge cererea în probațiune astfel formulată, considerând că proba nu este utilă cauzei, aceleași împrejurări de fapt putând fi analizate pe baza înscrisurilor de la dosar. Reprezentanta reclamantului arată că nu mai are alte cereri de formulat ori probe de administrat, instanța constată încheiată cercetarea judecătorească și acordă cuvântul asupra fondului. Consilier juridic S D în reprezentarea reclamantului solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată, fără cheltuieli de judecată.

CURTEA, Deliberând asupra acțiunii de contencios administrativ de față constată:

Prin cererea înregistrată la Curtea de Apel Timișoara sub nr. 923/59/2012 la data de 18.07.2012, reclamantul Municipiul Arad reprezentat prin Primarul Municipiului Arad a chemat în judecată pe pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului București, pentru a se dispune anularea titlului de creanță stabilit prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA- 21596/21.03.2012 și a deciziei nr. 104/24.05.2012, emisă de pârât, dată în soluționarea contestației administrative promovate de reclamant, precum și radierea titlului de creanță contestat din registrul debitorilor.

În motivare s-a arătat că reclamantul a încheiat la 27.02.2009 Contractul de finanțare prin Programul Operațional Regional 2007-2013, axa prioritară „Dezvoltarea durabilă și promovarea turismului” Domeniul major de intervenție „Restaurarea și valorificarea durabilă a patrimoniului cultural, crearea și modernizarea infrastructurilor conexe”, cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Locuinței, prin Agenția pentru Dezvoltare Regională Vest, în calitate de Autoritate de Management pentru Programul Operațional Regional 2007-2013, pentru acordarea unei finanțări nerambursabile, în scopul implementării Proiectului 1707, intitulat „Reabilitarea centrului istoric vechi al Municipiului Arad”. Proiectul astfel intitulat fusese întocmit anterior încheierii contractului de finanțare, de către SC Romair Consulting SRL, la comanda Ministerului Integrării Europene, în calitate de achizitor semnatar al contractului de servicii 40407/2006, în cuprinsul căruia este menționat ca beneficiar Consiliul Local ai Municipiului Arad. Se subliniază că reclamantul, ca beneficiar al finanțării nu a avut nici un aport la realizarea proiectului, acestuia fiindu-i în fapt acordată asistență tehnică pentru pregătirea proiectului în condițiile art. 3 alin.1 și art. 4 din HG nr.811/2006, precum și că în lista anexă a acestei hotărâri de Guvern a fost inclus inițial, între proiectele de rezervă din cadrul Programului PHARE coeziune economică și socială 2004-2006 „Dezvoltarea infrastructurii regionale” și proiectul „Reabilitarea centrului istoric vechi al Municipiului Arad”, însă hotărârea a fost modificată prin HG nr.898/2007, care a introdus în anexă

un nou proiect, intitulat „Reabilitarea liniilor de tramvai pe traseul Biserica Sârbească - Piața Arenei (Piața Romană) din Municipiul Arad”. Urmare a acestei modificări, fostul Minister al Integrării Europene, devenit Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, a semnat cu proiectantul SC Romair Consulting SRL un act adițional nr.3 la contractul de servicii nr.40407/2006, în care s-a prevăzut că se va elabora documentația tehnico economică în mod distinct pentru cele două proiecte. Actul adițional a împărțit proiectul, conceput inițial ca un tot unitar, în două loturi, corespunzătoare celor două proiecte, menționându-se pentru fiecare ce lucrări urmau a fi realizate.

Reclamantul susține că între cele două proiecte au existat necorelări, astfel încât în timpul executării lucrărilor de reabilitare s-a constatat că:

- proiectele au tratat distinct reabilitarea carosabilului, respectiv, a liniei de tramvai, pe străzile Preparandiei, Dornei și Mucius Scaevioia, astfel încât, la pichetarea pe teren a lucrărilor s-au constatat diferențe între cotele finale ale liniei roșii la carosabil (aferente lotului corespunzător proiectului „Reabilitarea centrului istoric vechi al Municipiului Arad”) și nivelul superior al șinei de tramvai (aferent lotului II, corespunzător proiectului „Reabilitarea liniilor de tramvai pe traseul Biserica Sârbească - Piața Arenei (Piața Romană) din Municipiul Arad”).
- structura rutieră din zona liniilor de tramvai era proiectată cu fundație de beton armat, rigidă, diferită de cea pentru carosabilul destinat exclusiv circulației rutiere, care este elastică, astfel încât cele două zone s-ar fi comportat diferit în timp.
- datorită timpului scurs de la momentul realizării ultimei expertize tehnice care a stat la baza elaborării proiectului tehnic, nefiind realizate lucrări de consolidare, s-au înregistrat degradări sau dislocări ale unor elemente structurale ale clădirilor supuse reabilitării în cadrul proiectului „Reabilitarea centrului istoric vechi al Municipiului Arad”, fiind necesară consolidarea sau refacerea acestora, suplimentar față de proiectul inițial.
- era necesară suplimentarea cantităților de lucrări, a lungimilor rețelelor de canalizare menajeră, pluvială și termică.

Reclamantul a considerat că împrejurările de fapt constatate constituie circumstanțe imprevizibile, în sensul art. 122 lit.i din OUG nr.34/2006, care au impus efectuarea unor lucrări suplimentare, considerate necesare pentru finalizarea proiectelor, sens în care a încheiat actul adițional nr.3/18.04.2011 la acordul contractual de execuție lucrări nr.73673/28.12.2009, atribuit Asocierii SC Tehnodomus SA - Societatea de întreținere și Reparații Drumuri SA Timișoara. Se subliniază că lucrările suplimentare astfel contractate au fost identificate exclusiv în momentul executării lucrărilor în teren, că fără realizarea lor cele două proiecte nu puteau fi finalizate, că acestea nu puteau fi depistate în faza de realizare a proiectelor, căci în caz contrar ar fi fost identificate de către proiectantul SC Romair Consulting SRL, că erau întrunite toate condițiile impuse de art. 122 lit.i din OUG nr.34/2006 pentru contractarea acestor lucrări prin negociere fără publicarea unui anunț de participare, operatorului economic căruia i-a fost atribuit contractul inițial.

În perioada 06.03.2012-23.03.2012, structura de control competentă din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare, a efectuat o verificare a modului de utilizare a fondurilor atribuite reclamantului în baza contractului de finanțare, urmare a sesizării unui caz de suspiciune de nereguli, înregistrat la această autoritate sub nr. VT - 7179/31.01.2012, referitoare la aplicarea procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare, pentru încheierea actului adițional nr.3/18.04.2011, prin care s-a majorat valoarea contractului de lucrări inițial încheiat, cu implicații financiare. Controlul astfel efectuat s-a finalizat cu emiterea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA-21596/21.03.2012, prin care reclamantul a fost penalizat prin aplicarea unei corecții financiare la finanțarea inițială convenită, fiind stabilită în sarcina reclamantului o creanță bugetară în valoare de 838.174,16 lei.

Organul de control a reținut în cuprinsul Notei de constatare că lucrările suplimentare contractate de reclamant nu s-au datorat unor circumstanțe imprevizibile, devenite necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză, acestea neputând fi justificate ca o urgență imperativă rezultată din evenimente imposibil de anticipat, astfel încât nu putea fi încheiat actul adițional la contractul de lucrări în urma procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare, reglementată de art. 122 lit.i din OUG nr.34/2006. S-a considerat că încheierea în aceste condiții a actului adițional constituie neregulă în sensul art.2 alin.1 lit.a din OUG nr.66/2011, astfel încât s-a procedat la instituirea corecției financiare menționate. Reclamantul a promovat o contestație administrativă împotriva titlului de creanță constituit prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA-21596/21.03.2012, solicitând anularea actului și radierea creanței din registrul debitorilor.

Prin decizia nr.104/24.05.2012, ce face obiect al acțiunii, contestația reclamantului a fost respinsă, reținându-se că „Imprevizibilitatea anumitor elemente apărută pe parcursul derulării unui contract nu este singura condiție necesară pentru ca autoritatea contractantă să se poată prevala de prevederile art. 122 lit.i din OUG nr.34/2006”. Reclamantul învederează că, deși, contrar organului de control, comisia de soluționare a contestației a reținut caracterul imprevizibil al lucrărilor suplimentare contractate prin actul adițional nr.3/18.04.2011, organul de soluționare a contestației a considerat că alte condiții impuse de art. 122 lit.i din OUG nr.34/2006 nu ar fi fost întrunite pentru atribuirea acestor lucrări în baza unui contract încheiat prin negociere fără publicarea unui anunț de participare, dar nu a explicat care sunt celelalte condiții ce nu au fost îndeplinite. Subliniind că toate condițiile din norma legală menționată au fost îndeplinite în speță, reclamantul conchide că se impunea admiterea contestației administrative și anularea titlului de creanță. În acest sens, susține că nu se poate reține în sarcina sa o culpă pentru atribuirea lucrărilor suplimentare prin contractul încheiat prin negociere directă fără publicarea unui anunț, pârâțul fiind în culpă pentru faptul că nu a verificat lucrările executate de proiectantul SC Romair Consulting SRL, el însuși reținând că lucrările suplimentare au fost generate de necorelările din etapa proiectării, respingând contestația administrativă fără o motivare reală.

Reclamantul finalizează cererea sa învederând că cele două proiecte au fost finalizate, fiind realizate integral și lucrările suplimentare, care au fost recepționate, fiind depusă ultima cerere de rambursare a sumelor achitate executantului de lucrări. Cererea a fost întemeiată pe dispozițiile art.51 alin.2 din OUG nr.66/2011, respectiv art. 122 lit. i din OUG nr.34/2006 și HG nr.811/2006. Prin întâmpinarea depusă la dosar, pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului a solicitat respingerea acțiunii ca neîntemeiată, reiterând argumentele din decizia de soluționare a contestației administrative promovate de reclamant, potrivit cărora acesta nu este îndreptățit să invoce circumstanțe imprevizibile pentru suplimentarea lucrărilor contractate potrivit celor două proiecte, de vreme ce documentele justificative întocmite de beneficiarul finanțării nu au relevat împrejurări de urgență, generate de evenimente imposibil de prevăzut sau anticipat.

Se subliniază în apărare că, deși cele două proiecte tehnice de reabilitare au fost întocmite în baza unui contract de servicii în care figura ca achizitor Ministerul Integrării Europene, executarea lucrărilor implicate de aceste proiecte a fost contractată de către reclamant, iar în calitatea sa de autoritate contractantă, acestuia i-a revenit atribuția de elaborare a documentației de atribuire a contractului de achiziție publică de lucrări, conform art. 3 alin.1 din HG nr.925/2006. Or, la momentul întocmirii acestei documentații de atribuire reclamantul trebuia să se asigure că specificațiile tehnice din caietul de sarcini corespund necesităților sale și condițiilor reale din teren, în caz contrar acesta având obligația de a remedia situația, putând chiar să solicite refacerea studiului de fezabilitate pe baza datelor reale, actuale, existente la momentul imediat anterior demarării procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică.

Pârâtul conchide că reclamantul nu era îndreptățit să atribuie lucrările suplimentare în procedura reglementată de art. 122 lit.i din OUG nr.34/2006, încheierea actului adițional la contractul de lucrări analizându-se ca o neregulă, pentru care a fost necesară aplicarea corecției financiare. În probațiune s-au depus la dosar Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA-21596/21.03.2012, decizia de soluționare a contestației administrative nr 104/24.05.2012, contractul de servicii nr. 40407/13.11.2006, actul adițional nr.3/14.09.2007 la acest contract, acordul contractual nr.73673/28.12.2009, actul adițional nr.3/18.04.2011 la acesta, studiul de fezabilitate, proiect tehnic și caiet de sarcini pentru Proiectul „Reabilitarea centrului istoric vechi al Municipiului Arad”, proiect tehnic și caiet de sarcini pentru Proiectul „Reabilitarea liniilor de tramvai pe traseul Biserica Sârbească - Piața Arenei (Piața Romană) din Municipiul Arad”, contractul de finanțare prin POR 2007-2013, adresă de înaintare și act adițional 1 pentru modificarea contractului de finanțare, acordul contractual nr.73673/28.12.2009 încheiat cu Asocieria SC Tehnodomus SA - Societatea de întreținere și Reparații Drumuri SA Timișoara, actele adiționale 1-4 la acest acord, dispoziții de șantier, alte acte justificative referitoare la estimarea valorii și alegerea procedurii de achiziție publică pentru realizarea lucrărilor suplimentare.

Reclamantul a propus în probațiune și audierea unui martor, respectiv a managerului proiectului „Reabilitarea centrului istoric vechi al Municipiului Arad”, cererea sa fiind respinsă în ședința publică din 22.05.2013, pentru motivele arătate în practica prezentei hotărâri. Din actele și lucrările dosarului, instanța reține următoarea stare de fapt: La 27.02.2009 a fost încheiat între Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul Arad și Ministerul Dezvoltării Regionale și Locuinței, prin Agenția pentru Dezvoltare Regională Vest, în calitate de Autoritate de Management pentru Programul Operațional Regional 2007-2013, Contractul de finanțare prin Programul Operațional Regional 2007-2013, Axa prioritară „Dezvoltarea durabilă și promovarea turismului” Domeniul major de intervenție „Restaurarea și valorificarea durabilă a patrimoniului cultural, crearea și modernizarea infrastructurilor conexe” (filele 267-296), pentru acordarea unei finanțări nerambursabile, în scopul implementării Proiectului 1707, intitulat „Reabilitarea centrului istoric vechi al Municipiului Arad”.

Proiectul menționat în contractul de finanțare și care constituia scopul încheierii contractului fusese întocmit anterior, în condițiile impuse de HG nr. 811/2006. Astfel, prin menționata hotărâre, Guvernul României a stabilit o listă de proiecte de investiții, care puteau să fie finanțate prin Programul operațional regional (POR) 2007 - 2013, alte instrumente structurale, precum și de la bugetul de stat și care puteau fi pregătite prin asistență tehnică acordată de Guvern. În art. 1 alin. 3 din HG nr. 811/2006 s-a menționat că asistența tehnică se acordă de către Guvern prin bugetul aprobat pe anul 2006 și, respectiv, pe anul 2007, Ministerului Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Locuințelor, iar în art. 3 din aceeași hotărâre s-a precizat că asistența tehnică contractată în scopul pregătirii proiectelor prevăzute în anexă va include: actualizarea/revizuirea studiilor de fezabilitate; elaborarea și revizuirea proiectelor tehnice și a detaliilor de execuție, precum și asistența tehnică acordată de către proiectant beneficiarului proiectului/constructorului pe toată durata de implementare a proiectului. Conform art. 4 din hotărârea de guvern, pregătirea proiectelor pentru care s-a aprobat acordarea asistenței tehnice urma a fi realizată de firme specializate, selectate de Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Locuințelor prin licitație publică, potrivit prevederilor legislației în vigoare.

În lista anexă la HG nr. 811/2006, la poziția nr. 57, era inclus și proiectul „Reabilitarea centrului istoric vechi al Municipiului Arad”, propus a fi realizat în beneficiul Consiliului Local al Municipiului Arad. Pentru întocmirea acestuia s-a încheiat contractul de servicii nr. 40407/13.11.2006 (filele 7-16), semnat în calitate de achizitor de Ministerul Integrării Europene (succesorul Ministerului Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Locuințelor, actualul Minister al Dezvoltării Regionale și Turismului) cu prestatorul SC Romair Consulting SRL, firmă specializată selectată de Minister în condițiile art. 4 din HG nr. 811/2006, precum și de Consiliul Local al Municipiului Arad, în calitate de beneficiar.

Obiectul acestui contract a fost menționat la art. 4, stipulându-se că va include în faza I operațiunile de revizuire/actualizare a Studiului de fezabilitate preexistent, iar în faza II, operațiunile de elaborare/dezvoltare a proiectului tehnic, inclusiv detaliile de execuție, precum și asistența tehnică necesară beneficiarului proiectului/ constructorului pe perioada implementării proiectului. S-a mai menționat în art. 5 al contractului că prestatorul SC Romair Consulting SRL va asigura beneficiarului proiectului/ constructorului asistență tehnică din momentul începerii lucrărilor de construcție și până la recepția acestora. În executarea acestui contract s-a întocmit de către prestatorul SC Romair Consulting SRL, într-o primă fază, în luna februarie 2007, studiul de fezabilitate aferent proiectului „Reabilitarea centrului istoric vechi al Municipiului Arad” (filele 124-204). Ulterior, în luna august 2007, HG nr. 811/2006 a fost modificată și completată prin HG nr. 898/2007, fiind inclus în lista de proiecte pentru care Guvernul acorda asistență tehnică, la poziția 57 ind. 1 din anexă și proiectul intitulat „Reabilitarea liniilor de tramvai pe traseul Biserica Sârbească - Piața Arenei (Piața Romană) din Municipiul Arad”, distinct de cel prevăzut inițial, referitor la „Reabilitarea centrului istoric vechi al Municipiului Arad”.

Cele două proiecte trebuie considerate conexe, însă, datorită faptului, necontestat în speță, că liniile de tramvai pe traseul Biserica Sârbească - Piața Arenei (Piața Romană) din Municipiul Arad sunt amplasate în perimetrul centrului istoric vechi al Municipiului Arad. Aceeași concluzie se desprinde și din faptul că proiectul nou inclus în lista anexă la HG nr. 811/2006 a fost realizat de același prestator SC Romair Consulting SRL, în baza aceluiași contract de servicii nr. 40407/13.11.2006, modificat și completat prin actul adițional nr. 3/14.09.2007 (filele 112-122). Reclamantul susține, fără a fi combătut de către pârât, că achizitorul a inițiat, din motive care nu îi sunt cunoscute, independent de voința sa, realizarea separată a proiectului „Reabilitarea liniilor de tramvai pe traseul Biserica Sârbească - Piața Arenei (Piața Romană) din Municipiul Arad”, deși lucrările incluse în acesta se înscriau în cele de reabilitare a centrului istoric vechi al Municipiului Arad. Analizând înscrisurile depuse la dosar, în special cuprinsul actului adițional la contractul de prestări servicii, instanța conchide că proiectul „Reabilitarea liniilor de tramvai pe traseul Biserica Sârbească - Piața Arenei (Piața Romană) din Municipiul Arad” a fost inclus distinct pe lista anexă la HG nr. 811/2006 datorită modului în care prestatorul de servicii, firmă specializată, a conceput întocmirea documentației tehnice în executarea contractului de servicii, acesta fiind obligat să elaboreze documentația conform graficului de prestare elaborat și având, potrivit contractului inițial, obligația de a evalua posibilitățile reale de realizare a proiectului și de a raporta finalizarea studiului de fezabilitate pentru fiecare proiect în parte.

Într-adevăr, se poate observa că într-o primă fază, în luna februarie 2007 a fost întocmit studiul de fezabilitate pentru proiectul inițial „Reabilitarea centrului istoric vechi al Municipiului Arad” (filele 124-203), ulterior, în decembrie 2007, au fost finalizate proiectul tehnic, caietul de sarcini și detaliile de execuție pentru reabilitarea liniilor de tramvai pe traseul Biserica Sârbească - Piața Arenei (Piața Romană) și pe podul Traian din Municipiul Arad (filele 204-224), iar abia în octombrie 2008 au fost întocmite proiectul tehnic și caietul de sarcini pentru „Reabilitarea centrului istoric vechi al Municipiului Arad” (filele 224-266).

Se poate conchide, așadar, având în vedere și susținerile părților litigante, că disocierea proiectului „Reabilitarea liniilor de tramvai pe traseul Biserica Sârbească - Piața Arenei (Piața Romană) din Municipiul Arad” față de proiectul inițial s-a făcut independent de voința reclamantului, însă fără vreo opoziție din partea sa, deși conform clauzei de la alin. 13.1 lit. a contractului de prestări servicii nr. 40407/13.11.2006, în calitate de beneficiar, avea obligația de a analiza și aproba toate activitățile necesare, astfel încât proiectul să corespundă criteriilor de eligibilitate, deoarece acesta urma a se realiza în beneficiul său, iar nicidecum al achizitorului, Ministerul Integrării Europene, acesta având în contract doar poziția de finanțator al serviciilor ce urmau a se executa către beneficiarul Municipiul Arad, corespunzătoare celei de stipulant în convenția încheiată în favoarea reclamantului, ca beneficiar.

Urmare a modificării listei anexă la HG nr. 811/2006, fostul Minister al Integrării Europene, devenit Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, a semnat cu proiectantul SC Romair Consulting SRL un act adițional nr.3/14.09.2007 la contractul de servicii nr. 40407/2006 (fila 122), în care s-a prevăzut că se va elabora documentația tehnico economică în mod distinct pentru cele două proiecte. Actul adițional a împărțit proiectul, conceput inițial ca un tot unitar, în două loturi de lucrări, corespunzătoare celor două proiecte. Așadar, însuși proiectantul SC Romair Consulting SRL a conceput în mod distinct lucrările necesare pentru executarea celor două proiecte, dar în cadrul unei concepții unitare, de vreme ce studiul de fezabilitate s-a întocmit inițial pentru un singur proiect de reabilitare a centrului istoric vechi al Municipiului Arad, iar proiectele tehnice și caietele de sarcini, împreună cu detaliile de execuție au fost elaborate în cadrul aceluiași grafic de execuție a serviciilor de proiectare conceput în executarea contractului de servicii nr. 40407/13.11.2006.

Documentația tehnică întocmită de SC Romair Consulting SRL a fost valorificată ca atare, fără modificări, de către reclamant, în cadrul documentației de atribuire a acordului contractual nr. 73673/28.12.2009, încheiat cu Asocieria SC Tehnodomus SA Arad - SIRD Timișoara (filele 300-324). În fapt, rezultă din înscrisurile depuse la dosar (file 44) că reclamantul a derulat două proceduri distincte de atribuire a contractelor de lucrări, pentru cele două proiecte, încheind cu aceeași asociere atât acordul contractual nr. 73673/28.12.2009, având ca obiect executarea lucrărilor de „Reabilitare a centrului istoric vechi al Municipiului Arad”, cât și acordul contractual nr. 73674/28.12.2009, având ca obiect executarea lucrărilor de „Reabilitare a liniilor de tramvai pe traseul Biserica Sârbească - Piața Romană și Podul Traian, lucrare adiacentă la obiectivul „Reabilitarea centrului istoric vechi al Municipiului Arad”.

În cursul executării de către constructor a lucrărilor incluse în caietul de sarcini, la proiectul „Reabilitarea centrului istoric vechi al Municipiului Arad”, s-a constatat necesitatea executării unor lucrări suplimentare, dar și de renunțare la anumite lucrări. Astfel, rezultă din nota justificativă întocmită de autoritatea contractantă sub nr. 20130/25.03.2011 (filele 347-351), că:

- cele două proiecte au tratat distinct reabilitarea carosabilului, respectiv, a liniei de tramvai, pe străzile Preparandiei, Dornei și Mucius Scaevola, astfel încât, la pichetarea pe teren a lucrărilor s-au constatat diferențe între cotele finale ale liniei roșii la carosabil (aferele lotului I, corespunzător proiectului „Reabilitarea centrului istoric vechi al Municipiului Arad”) și nivelul superior al șinei de tramvai (aferele lotului II, corespunzător proiectului „Reabilitarea liniilor de tramvai pe traseul Biserica Sârbească - Piața Arenei (Piața Romană) din Municipiul Arad”).
- structura rutieră din zona liniilor de tramvai era proiectată cu fundație de beton armat, rigidă, diferită de cea pentru carosabilul destinat exclusiv circulației rutiere, care este elastică, astfel încât cele două zone s-ar fi comportat diferit în timp.
- datorită timpului scurs de la momentul realizării studiului de fezabilitate care a stat la baza elaborării proiectului tehnic, nefiind realizate lucrări de consolidare, s-au înregistrat degradări sau dislocări ale unor elemente structurale ale clădirilor supuse reabilitării în cadrul proiectului „Reabilitarea centrului istoric vechi al Municipiului Arad, fiind necesară consolidarea sau refacerea acestora, suplimentar față de proiectul inițial.
- era necesară suplimentarea cantităților de lucrări, a lungimilor rețelelor de canalizare menajeră, pluvială și termică.

Într-adevăr, au fost depuse la dosar dispozițiile de șantier nr. 1/02.06.2010, nr. 2/06.07.2010, nr. 3/24.09.2010, nr. 4/08.10.2010, nr.5/12.11.2010 și nr. 6/01.02.2011 (filele 333-341), împreună cu minuta întocmită de constructor sub nr. 2228 /16.09.2010, din cuprinsul cărora instanța reține că a fost necesară adaptarea proiectului „Reabilitarea centrului istoric vechi al Municipiului Arad” la situația din teren, constatată a fi diferită de cea înfățișată în studiul de fezabilitate și proiectul inițial, fiind convenite o serie de modificări față de proiectul tehnic și detaliile de execuție aferente. Aceste modificări au fost stabilite după efectuarea unor deplasări în teren de către reprezentanți ai

autorității contractante, ai proiectantului SC Romair Consulting SRL (care se obligase să asigure asistență tehnică reclamantului pe toată perioada de executare a lucrărilor proiectate), precum și ai unor companii care gestionează diferitele rețele urbane din perimetrul de realizare a lucrărilor de reabilitare. De asemenea, instanța reține din cele consemnate în nota justificativă deja menționată, că potrivit clauzelor din capitolul „Condiții generale” al acordului cadru încheiat în calitate de autoritate contractantă de către reclamant, acesta era obligat să solicite consultanță de specialitate de la un operator economic specializat, SC Bring Construct SRL, pentru modificarea clauzelor inițiale ale acordului contractual din 28.12.2009, consultantul emițând instrucțiunea nr. 56122/23.09.2010 (fila 350), prin care a fost instruit constructorul cu privire la structura rutieră ce trebuia adoptată pe străzile Preparandiei, Dornei și Mucius Scaevola, instrucțiunea fiind preluată în dispoziția de șantier nr. 3/24.09.2010.

Conform acestei instrucțiuni s-a considerat necesară suplimentarea lucrărilor inițial proiectate, iar după cum rezultă din nota justificativă nr. 20130/25.03.2011, reclamantul a considerat că împrejurările de fapt constatate constituie circumstanțe imprevizibile, în sensul art. 122 lit. i din OUG nr.34/2006, care justifică efectuarea unor lucrări suplimentare, considerate necesare pentru finalizarea proiectelor, sens în care, în procedura de negociere fără publicarea unui anunț, reglementată de art. 122 lit.i din OUG nr. 34/2006, a încheiat actul adițional nr.3/18.04.2011 la acordul contractual de execuție lucrări nr.73673/28.12.2009, atribuit Asocierii SC Tehnodomus SA - Societatea de întreținere și Reparații Drumuri SA Timișoara (filele 329-332).

Rezultă din conținutul notei justificative și a actului adițional la acordul contractual că autoritatea contractantă a analizat și celelalte condiții impuse de art. 122 alin. 1 lit. i din OUG nr. 34/2006, pentru aplicarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, considerând că este necesară achiziționarea unor lucrări sau servicii suplimentare/adiționale, care nu au fost incluse în contractul inițial, dar care datorită unor circumstanțe imprevizibile au devenit necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză, că este posibilă atribuirea lucrărilor suplimentare contractantului inițial; că lucrările suplimentare/adiționale sunt strict necesare în vederea îndeplinirii acestuia, precum și că valoarea lucrărilor din actul adițional nu depășește 20% din valoarea contractului inițial.

În perioada 06.03.2012-23.03.2012, structura de control competentă din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare, a efectuat o verificare a modului de utilizare a fondurilor atribuite reclamantului în baza contractului de finanțare, urmare a sesizării unui caz de suspiciune de nereguli, înregistrat la această autoritate sub nr. VT - 7179/31.01.2012, referitoare la aplicarea procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare, pentru încheierea actului adițional nr.3/18.04.2011, prin care s-a majorat valoarea contractului de lucrări inițial încheiat, cu implicații financiare. Controlul astfel efectuat s-a finalizat cu emiterea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-21596/21.03.2012 (filele 48-57), prin care reclamantul a fost penalizat prin aplicarea unei corecții financiare la finanțarea inițială convenită, fiind stabilită în sarcina sa o creanță bugetară în valoare de 838.174,16 lei, din care 583.973,80 lei - contribuție din fonduri UE, 89.313,16 lei - contribuție publică națională și 164.886,72 lei - TVA.

Organul de control a reținut în cuprinsul Notei de constatare că lucrările suplimentare contractate de reclamant nu s-au datorat unor circumstanțe imprevizibile, devenite necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză, acestea neputând fi justificate ca o urgență imperativă rezultată din evenimente imposibil de anticipat, astfel încât nu putea fi încheiat actul adițional la contractul de lucrări în urma procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare, reglementată de art. 122 lit.i din OUG nr.34/2006. S-a considerat că încheierea în aceste condiții a actului adițional constituie neregulă în sensul art.2 alin. 1 lit.a din OUG nr.66/2011, astfel încât s-a procedat la instituirea corecției financiare menționate.

Reclamantul a promovat o contestație administrativă împotriva titlului de creanță constituit prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA-21596/21.03.2012, solicitând anularea actului și radierea creanței din registrul debitorilor (filele 58-62). Prin decizia nr. 104/24.05.2012, ce face obiect al acțiunii (filele 63-67), contestația reclamantului a fost respinsă ca neîntemeiată, reținându-se că „imprevizibilitatea anumitor elemente apărută pe parcursul derulării unui contract nu este singura condiție necesară pentru ca autoritatea contractantă să se poată prevala de prevederile art. 122 lit.i din OUG nr.34/2006”, iar în calitatea sa de autoritate contractantă, reclamantului i-a revenit atribuția de elaborare a documentației de atribuire a contractului de achiziție publică de lucrări, conform art. 3 alin.1 din HG nr.925/2006, astfel încât, la momentul întocmirii acestei documentații de atribuire, trebuia să se asigure că specificațiile tehnice din caietul de sarcini corespund necesităților sale și condițiilor reale din teren, în caz contrar acesta având obligația de a remedia situația, putând chiar să solicite refacerea studiului de fezabilitate pe baza datelor reale, actuale, existente la momentul imediat anterior demarării procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică.

S-a conchis că în cazul semnalat, nu erau întrunite condițiile cumulative impuse de art. 122 lit. i din OUG nr. 34/2006 pentru atribuirea lucrărilor suplimentare prin procedura negocierii fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, că reclamantul nu se poate prevala de propria culpă, astfel încât în mod corect a fost constatată în cazul său o neregulă, în sensul art. 2 alin. 1 lit. a din OUG nr. 66/2011, și a fost instituită în sarcina sa creanța bugetară prin corecția financiară aplicată. Reclamantul contestă în cauză titlul de creanță instituit prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA-21596/21.03.2012 și decizia de soluționare a contestației administrative, ambele emise de structuri din cadrul autorității publice pârâte, Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, învederând existența unei contradicții în considerentele deciziei, prin care s-a reținut caracterul imprevizibil al lucrărilor suplimentare contractate prin actul adițional nr.3/18.04.2011, considerându-se că alte condiții impuse de art. 122 lit.i din OUG nr.34/2006 nu ar fi fost întrunite pentru atribuirea acestor lucrări în baza unui contract încheiat prin negociere fără publicarea unui anunț de participare, fără a se explicita care sunt celelalte condiții ce nu au fost îndeplinite. Față de starea de fapt astfel constatată, instanța reține că acțiunea de față este întemeiată, urmând a fi admisă.

Contrar susținerilor pârâtului, instanța constată că nu poate fi reținută în sarcina reclamantului săvârșirea unei neregularități, în sensul art. 2 alin. 1 lit. a din OUG nr.66/2011. Potrivit art.2 alin. (1) lit.a din OUG nr.66/2011, „în sensul prezentei ordonanțe de urgență, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații: neregulă - orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit”.

Definiția legală a noțiunii de „neregulă” impune constatarea cumulativă a mai multor condiții, anume, săvârșirea unei abateri de la legalitate, regularitate sau conformitate, de către beneficiarul unor fonduri nerambursabile, a cărui faptă să fie de natură a prejudicia bugetul Uniunii Europene, ale donatorilor publici internaționali sau fondurile publice naționale aferente acestor fonduri. Se poate observa că reglementarea actuală impune, spre deosebire de cea din OG nr.79/2003, ca fapta de abatere de la legalitate, regularitate sau conformitate să producă un prejudiciu sau să fie de natură a produce un astfel de prejudiciu, nemaifiind astfel impusă condiția ca aceasta să prejudicieze bugetul Uniunii Europene.

Întrucât aceste condiții sunt impuse cumulativ, trebuie concluzionat că în măsura în care cel puțin una dintre acestea nu se verifică, nu se poate constata existența unei nereguli și nu se poate aplica una din sancțiunile reglementate de OUG nr.66/2011. Or, în speță, nu se probatoriu administrat nu a relevat nici săvârșirea de către reclamant a unei abateri de la legalitate, regularitate ori conformitate, în executarea contractului de finanțare, nici cauzarea unui prejudiciu bugetelor menționate în OUG Nr. 66/2011, nici posibilitatea cauzării unui astfel de prejudiciu. Astfel, nu s-ar putea constata că, astfel cum susține pârâtul, autoritatea contractantă pârâtă ar fi încălcat dispozițiile art. 122 lit. i din OUG nr. 34/2006 la încheierea actului adițional nr. 3 la acordul contractual nr. 73673/28.12.2009, ori că aceasta și-ar invoca propria culpă, pentru a justifica efectuarea lucrărilor suplimentare în cadrul proiectului „Reabilitarea centrului istoric vechi al Municipiului Arad”.

După cum rezultă din înscrisurile depuse la dosar, documentația tehnică realizată de SC Romair Consulting SRL în executarea contractului de servicii nr. 40407/13.11.2006 includea proiectele tehnice, caietele de sarcini, precum și detaliile de execuție necesare pentru realizarea lucrărilor de reabilitare. Rezultă, așadar, că în calitatea sa de beneficiar al contractului de servicii, acestuia i-au fost furnizate de către proiectant toate documentele de natură tehnică ce au constituit ulterior documentația de atribuire a celor două acorduri contractuale încheiate cu Asocieria SC Tehnodomus SA-SJRD Timișoara.

Este adevărat că potrivit art. 13 din contractul de servicii de proiectare, beneficiarul (reclamantul) era obligat să depună diligențe pentru ca proiectul să corespundă criteriilor de eligibilitate din contractul de finanțare, precum și că, în calitate de autoritate contractantă, conform art. 3 alin.1 din HG nr.925/2006, de aprobare a Normelor metodologice de aplicare a OUG nr. 34/2006, la momentul întocmirii acestei documentații de atribuire, trebuia să se asigure că specificațiile tehnice din caietul de sarcini corespund necesităților sale și condițiilor reale din teren. Nu este însă de ignorat faptul că detaliile tehnice ale documentației de atribuire necesită cunoștințe de specialitate avansate, acesta fiind, de altfel, motivul pentru care Guvernul a înțeles să acorde asistență tehnică beneficiarilor de proiecte de investiții, care puteau să fie finanțate prin Programul operațional regional (POR) 2007 - 2013, asistența fiind asigurată prin intermediul unor firme specializate.

De asemenea, instanța constată că, cel puțin în parte, se verifică susținerile reclamantului potrivit cărora documentația tehnică ce a fost cuprinsă în cele două proiecte elaborate de SC Romair Consulting SRL ar fi fost întocmită fără contribuția sa, de vreme ce în art. 16.2 din contractul de servicii nr. 40407/13.11.2006 s-a prevăzut că documentația aferentă proiectelor urma să fie predată achizitorului (Guvernul României, prin Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului), care avea obligația de a o preda beneficiarului, beneficiarului fiindu-i stabilită, prin art. 13.1 lit. c, obligația de a aproba toate, documentele proiectului, realizate cu respectarea clauzelor contractuale, pe care prestatorul urma să i le pună la dispoziție, fără a fi stipulată posibilitatea sa de a le cenzura. Este greu de presupus, în atari condiții, că beneficiarul proiectelor ar fi avut posibilitatea de a depista, la întocmirea documentației de atribuire a lucrărilor de construcție, eventualele necorelări dintre cele două proiecte, ori de a solicita remedierea acestora, astfel cum susține pârâtul.

Mai mult, instanța constată că prin chiar hotărârea ce a aprobat lista proiectelor ce urmau a beneficia de asistență tehnică, Guvernul a prevăzut că o atare asistență va include și asistența tehnică acordată de către proiectant beneficiarului proiectului/constructorului pe toată durata de implementare a proiectului, fiind prezumat, deci, că în cursul efectuării lucrărilor proiectate s-ar putea ivi situații de fapt pentru soluționarea cărora ar fi necesară utilizarea expertizei proiectantului (a cunoștințelor sale de specialitate), în calitatea sa de firmă specializată. Instanța consideră că în acest mod Guvernul și-a asumat sarcina de a asigura beneficiarilor de proiecte, în cadrul asistenței tehnice aprobate prin HG nr. 811/2006, toate cunoștințele de specialitate

necesare pentru elaborarea și implementarea proiectelor, fiind exclusă posibilitatea de corectare a specificațiilor tehnice din proiecte de către beneficiari, în condițiile art. 3 alin. 1 din HG Nr. 925/2006, în faza de întocmire a documentației de atribuire a contractelor de achiziție publică, de lucrări, prezumându-se că aceștia nu dețin cunoștințele de specialitate pentru a opera astfel de corecții, de vreme ce s-a stabilit că este necesar a li se asigura asistență tehnică. Instanța conchide că dispozițiile art. 3 din HG nr. 811 /2006 excludeau posibilitatea reținută în decizia de soluționare a contestației administrative promovate de reclamant, ca acesta să pretindă refacerea studiului de fezabilitate ori a documentației tehnice din cadrul proiectelor în calitate de autoritate contractantă, la elaborarea documentației de atribuire a contractelor de lucrări.

De asemenea, instanța constată că reclamantul și-a îndeplinit întocmai obligațiile contractuale asumate prin contractul de finanțare și prin cel de prestare servicii, de vreme ce a solicitat consultanță de specialitate pentru stabilirea soluțiilor posibil a fi adoptate la momentul ivirii unor impedimente în executarea lucrărilor de construcție ori a unor situații de modificare a soluțiilor tehnice din proiecte, lucrările suplimentare fiind propuse în cadrul asistenței tehnice asigurate de Guvern (prin Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului), prin intermediul firmei specializate în elaborarea proiectelor. Văzând și faptul că în Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA-21596/21.03.2012 ori în decizia de soluționare a contestației administrative, pârâtul nu a făcut referire la încălcarea unor clauze din contractul de finanțare, instanța conchide că nu se poate reține în sarcina reclamantului săvârșirea unei abateri de la legalitate, regularitate, conformitate, care să se constituie într-o neregulă, susceptibil a fi sancționată prin aplicarea corecției financiare. În acest sens, instanța are în vedere și faptul că în speță nu s-a dovedit atribuirea lucrărilor suplimentare în procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, cu încălcarea dispozițiilor din art. 122 lit. i din OUG nr. 34/2006.

Astfel, nici organul de control, nici cel de soluționare a contestației administrative nu au reținut încălcarea de către reclamantă a prevederilor art. 122 lit. i din OUG nr. 34/2006, referitoare la atribuirea lucrărilor suplimentare către contractantul inițial; caracterul strict necesar al acestora în vederea finalizării proiectelor ori la valoarea acestora, raportat la valoarea contractului inițial. În cuprinsul Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA-21596/21.03.2012 s-a reținut doar că lucrările suplimentare nu ar fi avut caracter imprevizibil la momentul elaborării documentației de atribuire a contractelor de lucrări, acestea neputând fi justificate ca o urgență imperativă rezultată din evenimente imposibil de anticipat. Se poate observa că organul de control, emitent al titlului de creanță contestat în cauză, a echivalat sensul termenului „imprevizibil” cu cel al noțiunii de forță majoră, cauză de exonerare de răspundere civilă.

Or, analiza gramaticală și teleologică a dispozițiilor art. 122 lit. i din OUG nr. 122/2005 nu permite a se concluziona că norma juridică în discuție ar trebui interpretată restrictiv, permițând contractarea unor lucrări suplimentare prin negociere fără publicarea unui anunț de participare doar în situațiile în care necesitatea realizării lor nu putea fi prevăzută nici cu cel mai mare grad de diligență. Dimpotrivă, se constată că, dacă ar fi avut intenția să facă referire la situații de forță majoră, legiuitorul ar fi utilizat în text termenul de circumstanțe „absolut imprevizibile”, pentru a desemna caracterul lor excepțional, și nu ar fi reglementat trei condiții cumulative, necesar a fi întrunite pentru aplicarea acestei proceduri de atribuire a contractului de achiziție publică. Se poate astfel deduce că, în măsura în care, în speță, lucrările suplimentare ar fi generate de circumstanțe imprevizibile, care nu puteau fi anticipate de către un subiect cu diligență medie, a unui bun gospodar, acestea s-ar încadra în sfera de aplicare a disp. art. 122 lit. i din OUG nr. 34/2006.

Or, de vreme ce necesitatea efectuării lucrărilor suplimentare implica cunoștințe de specialitate avansate, este de prezumat că acestea se încadrau în dispozițiile art. 122 lit. i, întrucât nu puteau fi

depistate de către reclamant, chiar în măsura în care acesta ar fi înțeles să cenzureze documentația tehnică din cadrul proiectelor, acesta fiind asistat tehnic în baza HG nr. 811/2006 tocmai în considerarea caracterului specializat al lucrărilor ce urmau a fi proiectate și executate.

Astfel cum s-a arătat mai sus, lucrările suplimentare justificate pe baza dispozițiilor de șantier vizau remedierea unor clădiri care s-au deteriorat suplimentar în intervalul de la contractarea proiectelor și până la realizarea lucrărilor (noiembrie 2006 - aprilie 2011), devierea cursului unor rețele subterane, datorită intersectării acestora cu alte rețele, diferențele dintre cotele finale ale carosabilului și șina de tramvai etc. Or, aceste situații nu puteau fi prevăzute fie datorită faptului că s-au consumat la un moment ulterior întocmirii proiectelor, independent de voința beneficiarului, fie datorită caracterului ascuns al unora dintre rețelele urbane, fie datorită caracterului specializat al proiectelor. Se impune, deci, concluzia că reclamanta nu se face vinovată de săvârșirea unei abateri de la legalitate, regularitate ori conformitate, ca o primă condiție necesară a se verifica pentru angajarea răspunderii sale patrimoniale, în baza contractului de finanțare și a OUG nr. 66/2011.

Pe de altă parte, acceptând ideea, susținută de pârât, potrivit căreia reclamantul a săvârșit o atare abatere, instanța constată că în speță nu se verifică cerința impusă de art.2 alin.1 lit.a din OUG nr.66/2011 ca această faptă să fi produs un prejudiciu sau ca aceasta să poată prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit. Instanța observă că în Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA-21596/21.03.2012, întocmită de pârât, nu se fac referiri la un prejudiciu cauzat bugetului Uniunii Europene sau fondurilor publice naționale din care s-a făcut cofinanțarea proiectului derulat de reclamant, reținându-se doar că acesta a încălcat dispozițiile art. 122 lit. i din OUG nr. 34/2006, referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică prin negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, fiind astfel evidențiată fapta considerată drept abatere de la legalitate, dar nu și urmările acesteia.

Nici în întâmpinarea depusă la dosar, pârâtul nu a formulat apărări referitoare la un prejudiciu care să fi fost cauzat bugetului Uniunii Europene sau fondurilor publice naționale din care s-a făcut cofinanțarea proiectului derulat de reclamant. Un atare prejudiciu nu se poate constata ca fiind cauzat, în condițiile în care nu au fost combătute susținerile reclamantului privind caracterul necesar al lucrărilor suplimentare pentru finalizarea proiectelor de reabilitare ori cele privind finalizarea proiectelor și recepționarea acestora. Instanța constată că probatoriul administrat în cauză nu dovedește nici că această abatere de la legalitate ar fi fost de natură să cauzeze o atare pagubă, astfel cum impune art.2 alin.1 lit. a din OUG nr.66/2011. În fapt, în decizia de soluționare a contestației administrative, pârâtul a reproșat reclamantului faptul că nu a solicitat refacerea studiului de fezabilitate și a proiectelor, prin includerea lucrărilor suplimentare în cadrul documentației tehnice cuprinse în documentația de atribuire a acordurilor contractuale. Or, se constată că o atare variantă ar fi implicat majorarea cheltuielilor de elaborare a proiectelor, a valorii estimate a contractelor de achiziție publică cu valoarea lucrărilor suplimentare și, implicit, a costurilor suportate prin contractul de finanțare, astfel încât de la bugetele UE ori naționale din care a fost acordată cofinanțarea ar fi fost oricum alocate sume suplimentare celor convenite în fapt, corespunzătoare lucrărilor suplimentare.

Nu s-ar putea deci considera că pretinsa abatere de la legalitate constatată în cazul reclamantei ar fi fost de natură să producă un prejudiciu bugetului Uniunii Europene sau fondurilor publice naționale din care s-a făcut cofinanțarea proiectului derulat de reclamant. Prin urmare, se va admite cererea reclamantului și se va dispune anularea titlului de creanță stabilit prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA-21596/21.03.2012, precum și a deciziei de soluționare a contestației administrative cu nr.104/24.05.2012, emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare.

Se va respinge în schimb cererea reclamantului de radiere a titlului de creanță contestat din registrul debitorilor, ca prematură, dat fiind că măsura solicitată nu poate fi calificată drept o operațiune administrativă de sine stătătoare, necesar a fi dispusă de către instanță, ci se analizează ca o formă de executare a prezentei hotărâri judecătorești de anulare a titlului de creanță. Or, până la rămânerea irevocabilă a hotărârii, reclamanta nu se poate prevala de un refuz al pârâtului de a radia din registrul debitorilor titlul înscris în condițiile art. 35 din OUG nr. 66/2011, eventualul refuz, exprimat în ipoteza rămânerii irevocabile a sentinței de anulare a titlului executoriu putând face abia la acel moment obiect al unei acțiuni în contencios administrativ.

Urmează, deci, ca acțiunea promovată de reclamant să fie admisă doar parțial, potrivit celor mai sus expuse, iar în temeiul art. 274 C.pr.civ, se va lua act de faptul că părțile nu au solicitat cheltuieli de judecată în cauză.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII, HOTĂRĂȘTE:

Admite în parte cererea promovată de reclamantul Municipiul Arad, reprezentat prin Primarul Municipiului Arad, împotriva pârâtului Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare.

Dispune anularea titlului de creanță stabilit prin nota de constatare emisă de pârât sub nr.CA-21596/21.03.2012, precum și a deciziei de soluționare a contestației administrative cu nr. 104/24.05.2012, emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului. Respinge în rest cererea. Fără cheltuieli de judecată.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din 22.05.2013.

TRIBUNALUL ARGEȘ
SECȚIA CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ Nr. 1381
Ședința publică de la 20 Decembrie 2011

Pe rol fiind pronunțarea asupra litigiului de contencios administrativ și fiscal formulat de reclamantul **CONSILIUL JUDEȚEAN ARGEȘ**, în contradictoriu cu pârâțul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE SI LOCUINȚEI**, având ca obiect anulare act administrativ. Dezbaterile asupra fondului au avut loc în ședința publică din 19 Decembrie 2011 și au fost consemnate în încheierea de ședință din acea dată, care face parte integrantă din prezenta hotărâre.

INSTANȚA

Constată că, prin acțiunea înregistrată la 12 ianuarie 2010, reclamantul Consiliul Județean Argeș a chemat în judecată pe pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Locuinței pentru a se dispune suspendarea executării procesului verbal de constatare nr.CA-67547/16.10.2009 și anularea acestui act administrativ, precum și a deciziei nr.CA-82283/10.12.2009. În motivare s-a arătat că prin contractul de grant nr. R02003 a fost prevăzută execuția de lucrări de construcții în scopul reabilitării mai multor unități școlare, reclamanta având calitatea de beneficiar, pârâta pe aceea de autoritate contractantă, iar Ministerul Educației și Cercetării pe aceea de autoritate de implementare. Prin actul administrativ fiscal, a cărui anulare se solicită, s-a reținut că reclamanta datorează suma de 61.071,84 Euro, reprezentând contravaloarea lucrărilor de înlocuire a tâmplăriei interioare neexecutate și care a fost calificată drept cheltuielă neeligibilă. Contestația formulată împotriva procesului-verbal a fost respinsă ca neîntemeiată prin decizia atacată, acte a căror desființare se impune pentru netemeinicie și nelegalitate. Prin sentința 54/F-CONT/17.03.2010 Curtea de Apel Pitești a declinat competența de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului Argeș, reținând că în speță valoarea debitului pentru care a fost emis titlul de creanță este sub 500.000 lei, astfel că Tribunalul Argeș - Contencios administrativ și fiscal este competent să soluționeze cauza în primă instanță. În continuarea judecății la tribunal s-au administrat probele cu înscrișuri și cu expertiză tehnică specialitatea construcții. La 18.04.2011, petentul și-a completat acțiunea, în ce privește motivarea și probatoriul solicitat spre administrare.

Din probatoriul administrat în cauză, tribunalul reține următoarea situație de fapt: în baza contractului de grant RO 2003/005-551 petentul ca beneficiar, trebuia să asigure executarea unor lucrări de reabilitare a 4 școli situate pe teritoriul jud. Argeș, autoritate contractantă fiind intimatul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE SI TURISMULUI**. Pentru executarea acestui contract intimatul, ca beneficiar a încheiat contracte de lucrări de construcții, printre care și cel cu nr. 10851/49/22.08.2006, cu SC ZEUS SA Pitești în calitate de executant. În perioada 26.01.2009 - 30.01.2009 s-a efectuat o verificare a aspectelor privind executarea acestui contract întocmindu-se procesul verbal de constatare nr.CA-67547/16.10.2009. S-a menționat în acest contract că la momentul efectuării controlului proiectul era finalizat, unele dintre lucrări după perioada de implementare, situația plăților fiind următoarea: total costuri estimative eligibile proiect 900.000 euro, total costuri efectiv utilizate proiect 881.467,01 euro, din care 639.306,27 euro fonduri PHARE și 242.130,75 euro fonduri de la bugetul de stat.

S-a reținut la întocmirea procesului verbal că la Colegiul Național Dinicu Golescu din Câmpulung, proiectul viza înlocuirea tâmplăriei interioare până la data de 31.08.2008 - sfârșitul perioadei de implementare a proiectului. S-au considerat ca fiind cheltuieli neeligibile, conform articolelor de deviz 26 și 27 - montare uși interioare de lemn simple pe toc, inclusiv montare toc - 7.616,9 lei și uși din lemn pe căptușeli inclusiv pervazuri - 138.484 lei , pe o suprafață de 356 mp. Astfel, se impune

recuperarea fondurilor comunitare și a celor de co finanțare aferente utilizate necorespunzător în cuantum egal cu valoarea lucrărilor de înlocuire tâmplărie interioară neexecutate — cheltuială neeligibilă, valoarea aferentă fiind în sumă de 174.371,43 lei, respectiv debit total de 51.285,7 euro din care 37.197,5 euro către bugetul UE, 14.088,18 euro către bugetul aferent co finanțării restul fiind costuri bancare și TVA de recuperat. S-a apreciat că intimatul trebuie să restituie suma sus arătată, deoarece nu a respectat obligațiile asumate potrivit contractului, aceasta fiind o neregulă conform art. 14 pct.I, art.17 (2) și art 17 pct.4 din Anexa II la Condiții generale la contractul de grant și art.2 alin.(a) din OG 79/2003 republicată. Împotriva acestui proces verbal s-a formulat contestație de către petent care a fost respinsă prin decizia nr.CA-82283/10.12.2009.

S-a motivat că în mod corect au fost menționate în procesul verbal contestat măsurile stabilite cu referire strictă la neregulile semnalate, iar pe fond, s-a respectat întru totul legislația aplicabilă în speță, pornind de la definiția cheltuielii neeligibile. Faptul că beneficiarul (petentul) a decontat lucrări suplimentare sau a renunțat la anumite categorii de lucrări în contractul bilateral cu constructorul, fără a realiza în totalitate obiectivele precizate ale proiectului în termenul de implementare impus fără a promova un amendament la contract sau fără a informa autoritatea contractantă, conform grantului, nu îl exonerează pe acesta de răspunderea referitoare la nerealizarea unor obiective ale proiectului. Mai mult, s-a depășit toată suma defalcată pe obiectiv (cu rectificările de curs operabile) fără a realiza lucrările în cauză. De altfel, beneficiarul însuși nu contestă faptul că execuția lucrărilor de înlocuire a tâmplăriei interioare s-a făcut în afara perioadei de implementare, putându-se afirma că parte din suma primită în cadrul contractului, a fost utilizată cu nerespectarea prev. contractuale. Așa cum spune expertul cauzei în completarea la lucrare, nu au fost înlocuite toate ușile interioare din clădirea Colegiului Național Dinicu Golescu, în principal la demisol unde se găseau laboratoarele, iar lucrările au fost începute în perioada august - sept.2010, fiind finalizate în perioada ian-febr.2011.

Tot expertul cauzei a arătat că suprafața ușilor și glasvandurilor interioare, executate de SC ZEUS SA este de 297,67 mp, că numai în două dintre situațiile de lucrări, cea din luna iunie și luna august se face referire la câte un singur articol - demontare uși și ferestre din lemn, în niciuna dintre celelalte situații de lucrări neidentificându-se articole referitoare la uși interioare. În acest fel, în facturile emise situațiilor de lucrări pe lunile iunie - august sunt cuprinse valori referitoare la demontare uși și ferestre din lemn, ca și cheltuieli directe, în sume de 438,42 și respectiv 1.927,86 lei. Acest aspect a condus la emiterea de situații de plată care se încadrează global valoric în cuantumul sumei defalcate pe obiectiv din buget, dar care nu acoperă realizarea integrală a obiectivelor proiectului conform specificațiilor contractului de grant. S-a constatat că beneficiarul, prin nerealizarea integrală a lucrărilor de înlocuire a tâmplăriei interioare, în perioada de implementare a proiectului, prev. în contract, a încălcat prevederile acestuia, precum și disp.art 2 alin.a din OG 79/2003. Or, conform articolului 14 din condițiile generale ale contractului de grant, pentru a fi considerate eligibile pentru proiect, costurile trebuie să fie înregistrate în contabilitatea și documentele fiscale ale beneficiarului, să fie identificabile și verificabile și susținute de documente justificative în original.

Această condiție nu este îndeplinită în speță câtă vreme se recunoaște că lucrările nu sunt prevăzute în facturi sau în ordine de plată, nici în ce privește materialul și nici manopera, astfel că nu se regăsesc înregistrate în contabilitatea și documentele fiscale, decât în parte în lunile iunie - august pentru o sumă foarte mică. Pentru toate aceste considerente, în baza art.8 din Legea 554/2004 tribunalul va respinge contestația.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge contestația formulată de reclamantul **CONSILIUL JUDEȚEAN ARGEȘ**, cu sediul în Pitești Județul Argeș în contradictoriu cu pârâtul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE SI LOCUINȚEI**, cu sediul în București, sector 5, Str.Apolodor, nr. 17.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică, azi 20 Decembrie 2011.

Dosar nr. 660/46/2010

TRIBUNALUL ARGEȘ
SECȚIA CIVILĂ, CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ Nr. 1236
Ședința publică de la 28 Noiembrie 2011

Pe rol fiind pronunțarea asupra litigiului de contencios administrativ și fiscal formulat de reclamantul **CONSILIUL JUDEȚEAN ARGEȘ**, în contradictoriu cu pârâții **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE SI TURISMULUI** și **DIRECȚIA GENERALĂ A FINANȚELOR PUBLICE ARGEȘ**, având ca obiect contestație act administrativ fiscal. Dezbaterile asupra fondului au avut loc în ședința publică din 21 Noiembrie 2011 și au fost consemnate în încheierea de ședință din acea dată, care face parte integrantă din prezenta hotărâre.

INSTANȚA

Constată că prin cererea înregistrată la data de 10.05.2010, reclamantul Consiliul Județean Argeș a chemat în judecată pe pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, solicitând instanței să dispună anularea Procesului verbal de constatare nr. CA-18466/22.03.2010, act prin care s-a stabilit în sarcina sa plata sumei de 8.526,93 euro (TVA inclus), reprezentând cheltuială neeligibilă constând în contravaloarea lucrărilor de ignifugare ce nu au fost executate. În motivarea cererii, reclamantul a arătat că a încheiat cu pârâtul contractul de grant pentru execuție lucrări de construcții în scopul reabilitării/reconstruirii/renovării a patru unități școlare din județul Argeș, afectate de inundații, printre care și la Colegiul Național Dinicu Golescu. Pârâtul a emis titlu de creanță pentru suma de 8.526,93 euro, deși acesta nu a fost niciodată plătită în contul articolului de deviz referitor la lucrări de ignifugare la Colegiul Național Dinicu Golescu. Ca atare, nu poate fi o cheltuială neeligibilă.

Pe de altă parte, în privința plăților efectiv utilizate, procesul verbal de constatare precizează că totalul costurilor este de 881.437,01 euro, deși în realitate este vorba de 888.952,94 euro (din care 644.757 euro fonduri PHARE, iar restul fonduri la bugetul de stat). Prin sentința 127/09.06.2010 Curtea de Apel Pitești a declinat competența de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului Argeș, reținând că în speță valoarea debitului pentru care a fost emis titlul de creanță este sub 500.000 lei, astfel că tribunalul Argeș - Contencios administrativ și fiscal este competent să soluționeze cauza în primă instanță. La termenul de judecată din 14.11.2011, la prezenta cauză s-a conexas dosarul nr.793/46/2011. În acest dosar, s-a dispus declinarea competenței de soluționare a cererii de anulare a procesului verbal nr. 18466/22.03.2010 formulată de același petent. Prin urmare, s-a constatat că este întemeiată excepția.

În continuarea judecății la tribunal s-au administrat probele cu înscrisuri și cu expertiză tehnică în specialitatea construcții. La 14.04.2011, petentul și-a completat și precizat acțiunea solicitând și anularea deciziei CA-32310/17.05.2010 emisă de Comisia de soluționare a contestațiilor. Din probatoriul administrat în cauză tribunalul reține următoarea situație de fapt: în baza contractului de grant RO 2003 005 551 petentul ca beneficiar, trebuia să asigure executarea unor lucrări de reabilitare a 4 școli situate pe teritoriul jud. Argeș, autoritate contractantă fiind intimatul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE SI TURISMULUI**. Pentru executarea acestui contract intimatul, ca beneficiar a încheiat contracte de lucrări de construcții, printre care și cel cu nr.10851/49/22.08.2006, cu SC ZEUS SA Pitești în calitate de executant.

În perioada 18.01.2010 - 29.01.2010 s-a efectuat o verificare a aspectelor privind executarea acestui contract întocmindu-se procesul verbal de constatare nr.CA- 18466/22.03.2010. S-a menționat în acest contract că la momentul efectuării controlului proiectul era finalizat, unele

dintre lucrări după perioada de implementare, situația plăților fiind următoarea: total costuri estimative eligibile proiect 900.000 euro, total costuri efectiv utilizate proiect 881.467,01 euro, din care 639.306,27 euro fonduri PHARE și 242.130,75 euro fonduri de la bugetul de stat. S-a reținut la întocmirea procesului verbal că la Colegiul Național Dinicu Golescu din Câmpulung, proiectul viza înlocuirea integrală a învelitorii, reparații ale fațadei, înlocuirea tâmplăriei exterioare și interioare deteriorate, finisaje interioare cu reparații de tencuieli plus zugrăveli, repararea scării, repararea planșeului de pe casa scării. S-au considerat ca fiind cheltuieli neeligibile, conform articolelor de deviz 26 și 27 - demontare și montare uși interioare de lemn și ignifugare lemn pe o suprafață neprotejată contra incendiului - 4200 mp, constatându-se că în contul acestor articole de deviz nu sunt decontate nici un fel de cantități de lucrări, în schimb sunt specificate o multitudine de lucrări suplimentare, respectiv lucrări la care se fac renunțări. Acest aspect a condus la emiterea de situații de plată care se încadrează global valoric în cuantumul sumei defalcate pe obiectiv din buget dar care nu acoperă realizarea integrală a obiectivelor proiectului conform specificațiilor contractului de grant.

S-a constatat că beneficiarul, prin nerealizarea lucrărilor de ignifugare a șarpantei din lemn în perioada de implementare a proiectului prev. în contract a încălcat prevederile acestuia, astfel că se impune recuperarea fondurilor comunitare și a celor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător în cuantum egal cu valoarea lucrărilor de ignifugare neexecutate - cheltuielă neeligibilă, valoarea aferentă fiind în sumă de 24.345,98 lei, respectiv debit total de 8.526,93 euro din care 5.193,56 euro către bugetul UE, 1967,01 euro către bugetul aferent cofinanțării restul fiind costuri bancare. S-a apreciat că intimatul trebuie să restituie suma sus arătată deoarece nu a respectat obligațiile asumate potrivit contractului, aceasta fiind o neregulă conform articolului 2 alin.(a) din OG 70/2003 republicată.

Împotriva acestui proces verbal s-a formulat contestație de către petent care a fost respinsă prin decizia nr.CA-32310/17.05.2010. S-a motivat că în mod corect au fost menționate în procesul verbal contestat măsurile stabilite cu referire strictă la neregulile semnalate, iar pe fond, s-a respectat întru totul legislația aplicabilă în speță, pornind de la definiția cheltuielii neeligibile. Faptul că beneficiarul (petentul) a decontat lucrări suplimentare sau a renunțat la anumite categorii de lucrări în contractul bilateral cu constructorul, fără a realiza în totalitate obiectivele precizate ale proiectului în termenul de implementare impus fără a promova un amendament la contract sau fără a informa autoritatea contractantă, conform grantului, nu îl exonerează pe acesta de răspunderea referitoare la nerealizarea unor obiective ale proiectului. Mai mult, s-a depășit toată suma defalcată pe obiectiv (cu rectificările de curs operabile) fără a realiza lucrările în cauză. De altfel, beneficiarul nu contestă faptul că execuția lucrărilor de ignifugare s-a făcut în afara perioadei de implementare, putându-se afirma că parte din suma primită în cadrul contractului, a fost utilizată cu nerespectarea prev. contractuale.

Examinându-se raportul de expertiză întocmit în cauză se constată că la data efectuării expertizei — 07.07.2011 la lemnăria acoperișului Colegiului Dinicu Golescu din Câmpulung sunt efectuate lucrări de ignifugare pe suprafața de 4179,4 mp, că în situațiile de lucrări emise de contractantul SC ZEUS SRL nu sunt articole de ignifugare pentru a fi plătite și respectiv încasate, iar petentul a efectuat plăți către societatea sus arătată pentru lucrări efectiv executate în baza facturilor și a ordinelor de plată în care nu se regăsesc articole de ignifugare. Expertul a arătat detaliat în expertiză care sunt facturile, valoarea lor și numerele ordinelor de plată avute în vedere la întocmirea raportului. De asemenea, completând lucrarea, a mai arătat că întreaga suprafață a acoperișului de la obiectivul sus arătat a fost ignifugată. Prin urmare, apreciază tribunalul că, așa cum recunosc părțile din dosar, lucrările de ignifugare prev.în contractul de grant au fost efectuate, problema care se pune în cauză fiind cea a menționării valorii materialelor și a manoperei pentru astfel de lucrări.

Atât expertul cauzei cât și petentul arată că deși s-au efectuat procedurile respective, acestea nu se regăsesc ca și denumire și valoare (preț) în facturile emise de contractantul SC ZEUS SRL și respectiv plătite de către petent.

Or, conform articolului 14 din condițiile generale ale contractului de grant, pentru a fi considerate eligibile pentru proiect, costurile trebuie să fie înregistrate în contabilitatea și documentele fiscale ale beneficiarului, să fie identificabile și verificabile și susținute de documente justificative în original.

Această condiție nu este îndeplinită în speță câtă vreme se recunoaște că lucrările nu sunt prevăzute în facturi sau în ordine de plată, nici în ce privește materialul și nici manopera, astfel că nu se regăsesc înregistrate în contabilitatea și documentele fiscale. Pentru toate aceste considerente, în baza art.8 din Legea 554/2004 tribunalul va respinge contestația.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge contestația completată formulată de reclamantul **CONSILIUL JUDEȚEAN ARGEȘ**, cu sediul în Pitești, Piața Vasile Milea nr.1, județul Argeș în contradictoriu cu pârâții **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE SI TURISMULUI**, cu sediul în București, str.Apolodor nr.17, sector 5 și **DIRECȚIA GENERALĂ A FINANȚELOR PUBLICE ARGEȘ** cu sediul în Pitești b-dul Republicii, jud.Argeș. Respinge cererea pentru acordarea cheltuielilor de judecată.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică, azi 28 Noiembrie 2011, la Tribunalul Argeș - Secția Civilă, complet specializat Contencios Administrativ și Fiscal.

CURTEA DE APEL PITEȘTI
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONȚENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 31/F
Ședința publică din 12 Februarie 2014

Pe rol fiind pronunțarea în primă instanță asupra cererii formulate de reclamantul MUNICIPIUL PITEȘTI, cu sediul în Pitești, județul Argeș, în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI-DIRECȚIA GENERALĂ AUTORITATEA DE MANAGEMENT PENTRU PROGRAMUL OPERAȚIONAL REGIONAL, cu sediul în București, dosar înregistrat prin declinare de competență. La apelul nominal, făcut în ședința publică nu au răspuns părțile. Procedura de citare este îndeplinită, întrucât la termenul de judecată din 22 ianuarie 2014 procedura de citare a fost legal îndeplinită, iar pârâtul a fost citat doar pentru a depune la dosar înscrisuri. Acțiunea este timbrată cu taxă judiciară de timbru în sumă de 4 lei, potrivit chitanței nr.173/07.01.2014 (fila 6), și cu timbrul judiciar în valoare de 0,15 lei. S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință, care învederează că prin compartimentul arhivă, la data de 7 februarie 2014, reclamantul a depus la dosar concluzii scrise. Dezbaterile asupra fondului au avut loc în ședința publică din 5 februarie 2014, fiind consemnate în încheierea de ședință de la acea dată, încheiere ce face parte integrantă din prezenta sentință.

CURTEA

Prin cererea înregistrată la Tribunalul Argeș la data de 12.10.2012, reclamantul Municipiul Pitești a chemat în judecată pe pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Regional solicitând anularea Notei nr.68027/13.09.2012 de propunere spre respingere a pretențiilor beneficiarului. În motivarea cererii reclamantul a arătat că prin Nota nr. 55438/26.07.2012 privind aplicarea reducerilor procentuale pentru contractul de finanțare SMIS 24175, urmare a verificării Notei de rambursare nr.5 au fost identificate abateri de la aplicarea legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice aferentă contractului de servicii nr.27732/29.06.2011, contractor fiind S.C PASNIK DREAM CONSULTING S.RL.

Astfel, s-a reținut că, în fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă, a solicitat în cadrul criteriilor de calificare și selecție dovedirea experienței similare a expertului principal propus (inginerul) prin minim un proiect de investiții finanțat din fonduri europene/nerambursabile la care a participat ca supervising engineer. S-a apreciat că respectiva solicitare a fost de natură să restricționeze participarea la procedura de atribuire prin introducerea unor cerințe minime de calificare disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică. Ca atare, a fost aplicată o reducere procentuală de 5%, cuantificată la suma de 1.691,39 lei și 405,93 lei TVA. Reclamanta a arătat că măsura dispusă de pârât este nelegală, iar criteriul respectiv nu poate fi considerat restrictiv. Astfel contractul pentru care autoritatea contractantă a inițiat procedura de achiziție publică era unul de finanțare prin Programul Operațional Regional 2007-2013, ceea ce făcea oportună și necesară experiența supervizării a cel puțin unui proiect derulat prin fonduri europene nerambursabile. De asemenea, complexitatea contractului este evidentă prin raportare atât la valoarea acestuia, cât și la natura și volumul lucrărilor ce trebuie elaborate. Prin criteriul respectiv au fost avute în vedere prevederile art.7 din H.G. nr.925/2006 și s-a urmărit demonstrarea potențialului de îndeplinire în concret a contractului și de rezolvare a eventualelor dificultăți legate de îndeplinirea acestuia. Pe de altă parte, cerința considerată de pârât drept restrictivă nu are caracteristicile prevăzute de art.9 din HG. nr.925/2006.

Prin sentința nr.1531/01.03.2013 Tribunalul Argeș - Secția civilă complet specializat de contencios administrativ și fiscal a dispus declinarea competenței materiale de soluționare a cauzei în favoarea Curții de Apel Pitești, reținând incidența dispozițiilor art.10 alin.1¹ din Legea nr.554/2004 și faptul că pârâtul este o autoritate publică centrală. La Curtea de Apel Pitești cauza a fost înregistrată la data de 12.12.2013. Pârâtul a depus întâmpinare (fila 24) solicitând respingerea cererii ca nefondată, întrucât reclamantul prin Primăria Municipiului Pitești, ca autoritate contractantă, a impus un criteriu restrictiv. Astfel, demonstrarea experienței similare în susținerea exercitării capacității de implementare a proiectului pentru personalul specializat nu trebuie să fie determinată de natura sursei de finanțare, ci de abilitățile persoanelor implicate, de competențele probate ale acestora și de experiența individuală a fiecăruia. Criteriile de proiectare nu diferă în funcție de sursa de finanțare, principiile rămânând aceleași.

S-a mai arătat că existența unui proiect de investiții este doar un element dintr-o listă mai vastă și complexă, de condiții ce trebuie îndeplinite cumulativ pentru ca un proiect să fie aprobat spre finanțare, potrivit Ghidului Solicitantului aferent Domeniului de Intervenție 1 - Axa prioritară 1. Ca atare, un prestator de servicii, cum este cazul inginerului din speță, nu poate fi condiționat în participarea la o procedură la licitație de faptele și acțiunile unui terț, de capacitatea terțului respectiv de a îndeplini toate condițiile de întocmire corespunzătoare a unei cereri de finanțare eligibilă în vederea primirii unei finanțări nerambursabile din fonduri structurale. Cum în speță este în discuție un contract de servicii proiectare de dirigenție de șantier, între sursa de finanțare și modul de întocmire a proiectului nu există o legătură care să îi permită reclamantului să impună cerința sus menționată. Pârâtul a depus la dosar actele care au stat la baza notei contestate. De asemenea, reclamantul a depus la dosar fișa de date a achiziției (fila 57) și Nota contestată (fila 9).

Curtea a reținut cauza spre competență soluționare având în vedere că, chiar dacă la momentul sesizării tribunalului nu erau în vigoare dispozițiile art.10 alin.1¹ din Legea nr.554/2004, iar intrarea lor ulterioară în vigoare nu putea schimba competența în cauzele aflate deja pe rolul instanțelor, în speță parte pârâtă este o autoritate centrală, calitate ce atrăgea competența de primă instanță a curții de apel, indiferent că actele cenzurate vizau acordarea unor fonduri europene.

Analizând actele și lucrările dosarului, Curtea constată următoarele:

STAREA DE FAPT:

Prin Nota privind aplicarea reducerilor procentuale pentru contractul de finanțare SMIS 24175, beneficiar UAT Municipiul Pitești, emisă de MDRT - Direcția Generală Autoritatea de Management POR sub nr.55438/26.07.2012, s-a dispus aplicarea unei reduceri procentuale de 5% în valoare de 1.691,39 lei și 405,93 lei TVA, în temeiul art.6 și 9 din OUG nr.66/2011, pentru încălcarea dispozițiilor art.8 lit.b din H.G. nr.925/2006 și art.178 alin.2 din O.U.G. nr.34/2006 (fila 21).

În fapt s-a reținut că, din verificarea modului de atribuire a contractului de dirigenție de șantier nr.27732/29.06.2011, încheiat între UAT Municipiul Pitești și S.C PASNIK DREAM CONSULTING S.RL., având ca obiect prestarea de servicii de dirigenție de șantier pentru obiectivul „Creare Parc Lunca Argeșului”, în documentația de atribuire, respectiv fișa de date a achiziției pusă la dispoziție de Primăria mun. Pitești, autoritatea contractantă a solicitat în cadrul criteriilor de calificare și selecție dovedirea experienței similare a expertului principal (inginerul) propus prin minim un proiect de investiții finanțat din fonduri europene/nerambursabile ca supervising engineer. În acest fel, s-a restricționat participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare ce sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit. S-a menționat că reducerea de 5%, dispusă cu ocazia solicitării la plată a sumelor aferente cererii de rambursare nr.5, a fost aplicată conform Anexei punctul 2.3 din O.U.G. nr.66/2011. Reclamantul a contestat nota sus expusă, iar prin Nota de propunere spre respingere a pretențiilor beneficiarului nr.68027/13.09.2012 (fila 9) s-au menținut concluziile și măsurile actului contestat.

NORMELE LEGALE APLICABILE:

Art. 176 lit. d) din OUG nr. 34/2006 „Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare numai la: (...) d) capacitatea tehnică și/sau profesională”.

Art. 178 alin. 2 „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la (...) capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire”.

Art. 179 alin. 1 și 2 „1) Criteriile de calificare și selecție stabilite de către autoritatea contractantă trebuie să aibă o legătură evidentă cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit. (2) Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul cerințelor minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească”.

Art. 7 din HG nr. 925/2006 „Criteriile de calificare și selecție, astfel cum sunt prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare”.

Art. 8 „1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care: (...) b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit. (2) Atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la (...) capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178alin. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției”.

Art. 6 alin. 1 și 3 din OUG nr. 66/2011 „(1) Autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația de a exclude integral sau parțial de la rambursarea/plata cheltuielilor efectuate și declarate de beneficiari acele cheltuieli care nu respectă condițiile de legalitate, regularitate ori conformitate stabilite prin prevederile legislației naționale și comunitare în vigoare, în situația în care - în procesul de verificare a solicitărilor de plată - acestea determină existența unor astfel de cheltuieli. (...) (3) În aplicarea prevederilor alin. (1), autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația aplicării de reduceri procentuale din sumele solicitate la plată de către beneficiari, în situația în care constată abateri de la aplicarea prevederilor privind procedurile de achiziție, fie în raport cu reglementările naționale în vigoare în domeniul achizițiilor publice, fie cu procedurile specifice de achiziții aplicabile beneficiarilor privați, în conformitate cu prevederile anexei care face parte integrantă din prezenta ordonanță de urgență, (...)”

Conform Anexei punctul 2.3 din OUG nr.66/2011, aplicarea unor criterii de calificare și selecție sau a unor factori de evaluare care împiedică anumiți ofertanți potențiali să participe la procedura de atribuire din cauza restricțiilor stabilite în documentația de atribuire impune aplicarea unei corecții/ reduceri de 10% din valoarea contractului în cauză, care poate fi diminuată la 5%, în funcție de gravitate.

JUDECATA:

În discuție în cauză este caracterul restrictiv al cerinței impuse de reclamant prin Fișa de date a achiziției referitoare la experiența similară a expertului principal (inginerul) propus (fila 62), anume experiența ca supervising engineer în minim un proiect de investiții finanțat din fonduri europene/internaționale. Așa cum rezultă din normele legale sus citate, impunerea unor criterii ca cel din speță relativ la capacitatea tehnică și/sau profesională are ca scop demonstrarea potențialului concret al fiecărui operator economic participant la procedură de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, însă nu poate conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire, trebuie, să respecte principiul proporționalității și trebuie să fie motivată de autoritatea contractantă printr-o notă justificativă.

Reclamantul nu a depus la dosar nota justificativă care motivează impunerea cerinței ca expertul principal supervising engineer să aibă experiență similară în minim un proiect de investiții finanțat din fonduri europene/internaționale, pentru a face cunoscute motivele care l-au determinat să o solicite. Cu toate acestea, atât în demersurile în fața pârâtului, cât și în apărările în fața instanței a invocat caracteristicile specifice ale unui proiect realizat cu fonduri europene. Curtea constată că afirmațiile reclamantului sunt nesusținute și că acesta nu a putut demonstra că impunerea cerinței sus menționate era necesară pentru a realiza proiectului său pentru care a demarat procedura de achiziție publică. Astfel, nu există nici un motiv concret care să justifice diferența dintre realizarea unui proiect finanțat din alte fonduri decât cele europene/internaționale față de unul finanțat din astfel de fonduri. Așa cum corect a reținut pârâtul, ceea ce este esențial pentru personalul tehnic solicitat este să aibă experiență concretă în realizarea obiectivului, fiind fără relevanță pentru acesta sursa finanțării respectivului obiectiv.

Reclamantul nu a dovedit că activitatea și abilitățile unui supervising engineer care a realizat un obiectiv finanțat din surse europene/internaționale sunt diferite de cele ale altui supervising engineer care a realizat un obiectiv susținut din surse financiare naționale (eventual și private) și de ce este particular din punct de vedere tehnic primul proiect față de cel de-al doilea.

În aceste condiții, cerința sa este fără legătură cu investiția ce făcea obiectul procedurii de achiziție publică derulată și de natură să restricționeze fără justificare corectă participarea altor operatori economici ce îndeplineau toate condițiile impuse prin documentația de atribuire, mai puțin pe cea referitoare la experiența inginerului în realizarea unui proiect finanțat din fonduri europene/internaționale. Ca atare, în mod legal a aplicat pârâtul reducerea procentuală de 5% din valoarea contractului.

Pentru cele expuse, văzând dispozițiile art. 1 și 8 din Legea nr. 5454/2004 și faptul că nu se confirmă vătămarea drepturilor și intereselor legitime ale reclamantului prin Nota emisă de pârât, Curtea va respinge cererea reclamantului ca neîntemeiată.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII DECIDE

Respinge ca neîntemeiată cererea formulată de reclamantul MUNICIPIUL PITEȘTI, cu sediul în Pitești, județul Argeș, în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULU-DIRECȚIA GENERALĂ AUTORITATEA DE MANAGEMENT PENTRU PROGRAMUL OPERAȚIONAL REGIONAL, cu sediul în București.

Cu recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică astăzi, 12 februarie 2014, la Curtea de Apel Pitești - Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

Dosar nr. 390/32/2012

CURTEA DE APEL BACĂU
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINTA CIVILĂ Nr. 200/2012
Ședința publică de la 16 Octombrie 2012

Astăzi a venit pe rol judecarea acțiunii în contencios administrativ și fiscal formulată de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială a județului Bacău în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului București, având ca obiect anulare act administrativ. La apelul nominal făcut în ședință publică s-a constatat lipsa părților, dosarul fiind lăsat la a doua strigare, când de asemenea, părțile au lipsit. Procedura este completă. S-a făcut referatul oral asupra cauzei, după care:

Instanța constată că prin întâmpinarea formulată în cauză de pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului București s-a solicitat judecata în lipsă și de asemenea, s-a solicitat introducerea în cauză a Curții de Conturi a României prin intermediul Autorității de Audit. Instanța constată că reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială a județului Bacău a depus la dosar concluzii scrise cu privire la capătul de cerere privind introducerea în cauză a Autorității de Audit, arătând că a fost corect stabilit cadrul procesual prin cererea de chemare în judecată. Instanța, având în vedere că prin întâmpinare, deși solicită introducerea în cauză a Autorității de Audit pârâțul nu precizează ce calitate urmează să aibă Autoritatea de Audit având în vedere că reclamanta nu a contestat actul acestei instituții.

Având în vedere și faptul că reclamantul stabilește cadrul procesual, reținând că nu sunt îndeplinite dispozițiile art. 16¹ din Legea nr. 554/2004, instanța respinge cererea de introducere în cauză a Autorității de Audit din cadrul Curții de Conturi a României. S-au verificat actele și lucrările dosarului, s-a constatat că s-a solicitat judecata în lipsă, cauza rămânând în pronunțare. În pronunțare instanța va avea în vedere și dispozițiile art. 152 Cod procedură civilă privind apărările părților.

CURTEA, deliberând asupra cauzei civile de față:

Examinând actele și lucrările dosarului instanța constată următoarele:

Prin cererea de chemare în judecată înregistrată sub nr. 390/32/2012 reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială (UAT) Județul Bacău, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului (M.D.R.T.) a solicitat anularea notei de constatare a neregulilor financiare și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 136688/22.02.2011 (Nota de Constatare) și a deciziei 35/4.04.2012. În motivarea cererii reclamanta arată că în anul 2010 a organizat procedura de atribuire a contractului „Reabilitare drum județean DJ 252 Huruiеști-Găiceana-Parincea- Bibirești-Buhoci, Km 75+300 - 130+100 procedura finalizându-se cu încheierea contractului 12304/12.11.2010, modul de realizare a procedurii de atribuire fiind verificat de Direcția de Control și de Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul M.D.R.T.

Susține nulitatea actului de control deoarece echipa de control a verificat modul de atribuire a contractului din 2010 în baza unui act normativ în vigoare de la 30.07.2011 a cărui norme de aplicare au fost emise la 15.09.2011 și astfel, criteriile prevăzute de O.U.G. 66/2,011 nu puteau fi avute în vedere în 2010. Susține reclamanta că principiul neretroactivității legii este prevăzut de art. 15 din Constituție, art.6 din Codul civil și art.47 din Carta drepturilor fundamentale, încălcarea acestuia aducând atingere securității juridice. Că în cauză nu ar fi incidente cazurile în care este permisă retroactivitatea legii, că verificarea trebuia efectuată conform Legii nr. 79/2003 și nu conform O.U.G. nr.66/2011. Pe fondul cauzei arată că la 14.11.2009 reclamanta a publicat anunțul

de intenție conform Directivei CE 18/2004 iar la 21.09.2010 a trimis pentru publicare în J.O.U.E. anunțul de participare, primirea ofertelor făcându-se la 27.10.2010, între data publicării și data depunerii ofertelor trecând 36 zile, organul de control reținând nelegal că s-ar fi încălcat principiul transparenței și a principiului egalității de tratament deoarece a interpretat eronat prevederile art.38 al. 2 și 4 din Directiva CE 18/2004.

Că informațiile cuprinse în informarea prealabilă trebuie să fie cele necesare pentru anunțul de participare dacă acestea sunt disponibile, în cazul în care acestea nu sunt disponibile, termenul poate fi redus la 36 zile, iar informarea prealabilă trebuie să cuprindă doar informațiile de care dispune autoritatea în momentul publicării informării. Că această interpretare s-ar desprinde din chiar interpretarea textului legal, aceasta cuprinzând sintagma „în cazul în care respectivele informații sunt disponibile în momentul publicării anunțului” și nu ar putea fi interpretată în sensul că nu s-ar putea reduce termenul dacă nu sunt cunoscute toate informațiile. Arată reclamantul că în același sens sunt și dispozițiile art.75 alin.3 din O.U.G. nr.34/2006, dar și de structura anunțului de informare din anexa VII A din Directiva CE 18/2004 și structura standard prevăzută în regulamentul CE 1564/2005 pentru anunțul de intenție. Reclamantul critică și reținerea în actul contestat a faptului că termenul de primire a ofertelor nu poate fi redus cu 5 zile dacă autoritatea contractantă nu a publicat pe SEAP întreaga documentație de atribuire și nu a permis accesul direct și nerestricționat al operatorilor economici la documentație, iar anunțul din SEAP nu indică adresa de internet la care documentația este disponibilă, aceasta neavând legătură cu situația de fapt.

Arată că posibilitatea reducerii cu 5 zile a termenului de primire a ofertelor este prevăzut de art.3 8 alin. 6 dar că nu ar fi uzat de această prevedere, că accesul se realizează conform art.40 alin.2 din O.U.G. 34/2006. Susține reclamantul că participarea unui singur ofertant nu dovedește ca alții nu ar fi putut participa la procedură ca urmare a reducerii termenului la 36 zile, documentația de atribuire fiind solicitată de 9 operatori economici. Arată reclamantul că pct.7 din Nota de constatare privind încălcarea principiului egalității de tratament nu este motivată și nu sunt menționate faptele care au dus la încălcarea acestui principiu. În drept cererea a fost întemeiată pe dispozițiile art. 51 din O.U.G. 66/2011, Legea nr.554/2004. Prin întâmpinare pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului (M.D.R.T.) arată că reclamantul nu a respectat principiile transparenței, egalității de tratament în evaluarea și selecția ofertanților prin introducerea unor cerințe nelegale în documentația de atribuire.

Referitor la încălcarea principiului transparenței reclamantul a redus nejustificat perioada de timp pentru primirea ofertelor la 36 de zile, că termenul de primire a ofertelor nu poate fi redus cu 5 zile deoarece nu a publicat în SEAP întreaga documentație de atribuire iar termenul de 52 zile a fost redus la 36 zile cu încălcarea dispozițiilor art.38 din Directiva 2004/18 CE, nefiind trecute în informarea prealabilă toate informațiile din anunțul de participare. Arată pârâțul că în cazul în care informațiile nu sunt disponibile în momentul publicării anunțului de informare reducerea termenului nu este permisă. Susține că în raport de valoarea estimată a contractului au fost aplicate corecțiile conform O.U.G. 66/2011, iar în raport de gravitatea încălcării a aplicat corecția maximă de 10%. Cu privire la efectele scurtării termenului, arată pârâțul că acestea au dus la participarea unui ofertant.

Referitor la încălcarea principiului retroactivității invocată de reclamant pârâțul arată că potrivit art.66 din O.U.G. 66/2011 activitățile de constatare care sunt în desfășurare se continuă conform Legii nr.79/2002 și cum controlul nu a fost început anterior intrării în vigoare a O.U.G. 66/2011 se desfășoară conform acestui din urmă act normativ. Susține că abaterile sunt sancționate conform legii în vigoare la data contractului, că aceasta rezultă din activitatea de control care are caracter ulterior.

Arată că prin aplicarea O.G. 79/2003 s-ar declarat neeligibile 100 % din proiecte iar prin aplicarea O.U.G 66/2011 sunt aplicate corecții inferioare celor din vechea lege și în cauză sunt incidente dispozițiile privind retroactivitatea legii mai favorabile legea fiscală care conține norme imperative se înscrie în situațiile juridice obiective. Invocă pârâțul practica judiciară a două instanțe, care nu au găsit că O.U.G. 66/2011 ar contraveni principiului neretroactivității. Referitor la constatările legate de procedura de atribuire arată că nota de constatare a fost emisă în baza recomandărilor formulate de către AA în raportul de audit operațional pentru POR nr. 51648/AP/22.12.2011 comunicat pârâțului, înlăturarea neregulilor consemnate în raportul de audit fiind obligatorie. Arată că în speță trebuie puse în discuție cele două acte, respectiv Raportul de audit pentru POR 51648/2011 și Nota de constatare contestată și emisă urmare a Raportului de audit. A solicitat introducerea în cauză a Curții de Conturi a României care a emis raportul de audit, cerere respinsă prin încheierea din 16.10.2012.

Instanța, examinând actele și lucrările dosarului, reține următoarele:

În fapt, în data de 13.11.2009, reclamanta în calitate de autoritate contractantă a publicat anunțul de intenție privind contractul de execuție lucrări Reabilitare DJ 252 Huruiești- Găiceana-Parincea-Bibirești-Buhoci, Km 75+300 - 130+100 (în continuare Contractul de lucrări) în care sunt prezentate succint natura și domeniul lucrărilor și menționea că acesta se înscrie într-un program finanțat din fonduri comunitare (fila 50), acesta fiind publicat în J.O.U.E. la 14.11.2009. În data de 16.06.2010 autoritatea contractantă încheie contractul de finanțare 760 și Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin Agenția pentru Dezvoltare Regională Nord - Est prin care se acordă finanțarea pentru Contractul de lucrări (proiect 1012) pentru o valoare eligibilă de 93.633.312,58 lei din care finanțare nerambursabilă de 78.738.356,46 lei.

Prin art. 16 din Contractul de finanțare beneficiarul se obligă să permită pe durata contractului instituțiilor autorizate sau abilitate să verifice și să realizeze controale și auditări privind modul de implementare a proiectului și să pună la dispoziția acestorași autorității informațiile privind modul de utilizare a finanțării nerambursabile, inclusiv documente contabile, pe o perioadă de 5 ani de la data închiderii oficiale a Programului Operațional Regional 2007 -2013. În contractul de finanțare părțile nu au convenit cu privire la corecțiile financiare prevăzute de Ghidul „COCOF 07/0037/03” deși acesta era în vigoare încă din 2007 (în versiunea finală). În data de 21.09.2010 autoritatea contractantă publică anunțul de participare 108083/22.09.2010, acesta cuprinde informațiile privind domeniul, contractul de lucrări și condițiile de participare stabilind termen limită de primire a ofertelor la 27.10.2010 ora 9 (IV.3.4 fila 58), termenul pentru primirea ofertelor fiind de 36 zile în J.O.U.E., anunțul fiind publicat la 23.09.2010 (fila 201). În data de 18.11.2010 autoritatea contractantă atribuie contractul de lucrări singurului ofertant, respectiv S.C. Tehnostrade S.R.L., anunțul de atribuire fiind comunicat la 22.12.2010 (fila 202).

În perioada 6.09.2011 - 12.11.2011 Autoritatea de Audit din cadrul Curții de Conturi a României (Autoritate Audit) a efectuat auditarea Autorității de Management pentru Programul Operațional Regional (A.M.P.O.R.) din cadrul M.D.R.T. și cu privire la proiectul 1012 a constatat că beneficiarul nu a respectat principiul transparenței, prin încălcarea obligațiilor de publicitate și principiul egalității de tratament în evaluarea și selecția ofertanților prin reducerea nejustificată a perioadei de timp pentru primirea ofertelor, că impactul pe care l-a avut a constat în aceea că la procedura de achiziție a participat un singur ofertant și a apreciat că gravitatea acesteia este ridicată ceea ce impune o corecție de 10 % din valoarea de 70.773.484,63 lei. De asemenea, Autoritatea de Audit a recomandat A.M.P.O.R. să excludă de la finanțare suma de 7.077.384,46 lei conform art.23 din H.G. 875/31.08.2011 de aplicare a O.U.G. 66/2011.

Urmare a raportului de audit M.D.R.T. prin Direcția de Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare încheie Nota de constatare contestată și reținând recomandarea Autorității de Audit, a aplicat reclamantei corecțiile financiare prevăzute de O.U.G.66/2011, pentru încălcarea

reglementărilor privind achiziția publică din 27.10.2010 și a stabilit o corecție financiară de 10 % calculată la valoarea contractului din care 6.121.906,42 lei contribuția fondului U.E., 813.895, 07 contribuție națională și TVA 1.698.563,63 lei, reținând, după deducerea din sumele care nu au fost rambursate, o creanță bugetară în sarcina reclamantei de 2.219.223,52 lei din care 1.573.465,86 lei la bugetul U.E., 209.189,10 lei la bugetul național și 436.568,56 lei TVA aferent corecției financiare.

În drept, procedura privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii este reglementată prin O.U.G. 34/2006 care, potrivit dispoziției finale din ordonanță, transpune Directiva 2004/18/CE. Potrivit art. 47 din O.U.G. nr. 34/2006 în forma în vigoare la data inițierii procedurii de către autoritatea contractantă, aceasta are obligația de a asigura transparența atribuirii contractelor de achiziție publică și a încheierii acordurilor-cadru prin publicarea anunțurilor de intenție, anunțurilor/invitațiilor de participare și anunțurilor de atribuire.

De asemenea, potrivit art. 71 din O.U.G. nr. 34/2006, fără a afecta aplicabilitatea prevederilor ordonanței de urgență referitoare la perioadele minime care trebuie asigurate între, pe de o parte, data transmiterii spre publicare a anunțurilor de participare sau data transmiterii invitațiilor de participare și, pe de altă parte, data limită pentru depunerea ofertelor/candidaturilor, autoritatea contractantă are obligația de a stabili perioada respectivă în funcție de complexitatea contractului și/sau de cerințele specifice, astfel încât operatorii economici interesați să beneficieze de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor și pentru pregătirea documentelor de calificare care sunt solicitate prin documentația de atribuire. Fără a afecta aceste dispoziții legale, perioada cuprinsă între data transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și data limită de depunere a ofertelor trebuie să fie de cel puțin 52 de zile, așa cum dispune art. 75 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006, acest termen putând fi redus până la 36 de zile dacă a fost publicat un anunț de intenție referitor la contractul de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, iar acesta conține toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare - în măsura în care acestea sunt cunoscute la data publicării anunțului de intenție - și a fost transmis spre publicare cu cel mult 12 luni și cu cel puțin 52 de zile înainte de data transmiterii spre publicare a anunțului de participare (alin. 2,3 din art. 75).

Față de dispozițiile legale menționate, scurtarea termenului de depunere a ofertelor la 36 de zile se poate dispune când sunt îndeplinite cumulativ condițiile:

- anunț de intenție referitor la contractul de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, conține toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare;
- anunțului de intenție a fost transmis spre publicare cu cel mult 12 luni și cu cel puțin 52 de zile înainte de data transmiterii spre publicare a anunțului de participare.

Sușinerile reclamantei referitoare la împrejurarea că la data publicării anunțului de intenție nu cunoștea toate informațiile care sunt prevăzute în anunțul de participare, însă și în aceste condiții, se poate reduce perioada de depunere a ofertelor nu poate fi reținută. Astfel, potrivit dispozițiilor art. 47 din O.U.G. nr. 34/2006 anunțurile sunt consacrate de lege pentru ca potențialii ofertanți să aibă posibilitatea de a analiza complexitatea contractului și a cerințelor specifice, astfel încât operatorii economici interesați să beneficieze de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor și pentru pregătirea documentelor de calificare care sunt solicitate prin documentația de atribuire. În situația în care la data publicării anunțului de intenție autoritatea contractantă nu ar cunoaște elementele din anunțul de participare, așa cum a susținut și pârâta, nu poate reduce termenul de depunere a ofertelor.

Concluzionând instanța reține că autoritatea contractantă, reclamanta din prezenta cauză, a încălcat dispozițiile art. 47 din O.U.G. nr. 34/2006, respectiv obligația de a asigura transparența atribuirii contractelor de achiziții. La data inițierii procedurii de atribuire a contractului de lucrări,

controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător era reglementată prin O.G. 79/2003 cu modificările aduse prin Ordonanța Guvernului nr. 12/2007, Legea nr. 205/2007, Ordonanța Guvernului nr. 20/2008 și H.G. nr. 1510/2003 de aprobare a normelor metodologice de aplicare a O.G. 79/2003. Prin acest act normativ sunt definite, prin art.2 , atât neregulile în utilizarea fondurilor europene cât și creanțele bugetare rezultate din nereguli. De asemenea, actul normativ cuprinde și dispoziții de procedură.

Potrivit art. 2 lit. a, prin nereguli se înțelege orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile legale naționale și/sau comunitare, precum și cu prevederile contractelor ori ale altor angajamente legale încheiate în baza acestor dispoziții, care prejudiciază bugetul general al Comunității Europene și/sau bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, precum și bugetele din care provine cofinanțarea aferentă printr-o cheltuială necuvenită, iar potrivit lit. d, creanțele bugetare rezultate din nereguli reprezintă sume de recuperat la bugetul general al Comunității Europene și/sau la bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, precum și/sau la bugetele de cofinanțare aferente, ca urmare a utilizării necorespunzătoare a fondurilor comunitare și a sumelor de cofinanțare aferente și/sau ca urmare a obținerii necuvenite de sume în cadrul măsurilor care fac parte din sistemul de finanțare integrală ori parțială a acestor fonduri.

Instanța reține că dispozițiile menționate sunt dispoziții de drept material prin care este stabilită fapta care angajează răspunderea autorității contractante (nereguli), dar și condițiile de angajare a răspunderii, respectiv existența unui prejudiciu în bugetul general al Comunității, și legătura de cauzalitate între faptă și prejudiciu, neregularitatea trebuie să fi produs un prejudiciu. Așadar, din modul de reglementare rezultă că, potrivit O.G. nr.79/2003, în cazul utilizării fondurilor comunitare, răspunderea pentru neregularități este o specie a răspunderii civile delictuale, cu condiții specifice de angajare a acesteia, ceea ce definește normele de drept substanțial.

În data de 20 iunie 2011 a intrat în vigoare O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente, act normativ care abrogă expres O.G. 79/2003. Deși aparent acest din urmă act normativ conține dispoziții similare, între cele două acte normative există diferențe majore.

Astfel, prin art. 2 lit. a neregula reprezintă orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau *care poate prejudicia bugetul* Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit. Așadar, acest nou act normativ nu reglementează recuperarea prejudiciului produs prin neregularitate ci, așa cum rezultă și din denumirea actului normativ, sancționează orice neregularitate care, fie a produs un prejudiciu fie este doar apt să producă un prejudiciu. De asemenea, din economia dispozițiilor O.U.G. nr. 66/2011 rezultă că legiuitorul a renunțat la a recupera prejudiciul efectiv cauzat prin neregularitate, consacrand, pentru tipuri de neregularități, corecții financiare abstracte, procentuale.

În consecință, O.U.G. nr. 66/2011 are un regim sancționator și, la fel ca O.G. 79/2003 are în conținutul său atât dispoziții de drept material cât și de procedură. Stabilirea faptelor care constituie neregularitate atât prin art. 2 lit. a din O.U.G. nr. 66/2011 cât și prin anexele actului normativ, a sancțiunilor financiare aplicabile într-o astfel de situație reprezintă norme de drept material. Potrivit art. 15 (2) din Constituția României, legea dispune pentru viitor, cu excepția legii penale mai favorabile. Având în vedere principiul constituțional, instanța reține că faptelor juridice

le sunt aplicabile dispozițiile legale în vigoare la data săvârșirii lor. În consecință, reținând că normele de procedură sunt de imediată aplicare, dispozițiile legale din O.U.G. nr. 66/2011 care conțin norme de drept material nu sunt aplicabile neregularităților (faptelor juridice) săvârșite înaintea intrării lor în vigoare.

În acest context, deși instanța a reținut încălcarea de către reclamantă a obligațiilor sale de a asigura transparența atribuirii contractelor de achiziții, încălcare ce are aptitudinea de a cauza un prejudiciu bugetul Uniunii Europene, pârâta nu a stabilit, în condițiile O.G 79/2003(M) care este prejudiciul concret al adus bugetului Uniunii Europene prin fapta sa de către autoritatea contractantă, corecțiile financiare aplicate fiind incidente doar procedurilor de atribuire desfășurate după intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011. Deși pârâtul, prin autoritatea din subordine, trebuia să stabilească prejudiciu cauzat prin abaterea de la legalitate a autorității contractante conform art. 3 din O.G. 79/2003, aceasta aplică doar sancțiunea prevăzută în O.U.G. nr.66/2011 reprezentând corecția financiară. În lipsa stabilirii de către pârât a prejudiciului în conformitate cu dispozițiile O.G. 79/2003 (M), instanța constată că Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare din 22.02.2012 și Decizia 55/04.04.2012 sunt nelegale.

Este adevărat că Autoritatea de Audit din cadrul Curții de Conturi a României, reținând neregularitatea procedurii a indicat A.M.P.O.R. aplicarea corecțiilor financiare. Potrivit art. 13 alin. 2 din Legea 94/1992 Autoritatea de Audit este singura autoritate națională competentă să efectueze audit public extern, în conformitate cu legislația comunitară și națională, asupra fondurilor comunitare, atribuțiile acesteia fiind stabilite prin art. 14 din același act normativ, între acestea nu se regăsește abilitarea legală a acesteia de a stabili paguba creată prin neregularitățile constatate. Potrivit art. 33 alin. 1 din Legea 94/1992 Activitatea de valorificare a rapoartelor de audit se face potrivit regulamentului aprobat conform prevederilor art. 11 alin. (2) din lege, iar potrivit pct. 510 din Hotărârea 130 din 4 noiembrie 2010 pentru aprobarea Regulamentului privind organizarea și desfășurarea activităților specifice Curții de Conturi, precum și valorificarea actelor rezultate din aceste activități, în vederea valorificării constatărilor, Autoritatea de Audit transmite entităților auditate și, după caz, altor organisme interesate câte un exemplar al raportului de audit, iar potrivit pct. 511 atunci când în rapoartele de audit sunt consemnate nereguli, Autoritatea de Audit solicită autorităților competente să ia măsuri de înlăturare a acestora, iar acestea din urmă sunt obligate să le ducă la îndeplinire.

Astfel, în raportul de audit în temeiul căruia s-au întocmit actele contestate, Autoritatea de Audit recomandă **autorității auditate** să stabilească corecțiile convenite pentru neregulile constatate la autoritatea contractantă, acesteia din urmă revenindu-i obligația de a stabili prejudiciul cauzat bugetului Uniunii de către autoritatea contractantă, stabilire care se face cu respectarea dispozițiilor legale incidente și previzibile la data faptei prejudiciabile.

Deși prin pct. 512 din Hotărârea 130/2010 se dă abilitarea Autorității de Audit să stabilească corecții financiare, acestea pot fi stabilite doar în sarcina autorității auditate, în cauză auditată a fost A.M.P.O.R. și nu autoritatea contractantă, actul întocmit de Autorității de Audit neproducând efecte directe asupra autorității contractante ci numai ca urmare a valorificării de către AMPOR a raportului de audit conform Secțiunea a IV a din Hotărârea 130/2010.

În consecință, față de cele ce preced, instanța urmează să admită acțiunea și să anuleze actele administrative contestate.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Admite acțiunea în contencios administrativ și fiscal formulată de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială a județului Bacău cu sediul ales la Cabinet de Avocat T V P din Bacău,

județul Bacău în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului București cu sediul în București, sector 5. Anulează decizia nr. 35/04.04.2012 și Nota de constatare CA - 13688 din 22.02.2012.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din 16 octombrie 2012.

Dosar nr. 391/32/2012

CURTEA DE APEL BACĂU
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL -
SENTINȚA NR. 195/2012
Ședința publică de la 12 Octombrie 2012

Astăzi a venit spre pronunțare acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Bacău, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, având ca obiect anulare act administrativ. Dezbaterile asupra fondului cauzei au avut loc în ședința publică din 05 octombrie 2012, prezența și susținerile părților fiind consemnate în încheierea din acea dată, ce face parte integrantă din prezenta și în care s-a dispus amânarea pronunțării pentru data de 12 octombrie 2012, respectiv pentru astăzi, când:

CURTEA, deliberând asupra acțiunii în contencios administrativ de față, constată următoarele:

Cererea de investire a instanței

Prin cererea de chemare în judecată înregistrată sub nr. 391//32/2012 la data de 16.05.2012 pe rolul Curții de Apel Bacău, reclamantul Unitatea Administrativ Teritorială Județul Bacău a solicitat în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului București anularea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 21570 din 21.03.2012 și a deciziei nr. 47/18.04.2012. Motivele acțiunii.

Autoritatea contractantă Unitatea Administrativ Teritorială a județului Bacău a organizat în anul 2009 procedura de atribuire a contractului „Reparații capitale (Reabilitare și modernizare) pe DJ 116, Târgu Ocna - Oituz, km 15 + 800 - 26 + 700, județul Bacău, contractul de lucrări fiind încheiat cu Asocieria S.C. PORR TECHNOBAU UND UN WELT AG și SC ROMBET SA. Modul de derulare a procedurii de atribuire a făcut obiectul verificării de către Direcția de Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, dispuse în baza O.U.G. nr. 66/2011. Obiectivul controlului l-a constituit exclusiv verificarea și analizarea modului în care s-a încheiat Contractul de lucrări nr. 12304 din 18.11.2010, ca prin urmare a desfășurării unei proceduri de achiziție lansată pe SEAP la data de 21.09.2010, iar temeiul de drept pentru aplicarea corecției financiare îl constituie prevederile O.U.G nr. 66/2011, în vigoare la data de 30.07.2011, iar Normele de aplicare au intrat în vigoare la data de 15.09.2011.

1. Actele atacate încalcă principiul neretroactivității legii civile, având în vedere faptul că la data elaborării documentației de atribuire, actele normative în baza cărora s-a stabilit corecția nu puteau fi avute în vedere de către autoritatea contractantă. Un act administrativ născut anterior apariției O.U.G. nr. 66/2011 nu poate fi atacat în temeiul acestei legi pentru că s-ar înfrânge principiul neretroactivității și al securității raporturilor juridice. Orice act juridic este supus regulii tempus regit actum, la data desfășurării procedurii fiind în vigoare O.G. nr. 79/2003.

2. Nota de constatare vizează două aspecte legate de derularea proiectului:

- procedura de atribuire a actului adițional nr. 2/07.07.2010 la contractul de execuție de lucrări nr. 1610/18.02.2010;
- procedura de atribuire a contractului de audit nr. 12881/30.11.2010.

În nota de constatare s-a precizat că aplicarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în urma căreia s-a încheiat actul adițional nr. 2 la contractul de execuție lucrări nr. 1610/18.02.2010, „nu îndeplinește condițiile prevăzute la art.122 lit. i din OUG. Nr. 34/2006” și că, beneficiarul a invocat în mod nejustificat circumstanțe imprevizibile în aplicarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare. Au fost parcurse toate etapele necesare accesării fondurilor europene, iar la data de 26.04.2009, s-a semnat

contractul de finanțare. Contractul de lucrări a fost semnat în data de 18.02.2010, execuția efectivă a lucrărilor a început după emiterea ordinului de începere în data de 07.04.2010. În perioada de timp de la data elaborării proiectului tehnic - 2006 și până la începerea lucrărilor s-au scurs mai mult de 2 ani, timp în care s-au manifestat fenomene meteorologice (ploi torențiale, fenomene de îngheț - dezgheț) care au afectat corpul drumului. Pentru a permite circulația autovehiculelor pe acest drum (drumul constituie și o variantă de ocolire a orașului Onești în relația DN 11 cu Târgu Ocna - Onești - Comănești) s-au executat o serie de lucrări de întreținere (împietruire - aport de material pietros care au determinat o îmbunătățire a capacității portante a drumului) pentru refacerea elementelor geometrice a drumului (pante transversale pentru evacuarea apelor) și eliminarea cuiburilor și a gropilor din corpul drumului.

Aceste lucrări care au condus la modificarea elementelor drumului (modificarea grosimii fundației, a lățimii părții carosabile și a acostamentelor), nu au putut fi prevăzute inițial de proiectant, acesta elaborând proiectul în baza studiilor topo efectuate la data începerii proiectării, moment la care lucrările de împietruire nu erau executate. Atât Consiliul Județean Bacău, cât și proiectantul, nu puteau să prevadă la data elaborării proiectului tehnic durata de timp atât de mare (peste 2 ani) până la începerea execuției, astfel încât să previzioneze în proiectul tehnic volumul lucrărilor de întreținere care a fost necesar a se executa datorită factorului de trafic greu, fenomen de îngheț - dezgheț, precipitații deosebit de abundente (ploi torențiale) și care au modificat cotele inițiale din proiect. Prin dispoziția de șantier emisă ca urmare a recomandărilor din expertiza tehnică și ulterior a efectelor ploilor torențiale din perioada 27-29 iunie 2010, proiectantul a dispus modificarea soluției tehnice de realizare a infrastructurii și parțial a suprastructurii drumului întocmind și listele de cantități la care se renunță din Soluția tehnică inițială și listele de cantități suplimentare din Soluția tehnică nouă.

Lucrările suplimentare rezultate în urma emiterii Dispoziției de șantier sunt lucrări datorate unor circumstanțe imprevizibile și nu pot fi, din punct de vedere tehnic și economic, separate de contractul inițial fără apariția unor inconveniente majore pentru autoritatea contractantă și sunt strict necesare în vederea îndeplinirii acestuia. Selectarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare s-a făcut corect, respectând prevederile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Referitor la neconcordanța între expertiza tehnică elaborată de S.C. PEMORA S.R.L. și dispoziția de șantier nr. 1, face următoarele precizări:

În expertiza tehnică, expertul recomandă ca soluție tehnică, adaptarea proiectului tehnic pentru situația concretă întâlnită la data începerii lucrărilor. Prin dispoziția de șantier nr. 1/01.07.2010, se renunță la 20 cm strat de balast și 6 cm strat de formă. Ca soluție tehnică modificatoare în urma investigațiilor a rezultat necesitatea așternării unui strat de balast de 10 cm din următoarele cauze:

- depunerea de aluviuni și potmol ca urmare a precipitațiilor abundente din perioada 27-29 iunie 2010;
- prin îndepărtarea acestor aluviuni s-a impus și îndepărtarea stratului de balast existent pe o adâncime medie de 10 cm., balast impurificat cu potmol (aluviuni, mâl, pământ vegetal), ca urmare în locul stratului de balast îndepărtat, s-a dispus prin dispoziția de șantier, așternerea unui strat nou de cca 10 cm balast brut (sort 0-63 mm), pentru refacerea capacității portante a drumului și refacerea elementelor geometrice ale acestuia (lățime, pante transversale și longitudinale, etc.).

Dispoziția de șantier nr. 1/01.07.2010 este însușită de expertul tehnic și de verificatorul de proiecte.

Referitor la atribuirea contractului nr. 12881/30.11.2010 având ca obiect Servicii de audit în cadrul proiectului „Reparații capitale (Reabilitare și modernizare) pe DJ 116, Târgu Ocna - Oituz, Km 15+800 - km 26+700, județul Bacău”, arată următoarele: s-a solicitat îndeplinirea cerinței de experiență similară prin prezentarea de contracte de audit derulate în cadrul instituțiilor publice/autorităților publice locale. Conform termenilor de referință pentru achiziția serviciilor de

audit elaborate de AMPOR, se specifică ce va verifica auditorul din punct de vedere al achizițiilor. Chiar în acești termeni de referință se menționează faptul că, clienții privați folosesc proceduri simplificate, față de autoritățile contractante care utilizează prevederile O.U.G. nr. 34/2006. Prin urmare, experiența auditorului în verificarea achizițiilor publice la proiecte ale instituțiilor publice cu finanțare din fonduri pre și post aderare a fost considerată o solicitare relevantă și adecvată. Referitor la critica potrivit căreia Autoritatea contractantă „nu a asigurat transparența în ceea ce privește punctarea factorului de evaluare „oferta tehnică”, la criteriul de atribuire „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, aceasta este formulată cu interpretarea greșită a principiului transparenței consacrat la art. 2 alin. 2 lit. d din O.U.G. 34/2006.

Autoritatea contractantă și-a respectat obligațiile privind respectarea acestui principiu deoarece factorii de evaluare au fost publicați atât în anunțul de pe SEAP nr. 268927/14.10.2010, cât și în Fișa de date a achiziției anexată la anunț. În aceste condiții toți operatorii economici interesați au avut accesul nerestricționat la întreaga documentație de atribuire și inclusiv la criteriile și factorii de evaluare, motiv pentru care critica nu poate fi reținută. În cadrul factorului de evaluare „oferta tehnică” s-au stabilit subfactori de evaluare, algoritmul de calcul a acestora, metodologia concretă de punctare a avantajelor care rezultă din propunerea tehnică prezentată de ofertanți. În vederea stabilirii acestor subfactori de evaluare s-au avut în vedere Instrucțiunile și termenii de referință pentru achiziționarea serviciilor de audit emise de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului. În drept, au fost invocate dispozițiile art. 51 din O.U.G. nr. 66/2011. La cerere au fost anexate înscrisuri.

Prin întâmpinare, pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului a solicitat respingerea acțiunii ca nefondată, formulând, totodată, cerere pentru introducerea în cauză a Autorității de Audit din cadrul Curții de Conturi a României. În susținerea cererii a învederat pârâțul că a adus la îndeplinire constatările consemnate de Autoritatea de Audit în raportul de audit de operațiuni pentru POR nr. 51648/AP/22.12.2011. Conform dispozițiilor art. 5 lit. c), art. 21 alin. 26 și art. 31 alin. 1, 2 din O.U.G. nr. 66/2011 și art. 511 din Regulamentul Curții de Conturi aprobat prin H.G. nr. 130/2010. Nota de constatare nr. CA - 21570/21.03.2012 are caracter subsecvent.

Raportul de audit conține constatări cu implicații financiare cu privire la încălcarea dispozițiilor O.U.G. nr. 34/2006, reținându-se următoarele abateri de la legalitate:

1. în ceea ce privește actul adițional nr. 2/07.07.2010 la contractul de lucrări, s-a constatat că beneficiarul a invocat în mod nejustificat circumstanțe imprevizibile în aplicarea procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare.
2. referitor la contractul de servicii de audit nr. 12881/30.11.2010 s-a constatat că autoritatea contractantă nu a respectat principiul egalității de tratament în evaluarea și selecția ofertanților, prin introducerea unor cerințe și factori de evaluare nelegali în documentația de atribuire.

În temeiul O.U.G. nr. 66/2011, echipa de control a dispus aplicarea unei corecții financiare de 25% din valoarea contractului și a constatat că beneficiarul datorează un debit de 62.839,04 lei, din care 44.553,91 lei către bugetul Uniunii Europene și 5.923,35 lei către bugetul de stat și 12.361,78 lei T.V.A. aferentă corecției financiare, recuperată de la bugetul de stat, conform art. 42 alin. 1 din O.U.G. nr. 66/2011. Afirmațiile referitoare la încălcarea principiului neretroactivității sunt nefondate, în raport de incidența dispozițiilor art. 66 din O.U.G. nr. 66/2011. În speță, activitatea de control s-a desfășurat în perioada 01.09.2011 - 21.09.2011, la aproximativ 3 luni de la intrarea în vigoare a ordonanței. Din analiza comparativă a celor două acte normative în discuție, se constată că prevederile de natură fiscală reglementează situații juridice obiective, așa încât aplicarea unor corecții fiscale mai favorabile reglementate de legea nouă unor situații (nereguli) obiective consemnate sub imperiul legii vechi - O.G. nr. 79/2003, nu încalcă principiul neretroactivității legii și nici principiul legalității consacrat în materie fiscală.

Referitor la schimbarea soluției tehnice de execuție a investiției, deși s-a susținut faptul că lucrările de întreținere prin așternerea de straturi de balast executate după finalizarea proiectului tehnic au condus la o mărire a capacității portante a sistemului rutier, s-a propus o nouă soluție tehnică care susține necesitatea aplicării unui strat de piatră spartă. Dispoziția de șantier nr. 1/01.07.2010 a fost emisă în baza unei expertize tehnice - care recomandă păstrarea fundației de balast existentă și renunțarea la stratul de balast de 30 cm prevăzut în proiectul tehnic, însă, prin dispoziția de șantier se renunță doar la 20 cm balast, ceea ce a condus la o valoare mai mică a notelor de renunțare și implicit o valoare a lucrărilor suplimentare mai mare decât valoarea notelor de renunțare, rezultând o diferență de 176.029,67 lei. O altă neconcordanță existentă este cea referitoare la capacitatea portantă a drumului, însă, Consiliul Județean Bacău a susținut în dispoziția de șantier și în răspunsul la nota de relații faptul că lucrările de întreținere prin așternerea de straturi de balast executate după finalizarea proiectului tehnic, au condus la o mărire a capacității portante a sistemului rutier.

Una din concluziile contradictorii ale expertizei este aceea că printre cauzele stării tehnice a drumului este și cea privind volumul redus al lucrărilor de întreținere. Referitor la faptul că dispoziția de șantier nu propune aceeași soluție tehnică precum cea din expertiza tehnică, la data vizitei în teren, reprezentanții beneficiarului au susținut faptul că nu au respectat expertiza tehnică, întrucât aceasta are caracter de recomandare. Dispoziția de șantier nr. 1/01.07.2010 nu urmează întocmai recomandările expertizei tehnice, însă, se bazează pe rezultatele acesteia, fără ca aceste modificări să fie însușite de expertul tehnic. Drept urmare, „circumstanțele imprevizibile” nu pot fi invocate în acest caz, întrucât din documentele justificative care au stat la baza fundamentării schimbării soluției tehnice pe sectorul de drum Km 16+900 - Km 24+500, nu rezultă că aceste lucrări suplimentare sunt datorate unor circumstanțe imprevizibile devenite necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză, acestea neputând fi justificate ca o urgență imperativă rezultată din evenimente imposibil de prevăzut sau anticipat.

Autoritatea de audit a considerat că nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 122 lit. i) din O.U.G. nr. 34/2006, pentru selectarea procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare. Cu privire la atribuirea contractului de servicii de audit nr. 12881/30.11.2010, autoritatea contractantă nu a respectat principiul egalității de tratament în evaluarea și selecția ofertanților, prin introducerea unor cerințe și factori de evaluare nelegali în documentația de atribuire, nerespectându-se dispozițiile art. 2 alin. 2 lit. b) și art. 188 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006, art. 15 alin. 3 din H.G. nr. 925/2006. Instanța, din oficiu, a invocat excepția inadmisibilității acțiunii, având în vedere împrejurarea că în faza administrativă contestația a fost formulată de către Consiliul Județean Bacău. S-a atașat documentația care a stat la baza emiterii actelor contestate.

Motivarea instanței.

Analizând actele și lucrările dosarului, reține următoarele:

Acordând întâietate excepției inadmisibilității acțiunii invocate în cauză, rezultată din neîndeplinirea procedurii prealabile de către reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Bacău, ci de către Consiliul Județean Bacău, reține următoarele: Reprezentantul reclamantei a afirmat că în decizia contestată s-a strecurat o eroare materială, dat fiind faptul că Județul Bacău este titularul contestației, iar nu Consiliul Județean Bacău, anexând la dosar o copie a contestației (fila 218 și urm. - vol. I dosar). Instanța observă că în decizia nr. 47/18.04.2012 Comisia de soluționare a pus în dezbatere contestația formulată de către Consiliul Județean Bacău, în calitate de contestator, reținând, în același timp, în considerentele deciziei calitatea de debitoare a Unității Administrativ Teritoriale Județul Bacău.

Văzând și conținutul contestației adresate Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, constată că aceasta a fost formulată de către contestator Județul Bacău, chiar dacă în antetul cererii apare menționat Consiliul Județean Bacău, fiind vorba, într-adevăr de o eroare de redactare a Comisiei de

soluționare. Văzând și dispozițiile art. 46 alin. 1 și 2 și art. 51 din O.U.G. nr. 66/2011, urmează a respinge ca nefondată excepția invocată.

Situatia de fapt

În fapt, autoritatea contractantă a organizat în anul 2009 procedura de atribuire a contractului „Reparații capitale (Reabilitare și modernizare) pe DJ 116, Târgu Ocna - Oituz, Km 15 + 800 - 26 + 700, județul Bacău”, finalizată prin încheierea contractului de lucrări cu ofertantul declarat câștigător Asocieria S.C. PORR TECHNOBAU UND UN WELT AG și S.C. ROMBET S.A. nr. 12304/18.11.2009. În data de 07.07.2010 a fost încheiat actul adițional nr. 2 la contractul de execuție lucrări nr. 1610/18.02.2010, determinat de apariția lucrărilor suplimentare aferente schimbării soluției tehnice de execuție, schimbarea sistemului rutier pe sectorul Km 16 + 900 - Km 24 + 500 prin înlocuirea a 20 de cm de balast prevăzuți în proiectul tehnic cu 12 cm de piatră spartă, potrivit Dispoziției de șantier nr. 1/01.07.2010. Încheierea actului adițional nr. 2 s-a efectuat în baza unei proceduri de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.

În discuție este și contractul de servicii de audit nr. 12881/30.11.2010 - la obiectivul „Reparații capitale (Reabilitare și modernizare) pe DJ 116, Târgu Ocna - Oituz, Km 15 + 800 Km 26 + 700, județul Bacău”, atribuit către S.C. INTERCON S.R.L. Bacău. Acțiunea de emitere a notei de constatare a fost declanșată ca urmare a sesizării nr. VT 8985/07.02.2012 a DG - AMPOR Verificare Conformitate Programe și Gestionare Nereguli care a urmărit să aplice recomandările conținute în Raportul de Audit nr. 51648/AP/22.12.2011.

Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului a întocmit Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 21570/21.03.2012 în care s-a stabilit că debitorul Unitatea Administrativ Teritorială Județul Bacău datorează autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene un debit în valoare de 62.839,04 lei, din care:

- 44.553,91 lei către bugetul Uniunii Europene;
- 5.923,35 lei către bugetul național;
- 12.361,78 lei T.V.A. aferentă corecției financiare.

Împotriva Notei de constatare Unitatea Administrativ Teritorială a județului Bacău a formulat contestație, soluționată prin Decizia nr. 47/18.04.2012 de către Comisia de soluționare din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului. S-a respins contestația, în considerarea aplicării coroborate a dispozițiilor art. 5 lit. c), art. 21 alin. 26, art. 24 și art. 31 alin. 1 și 2 din O.U.G. nr. 66/2011, a dispozițiilor art. 511 din Regulamentul aprobat prin H.G. nr. 130/2010, precum și a prevederilor H.G. nr. 875/31.08.2011, privind aprobarea Normelor Metodologice de aplicare a O.U.G. nr. 66/2011, O.U.G. nr. 34/2006.

Reține cu relevanță următoarele dispoziții legale conținute în O.U.G. nr. 66/2011, privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora: Art. 1 alin. (2) Dispozițiile prezentei ordonanțe de urgență se aplică autorităților cu competențe în gestionarea fondurilor europene și oricăror alte instituții publice care au atribuții privind prevenirea, constatarea unei nereguli, stabilirea și urmărirea încasării creanțelor bugetare rezultate din nereguli apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și a fondurilor publice naționale aferente acestora, beneficiarilor de fonduri europene și/sau fonduri publice naționale aferente acestora, precum și oricăror alți operatori economici cu capital public sau privat care desfășoară activități finanțate din fonduri europene în baza unor acte juridice.

Art.2 alin 1: a) neregulă - orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor

- angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit;
- b) activitatea de constatare a neregulilor - activitatea de control/investigare desfășurată de autoritățile competente în conformitate cu prevederile prezentei ordonanțe de urgență, în vederea stabilirii existenței unei nereguli;
- c) activitatea de stabilire a creanțelor bugetare rezultate din nereguli - activitatea prin care se stabilește și se individualizează obligația de plată rezultată din neregula constatată, prin emiterea unui titlu de creanță;
- d) creanțe bugetare rezultate din nereguli - sumele de recuperat ca urmare a constatării unei nereguli în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora;
- e) activitatea de recuperare a creanțelor bugetare rezultate din nereguli - exercitarea funcției administrative de către autoritățile competente în conformitate cu prevederile prezentei ordonanțe de urgență, în vederea stingerii creanțelor bugetare rezultate din nereguli;
- f) aplicare de **corecții financiare** - măsurile administrative luate de autoritățile competente, în conformitate cu prevederile prezentei ordonanțe de urgență, care constau în excluderea de la finanțarea din fonduri europene și/sau fonduri publice naționale aferente acestora a cheltuielilor pentru care a fost constatată o neregulă;
- g) debitor - persoana fizică sau juridică în sarcina căreia se stabilește o creanță bugetară rezultată din nereguli, în vederea recuperării acesteia;

ART. 66:

Activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare. Sub un prim aspect, trebuie statuat asupra dreptului aplicabil în constatarea neregulilor apărute în utilizarea fondurilor europene. Așa cum s-a reținut, procedura de atribuire s-a desfășurat în perioada 2009 - 2010, actul adițional nr. 2/07.07.2010 la contractul de execuție lucrări fiind încheiat în anul 2010. De asemenea, procedura de atribuire a contractului de servicii de audit nr. 12881/30.11.2010 s-a desfășurat în perioada 2010.

La data desfășurării procedurii de atribuire era în vigoare O.G. nr. 79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător și H.G. nr. 1510/2003 de aprobare a normelor metodologice de aplicare a O.G. nr. 79/2003. Se observă că activitatea de constatare, din partea autorităților competente să urmărească modul de utilizare și eventualele nereguli ce privesc fondurile comunitare utilizate de autoritatea locală-reclamantă, s-a desfășurat în baza prevederilor O.U.G. nr. 66/2011, act normativ intrat în vigoare la data de 30 iunie 2011, ulterior atribuirii prin licitație a lucrărilor publice sau serviciilor de audit de către reclamantă.

Instanța reține că dispozițiile menționate sunt dispoziții de drept material prin care este stabilită fapta care angajează răspunderea autorității contractante (nereguli), dar și condițiile de angajare a răspunderii, respectiv existența unui prejudiciu în bugetul general al Comunității, și legătura de cauzalitate între faptă și prejudiciu, neregularitatea trebuie să fi produs un prejudiciu. Așadar, din modul de reglementare rezultă că, potrivit O.G. nr. 79/2003, în cazul utilizării fondurilor comunitare, răspunderea pentru-neregularități este o specie a răspunderii civile delictuale, cu condiții specifice de angajare a acesteia, ceea ce definește normele de drept substanțial. În data de 30 iunie 2011 a intrat în vigoare O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente, act normativ care abrogă expres O.G. nr. 79/2003.

Deși aparent acest din urmă act normativ conține dispoziții similare, între cele două acte normative există diferențe majore. Astfel, prin art. 2 lit. a **neregula** reprezintă orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau **care poate prejudicia bugetul** Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit. Așadar, acest nou act normativ nu reglementează recuperarea prejudiciului produs prin neregularitate ci, așa cum rezultă și din denumirea actului normativ, sancționează orice neregularitate care, fie a produs un prejudiciu fie este doar apt să producă un prejudiciu. De asemenea, din economia dispozițiilor O.U.G. nr. 66/2011 rezultă că legiuitorul a renunțat la a recupera prejudiciul efectiv cauzat prin neregularitate, consacrand, pentru tipuri de neregularități, corecții financiare abstracte procentuale.

În consecință, O.U.G. nr. 66/2011 are un regim sancționator și, la fel ca O.G. nr. 79/2003 are în conținutul său atât dispoziții de drept material cât și de procedură. Stabilirea faptelor care constituie neregularitate atât prin art. 2 lit. a din O.U.G. nr. 66/2011 cât și prin anexele actului normativ, a sancțiunilor financiare aplicabile într-o astfel de situație reprezintă norme de drept material. Art. 15(2) din Constituția României consacră principiul neretroactivității legii (civile), cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile; cum săvârșirea unei abateri se constituie într-un delict civil dacă s-a încălcat de către reclamant o prevedere legală sau contractuală ori dacă acesta a săvârșit o contravenție, iar orice delict civil se analizează și se sancționează în condițiile legii în vigoare la data săvârșirii sale, rezultă că în speță pârâta a aplicat retroactiv prevederile O.U.G. nr. 66/2011 privind corecția financiară și condițiile prevăzute de această lege pentru determinarea faptei delictuale ce atrage corecția din moment ce a aplicat unei fapte ulterioare prevederi legale și ulterioare săvârșirii acesteia și în care se arată condițiile de existență a faptei delictuale și modul de sancționare a acesteia, condiții și sancțiuni care nu existau și nu erau în vigoare la data la care reclamantul a arătat în documentație condițiile pentru participarea la licitație pentru cele două acte în discuție.

Art. 66 din O.U.G. nr. 66/2011 arată că activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare se valorifică la data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011, tot în baza O.G. nr. 79/2003, acest ultim act normativ neprevăzând instituția corecției financiare care să fie aplicată pentru condiții restrictive prevăzute de autoritățile contractante la atribuirea licitațiilor pentru lucrări publice. Dacă activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare începută pentru faptele săvârșite înainte de intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011 sunt supuse prevederilor O.G. nr. 79/2003, cu atât mai mult constatarea unei fapte, fiind prima etapă a activității de recuperare a fondurilor europene, este supusă prevederilor O.G. nr. 79/2003, adică legii sub care s-a născut presupusa faptă delictuală.

Nu pot fi primite concluziile pârâtului, în sensul că prevederile O.U.G. nr. 66/2011 pot fi aplicate, deoarece privesc sancțiuni mai blânde decât cele din O.G. nr. 79/2003, fiindcă acest din urmă act normativ condiționa aplicarea sancțiunilor de dovedirea unui prejudiciu adus Comunităților Europene în ipotezele în care erau constatate nereguli la încheierea contractelor de achiziții, condiție inexistentă O.U.G. nr. 66/2011, acest act normativ fiind deci mai aspru (permisiv) sub aspectul condițiilor pentru care pot fi aplicate sancțiunile constând în corecții financiare.

Tot sub acest aspect nu poate fi susținut nici faptul că determinarea legii aplicabile s- ar face în funcție de momentul constatării abaterii, întrucât ceea ce determină aplicarea sancțiunilor pentru nerespectarea unor condiții este momentul când faptul sau actul juridic s-a produs sau încheiat cu încălcarea legii, conform principiului *tempus regit actum*, iar legea aplicabilă oricărui fapt juridic este legea aflată în vigoare la data când acest fapt s-a produs, când subiectul de drept este

informat asupra condițiilor de valabilitate; în aceste condiții legile care reglementează faptul juridic al unor eventuale nerespectări ale condițiilor de selectare a unei anumite proceduri de achiziție sau de atribuire a contractelor de achiziție nu poate fi decât cele din momentul atribuirii ofertei, respectiv O.U.G. nr. 34/2006 și O.G. nr. 79/2003.

În aceste condiții, constatarea unor nereguli și aplicarea unor sancțiuni neprevăzute la data când s-a săvârșit presupusa neregulă, respectiv fapta de nerespectare a principiului transparenței și integrității procesului de achiziție publică, este lovită de nulitate absolută, fiind efectuată cu încălcarea flagrantă a principiului neretroactivității legii civile și contravenționale defavorabile, motiv pentru care instanța constată ilegalitatea actelor administrative contestate. În consecință, reținând că normele de procedură sunt de imediată aplicare, dispozițiile legale din O.U.G. nr. 66/2011 care conțin norme de drept material nu sunt aplicabile neregularităților (faptelor juridice) săvârșite înaintea intrării lor în vigoare.

Așa fiind, pentru neregularitățile reținute prin actul de constatare instanța ar fi urmat să le verifice în raport de dispozițiile O.G. nr. 79/2003. Reținând că normele de procedură sunt de imediată aplicare, dispozițiile legale din O.U.G. nr. 66/2011, care conțin norme de drept material nu sunt aplicabile neregularităților (faptelor juridice) săvârșite înaintea intrării lor în vigoare.

În consecință, cum atât nota de constatare, cât și decizia de soluționare a contestației au fost fundamentate pe dispozițiile O.U.G. nr. 66/2011, bază legală inaplicabilă, instanța neputând schimba temeiul juridic, actele atacate urmează a fi anulate de către instanța de judecată. Primul motiv de nulitate fiind găsit întemeiat, face inutilă analiza celorlalte motive invocate în contestație.

Cererea pârâtului, de introducere în cauză a Curții de Conturi a României, nu este admisibilă, deoarece nu se încadrează printre cazurile în care o parte poate introduce forțat în cauză un terț, cazurile prevăzute în art. 49-66 din Codul de procedură civilă fiind de strictă interpretare și aplicare, constituind o excepție de la regula stabilirii cadrului procesual de către reclamant prin însăși cererea de chemare în judecată.

Nici prevederile art. 16 din Legea nr. 554/2004 nu sunt incidente în cauză, întrucât nu există un interes în introducerea acestei pârâte în proces, interes care nu este dovedit în speță, emitentul actului și cel căruia i s-a adresat și asupra căruia s-au produs efectele acestuia fiind deja părți în cauză.

În consecință, față de cele ce preced, instanța urmează să admită acțiunea și să anuleze actele administrative contestate.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge excepția inadmisibilității acțiunii. Admite acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Bacău, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la Cabinet de Avocat T V din Bacău, județul Bacău, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, cu sediul în București, Latura Nord, sector 5.

Dispune anularea Deciziei nr. 47 din 18.04.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului și a Notei de constatare nr. CA-21570/21.03.2012 emisă de aceeași instituție pârâtă.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică azi, 12 octombrie 2012.

Dosar nr. 748/32/2011

CURTEA DE APEL BACĂU
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ Nr. 35/2012
Ședința publică de la 16 Februarie 2012

La ordine a venit spre pronunțare hotărârea în cauza contencios administrativ și fiscal formulată de reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL BACĂU în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI, având ca obiect anulare act administrativ. Dezbaterile în fond au avut loc în ședința publică din 07 februarie 2012, fiind consemnate în încheierea de ședință din acea zi și care face parte integrantă din prezenta hotărâre.

CURTEA, deliberând asupra cauzei de față, constată următoarele:

Unitatea Administrativ Teritorială Județul Bacău a chemat în judecată pe pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului pentru ca instanța să dispună:

1. anularea în tot a actului administrativ - Nota de Constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA69636 din 20.09.2011 (denumită în continuare Notă de Constatare)
2. anularea în tot a actului administrativ - Decizia nr. 18 din 01.11.2011.

În motivare a arătat în fapt că autoritatea contractantă a organizat în anul 2009 procedura de atribuire a contractului „*Reparații capitale (Reabilitare și modernizare) pe DJ 116 Târgu Ocna - Oituz, km. 15+800 - 26+700. jud. Bacău*”, procedură care s-a finalizat prin încheierea contractului de lucrări cu ofertantul câștigător, Asociera SC PORR TECHNOBAU UND UNWELT AG și SC ROMBET SA.

În vederea atribuirii contractului, a fost întocmită documentația de atribuire în conformitate cu prevederile O.U.G. nr. 34/2006, iar în fișa de date a achiziției au fost stabilite mai multe criterii de calificare printre care și acela al dotărilor minime cu utilaje pe care trebuie să le aibă ofertanții.

S-a solicitat în acest sens ca ofertanții să facă dovada că dețin dotare proprie cu:

- 15 buc. Autobasculante
- 3 buc. Cilindru compactor
- 2 buc. Transportoare de beton
- 1 buc. Stație de betoane
- 1 buc. Freza de asfalt
- 2 buc. Autogreder
- 2 buc. Repartizor finisor mixturi asfaltice
- 1 buc. Stație mixturi

S-a solicitat de asemenea „ca pentru dotările proprii să se prezinte „*acte care să ateste proprietatea*”.

Procedura de achiziție a fost supravegheată de reprezentanții Unității pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice (denumită în continuare UCVP) care și-au finalizat activitatea prin încheierea Raportului de activitate nr. 160277/24.09.2009. În aplicarea prevederilor OUG 66/2011, urmare a sesizării Serviciului Verificare Conformitate Programe și Gestionare Nereguli, Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare a verificat modul de organizare a

procedurii de achiziție și a derulării contractului, control încheiat prin întocmirea Notei de Constatere pe care o consideră:

1. Netemeinică deoarece în conținutul acesteia la pag. 7 se menționează *„în conformitate cu prevederile Anexei din cadrul OUG nr. 66/2011, este interzisă aplicarea unor criterii de calificare și selecție sau a unor factori de evaluare care împiedică anumiți ofertanți să participe la procedura de atribuire din cauza restricțiilor stabilite în documentația de atribuire (de exemplu, obligația de a avea deja o reprezentanță în țară sau în regiune ori stabilirea unor standarde tehnice specifice care favorizează un singur operator)”*.

În consecință neregula a fost stabilită prin raportarea la un act normativ inexistent la data elaborării documentației de atribuire, situație în care nu poate fi reproșată nerespectarea acestuia la momentul elaborării documentației. Mai mult decât atât, echipa de control se afla în eroare atunci când apreciază că *„s-a solicitat ca dotările minime prevăzute în fișa de date a achiziției să fie proprietatea ofertantului”*. Așa cum se poate observa din cerința de la capitolul V.4) *Capacitatea tehnică sau profesională - Informații privind capacitatea tehnică*, autoritatea contractantă a solicitat *„dotare proprie,, și nu „în proprietate,,*.

Dotarea proprie este reprezentată și de deținerea utilajelor în baza unui contract de închiriere sau în baza unui contract de leasing. Această afirmație este susținută și de răspunsul la clarificările solicitate de unul dintre ofertanți (SC Colas Drumuri SRL), care a cerut autorității contractante să precizeze dacă utilajele achiziționate în sistem leasing sunt considerate dotare proprie, iar autoritatea contractantă a răspuns că da, apreciind ca un contract de leasing dă utilizatorului un drept de folosință asupra bunului, situație care acoperă cerința din fișa de date a achiziției.

În fișa de date a achiziției s-a menționat că *„în cazul asocierii mai multor persoane juridice, cerințele privind situația personală și capacitatea de exercitare a activității profesionale trebuie să fie îndeplinite de fiecare asociat în parte, iar celelalte condiții privind capacitatea tehnică și capacitatea economico-financiară trebuie să fie îndeplinite prin cumul de grupul de asociați”*.

În punctul de vedere transmis MDRT am precizat că solicitarea deținerii dotărilor minime, nu este restrictivă deoarece potrivit celor de mai sus, condiția poate fi îndeplinită prin asocierea cu un alt operator economic. La pag. 5 din Nota de Constatere se reține că *„din afirmația beneficiarului, reiese clar că acesta nu a înțeles sensul acestor condiții minime din Fișa de date a achiziției. După cum se observă din text, aceste condiții pot fi îndeplinite numai de către cei care depun oferta comună, dar nu pot îndeplini aceleași condiții cei care depun oferta separat, de fiecare societate care are calitatea de potențial candidat. În consecință, potrivit afirmației beneficiarului, aceasta reprezintă tot o condiție restrictivă, încălcându-se prevederile art.2, alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, prin constrângerea candidaților de a se asocia doar pentru a respecta niște condiții minime obligatorii”*.

Interpretarea dată, de către echipa de control, prevederilor fișei de date achiziției este una cu totul și cu totul inedită. Asocierea este o posibilitate dată de prevederile legislației achizițiilor publice, art.44 din OUG 34/2006 și nu o condiție impusă de noi, situație în care pentru îndeplinirea cerințelor privind capacitatea tehnică se iau în calcul resursele tuturor asociațiilor. Și pentru a demonstra modul tendențios de interpretare învederează instanței următorul aspect.

Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului a publicat pe SEAP anunțul de participare nr. 119680 15.04.2011 pentru atribuirea contractului *„Proiectare și execuție lucrări de modernizare și reabilitare a drumurilor județene și de interes local din județele Botoșani și Suceava pentru perioada 2011-2013”*. Prin fișa de date a achiziției publicată pe SEAP se solicită ca ofertanții să

facă dovada dotării cu un minim de utilaje, iar la pagina 21 a documentației de atribuire se prevede *atenție! în cazul asocierii mai multor operatori economici, criteriile de calificare trebuie îndeplinite de fiecare asociat, iar celelalte criterii de calificare privind situația economico-financiară și capacitatea tehnico-profesională, trebuie să fie îndeplinite prin cumul de grupul de asociații*. Prevederea este identică cu cea din documentația noastră. Lasă instanța de judecată să aprecieze când are MDRT dreptate, când analizează documentația noastră sau când își elaborează propriile documentații, făcând doar remarca că MDTR nu înțelege sensul acestor condiții, sau mai bine zis le înțelege dar le dă interpretări diferite funcție de scopul urmărit. Dacă s-ar admite interpretarea comisiei de control, ar însemna să se admită faptul că în fișa de date nu mai trebuie introduse nici un fel de cerințe de calificare, deoarece întotdeauna va exista un operator economic care să nu îndeplinească măcar unul dintre ele și în consecință îl determinăm să se asocieze.

1. Nota de constatare este motivată cu interpretarea greșită a legii, în sensul că se invocă încălcarea principiului tratamentului egalității, statuat la art.2, alin.(2), lit. b) din OUG 34/2006. *Conform Manualului Operațional pentru Atribuirea Contractelor de Achiziție Publică, publicat de Autoritatea Națională de Reglementare și Monitorizare a Achizițiilor Publice, „prin tratament egal se înțelege stabilirea și aplicarea oricând pe parcursul procedurii de atribuire de: reguli, cerințe, criterii identice pentru toți operatorii economici. Respectarea tratamentului egal presupune ca:... criteriile de selecție/calificare să fie aplicate identic tuturor participanților”*.

În consecință, stabilirea unor criterii de calificare, care limitează participarea la procedura de atribuire nu poate în nici un caz fi apreciată ca o încălcare a principiului tratamentului egal. Se confundă principiul tratamentului egal statuat la art.2, alin.(2) din OUG 34/2006 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, cu condiția restrictivă. Tratament egal înseamnă să aplici participanților la procedura același set de reguli în evaluarea ofertelor, iar condiția restrictivă se referă la stabilirea unor criterii de calificare care să limiteze participarea la procedura.

Este lesne de observat că și aplicabilitatea acestora în timp este diferită, respectarea principiului tratamentului egal putând fi analizată după deschiderea ofertelor (pe timpul evaluării), iar condiția restrictivă poate fi analizată în raport cu modul de elaborare a documentației de atribuire, care este anterioară deschiderii ofertelor. În aceste condiții eroarea în care se află organul de control este evidentă.

2. Procedura a fost verificată de Compartimentul de Verificare a Achizițiilor Publice - GDFP Bacău, s-a emis raportul de activitate nr. 160253/01.03.2010 care menționează că s-au respectat prevederile legale în vigoare din punct de vedere al aspectelor procedurale (inițierea procedurii, documentația de atribuire, modul de desfășurare al ședințelor de evaluare și finalizarea procedurii). Procedura de atribuire a fost supusă și controlului Agenției Naționale de Reglementare și Monitorizare a Achizițiilor Publice care a validat atât anunțul publicat pe SEAP cât și documentația atașată acestuia.

Finanțarea proiectului este din fonduri europene Axa prioritară 2 „Îmbunătățirea infrastructurii de transport regionale și locale,, derulate prin Agenția de Dezvoltare Nord Est, agenție aflată în subordinea Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului. Conform procedurilor, agenția a monitorizat întreaga derulare a investiției, inclusiv etapa de atribuire a contractului, activitate desfășurată fără nici un fel de obiecțiuni din partea acesteia. În consecință apreciază că autoritatea contractantă a respectat întreaga legislație în materia achizițiilor publice, condițiile din fișa de date nu au fost nici restrictive și nu au încălcat nici principiul tratamentului egal, ele fiind introduse în următoarele scopuri: atribuirii contractului către un ofertant care să facă dovada posibilității executării contractului la nivelul maxim de calitate.

Face precizarea că, potrivit prevederilor art.46, alin.(2) din OUG 66/2011, anterior introducerii prezentei cereri am formulat plângere prealabilă față de Nota de Constatate a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA69636 din 20.09.2011, plângere înregistrată sub nr. 11256 din 10.10.2011 și transmisă către MDRT în data de 11.09.2011 conform borderoului anexat. MDTR nu a soluționat plângerea în termenul stabilit de art.2, alin. (1) lit. h din Legea 554/2004 a contenciosului administrativ. Față de cele de mai sus apreciază că nota de constatare este netemeinică deoarece se invocă încălcarea în anul 2009 a conținutului OUG nr. 66/2011 și este motivată cu interpretarea greșită a legii, respectiv a art.2, alin.(2), lit. b) din OUG nr. 34/2006, motiv pentru care solicităm admiterea acțiunii și anularea în tot a notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA69636 din 20.09.2011.

Față de Nota de Constatate instituția recurentă a formulat contestație potrivit prevederilor art. 46 din OUG nr.46/2011, contestație care a fost respinsă de către MDRT prin decizia nr. 18 din 01.11.2011. Considerentele pe care le-a invocat în susținerea cererii de anulare a deciziei sunt identice cu cele invocate în cererea de anulare a Notei de constatare, la care mai face următoarele precizări: În motivarea deciziei (pag.5) se precizează *„În cadrul anexei la OUG nr. 66/2011 sunt stabilite situațiile în care se aplică corecțiile/reducerile financiare aplicabile proiectelor finanțate din fonduri europene și/sau din fonduri publice naționale aferente acestora, în caz de nerespectare a reglementărilor achizițiilor publice, OUG nr. 66/2011 reprezentând în drept, instrumentul de sancționare a nerespectării prevederilor OUG nr. 34/2006,,.*

Nota de constatare menționează în mod clar la pag.7 *„În conformitate cu prevederile Anexei din cadrul OUG nr. 66/2011, este interzisă aplicarea unor criterii de calificare și selecție sau a unor factori de evaluare care împiedică anumiți ofertanți să participe la procedura de atribuire din cauza restricțiilor stabilite în documentația de atribuire (de exemplu, obligația de a avea deja o reprezentanță în țară sau în regiune ori stabilirea unor standarde tehnice specifice care favorizează un singur operator),..* Sediul materiei pentru fapta săvârșită este OUG nr. 66/2011 iar sancțiunea este prevăzută de același act normativ. *Echipa de control nu a sancționat o abatere de la prevederile OUG 34/2006, așa cum încearcă să justifice, ci a sancționat o prevedere a OUG 66/2011 așa cum în mod explicit este consemnat în Nota de Constatate, situație în care este mai mult decât evidentă încălcarea principiului neretroactivității legii.*

În drept invocă prevederile art. 7 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, art. 51, alin. (2) din OUG nr. 66/2011. Pârâtul a depus întâmpinare prin care a solicitat respingerea cererii ca nefondată. În motivare arată că Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, reglementează activitățile de prevenire, de constatare a neregulilor, de stabilire și de recuperare a creanțelor bugetare rezultate din neregulile apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

În baza prevederilor art. 20, alin. (1) și ale art. 21 din OUG nr. 66/2011, Direcția Control, Verificare Utilizare Fonduri Comunitare (DCVUFC) din cadrul MDRT a efectuat verificări asupra proiectului sus-menționat, tocmai în vederea confirmării sau infirmării neregulilor sesizate de către Serviciul Verificare Conformitate Programe și Gestionare Nereguli - DGAMPOR, referitoare la aplicarea unor criterii de calificare și selecție restrictive sau a unor factori de evaluare nelegali. În cadrul Anexei la OUG nr. 66/2011 sunt stabilite situațiile în care se aplică corecțiile/reducerile financiare aplicabile proiectelor finanțate din fonduri europene și/sau din fonduri publice naționale aferente acestora, în caz de nerespectarea reglementărilor privind achizițiile. Prin urmare, ceea ce s-a verificat a fost respectarea legislației în domeniul achizițiilor, astfel cum era

aceasta reglementată la data desfășurării procedurilor de achiziții, iar neregula s-a stabilit prin raportare la legislația în vigoare la acel moment.

Pe cale de consecință, OUG nr. 66/2011 are legătură cu activitatea de control efectuată de către DCVUFC și nu cu data de elaborare a documentației de atribuire aferentă licitației publice în cauză. În lista de date a achiziției aferentă documentației de atribuire a contractului de lucrări la proiectul „Reparații capitale pe DJ 116 Târgu Ocna - Oituz, km 15+800-26+700, Județul Bacău”, la cap.V.4) Capacitatea tehnică sau profesională - Informația privind capacitatea tehnică, la punctul 4 „se solicită dotarea proprie cu minim”:

- 15 buc autobasculante
- 3 buc. cilindru compactor
- 2 buc. transportoare de beton
- 1 buc. stație de betoane
- 1 buc. freză de asfalt
- 2 buc autogredere
- 2 buc repartizor - finisor mixturi asfaltice
- 3 buc stație de mixturi

La același capitol din documentația de atribuire se poate citi „Pentru toate dotările proprii solicitate se vor prezenta acte care să ateste proprietatea”. Susținerea reclamantei în sensul că nu a solicitat „dotare proprie” și nu „în proprietate” este contrazisă chiar de adresa Consiliului Județean Bacău nr. 10040/12.09.2011, înregistrată la MDRT cu nr. 68223/14.09.2011. Ca obiecțiuni la constatările echipei de control din proiectul notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, prin care reclamanta admite faptul că s-a solicitat dotarea proprie cu utilajele și echipamentele mai sus-menționate, pentru care s-au cerut acte care să ateste proprietatea, dar că aceasta nu este o condiție restrictivă, deoarece operatorii economici ar fi putut îndeplini această cerință prin asocierea mai multor operatori. De asemenea, în ceea ce privește anunțul de participare nr. 119680/15.04.2011 publicat de instituția noastră pe SEAP, reclamanta scoate din context informațiile oferite instanței.

Astfel, la punctul V.4 din documentația de atribuire MDRT a solicitat de asemenea un număr minim de utilaje, cu diferența că în acest caz s-a solicitat expres ca ofertanții să facă dovada că dispune de acestea (indiferent de forma de deținere, chirie sau concesiune). Așa cum s-a arătat și prin decizia contestată, „prin tratament egal se înțelege stabilirea și aplicarea oricând pe parcursul procedurii de atribuire de reguli, cerințe, criterii identice pentru toți operatorii economici”. Acest lucru înseamnă evitarea de contacte preferențiale, criterii de selecție care să avantajeze unele firme și să dezavantajeze pe altele. Având în vedere cele prezentate anterior, se poate aprecia faptul că nu a fost asigurat accesul fără restricții a eventualilor candidați/ofertanți care ar fi putut să participe. Acest principiu reflectă posibilitatea și oportunitatea pentru cei care ar fi putut participa la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, și nu doar pentru cei care au achiziționat documentația de atribuire.

Aceasta presupune în principal, aplicarea, în mod nediscriminatoriu, a criteriilor de selecție și criteriilor pentru atribuirea contractului de achiziție publică astfel încât orice furnizor de produse, executant de lucrări sau prestator de servicii să aibă șanse egale în competiția pentru atribuirea contractului respectiv. Având în vedere cele mai sus menționate solicită să se respingă ca neîntemeiată acțiunea formulată de reclamanta UAT Bacău cu consecința menținerii actelor administrative contestate ca temeinice și legale.

În drept își întemeiază cererea pe dispozițiile art. 1 15-118 Cod procedură civilă **Analizând actele și lucrările dosarului instanța reține că cererea este nefondată, pentru următoarele**

considerente: În primul rând se observă că activitatea de constatare din partea autorităților competente să urmărească modul de utilizare și eventualele nereguli ce privesc fondurile comunitare utilizate de autoritatea locală-reclamantă s-a desfășurat în baza prevederilor O.U.G. nr. 66/2011, act normativ intrat în vigoare ulterior atribuirii prin licitație a lucrărilor publice de către reclamantă.

Art. 15(2) din Constituția României consacră principiul neretroactivității legii (civile), cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile; cum săvârșirea unei abateri se constituie într-un delict civil dacă s-a încălcat de către reclamant o prevedere legală sau contractuală ori dacă acesta a săvârșit o contravenție, iar orice delict civil se analizează și se sancționează în condițiile legii în vigoare la data săvârșirii sale, rezultă că în speță pârâta a aplicat retroactiv prevederile O.U.G. nr. 66/2011 privind corecția financiară și condițiile prevăzute de această lege pentru determinarea faptei delictuale ce atrage corecția din moment ce a aplicat unei fapte ulterioare prevederi legale și ulterioare săvârșirii acesteia și în care se arată condițiile de existență a faptei delictuale și modul de sancționare a acesteia, condiții și sancțiuni care nu existau și nu erau în vigoare la data la care reclamantul a arătat în documentație condițiile pentru participarea la licitație.

Art. 66 din O.U.G. nr. 66/2011 arată că activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare se valorifică la data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011, tot în baza O.G. nr. 79/2003, acest ultim act normativ neprevăzând instituția corecției financiare care să fie aplicată pentru condiții restrictive prevăzute de autoritățile contractante la atribuirea licitațiilor pentru lucrări publice; dacă activitatea începută pentru faptele săvârșite înainte de intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011 sunt supuse prevederilor O.G. nr. 79/2003, cu atât mai mult constatarea unei fapte, fiind prima etapă a activității de recuperare a fondurilor europene, este supusă prevederilor O.G. nr. 79/2003, adică legii sub care s-a născut presupusa faptă delictuală.

În aceste condiții, constatarea unor nereguli și aplicarea unor sancțiuni neprevăzute la data când s-a săvârșit presupusa faptă de condiționare restrictivă a participanților la licitație, este lovită de nulitate absolută, fiind efectuată cu încălcarea flagrantă a principiului neretroactivității legii civile și contravenționale defavorabile, motiv pentru care instanța constată ilegalitatea actelor administrative contestate. Fiind emise fără o bază legală, actele atacate urmează a fi anulate de către instanța de judecată.

Nu poate fi primită apărarea pârâtului în sensul că O.U.G. nr. 66/2011 doar constată neregularitățile comise, pentru că în fapt acesta a încălcat principiul aplicării legilor în timp în ce privește existența și sancționarea delictelor și aplică reclamantului în acest fel o sancțiune care nu exista ca atare la data întocmirii condițiilor de participare la licitația (corecția financiară) și pentru fapte care au făcut obiectul contestației administrative în fața instanțelor de judecată în temeiul O.U.G. nr. 34/2006 și care nu erau prevăzute ca neregularități în O.G. nr. 76/2003.

Nici pe fondul constatării neregularităților nu este întemeiată nota întocmită de pârât, din moment ce în Anexa 1 art. 2 pct. 23 se arată că restricțiile stabilite în documentația de atribuire trebuie să împiedice anumiți ofertanți să participe la procedura de atribuire; din moment ce nu s-a făcut dovada de către pârât că pretenția autorității reclamante ca utilajele din dotare să fie în proprietatea ofertanților nu a împiedicat efectiv, textul vorbind de „factori de evaluare care împiedică anumiți ofertanți potențiali să participe la procedura de atribuire”, iar nu de o anumită și teoretică posibilă împiedicare (descurajare), nici un participant să participe la procedura de atribuire, nu există în speță îndeplinite condițiile prevăzute de O.U.G. nr. 66/2011, chiar dacă nu ar fi incidentă neretroactivitatea acesteia.

Protejând drepturi efective și concrete, nu iluzorii, prevederile O.U.G. nr. 66/2011 trebuie interpretate în sensul tratatelor și regulamentelor comunitare, astfel că un ofertant se consideră a fi exclus de la procedură numai în situația în care i se respinge oferta ca neconformă; în speță nu există făcută dovada că vreunui posibil participant i-ar fi fost respinsă oferta ca neconformă, pentru că nu ar fi avut în proprietate utilajele prevăzute în documentația ca făcând parte din dotarea tehnică minimă necesară, ca și condiție ce se analiza înaintea selectării ofertei câștigătoare.

În fine, distincția făcută de pârât între noțiunile de „dotare proprie” (care ar fi fost acceptabilă, în opinia acestuia) și cea „de proprietate” este nejustificată, din moment ce nu explică care ar fi diferența juridică dintre „dotarea proprie” cu utilaje și „proprietatea acestora”, dotarea proprie putând sugera foarte bine și existența proprietății, iar pe de altă parte dacă s-ar fi admis ca ofertanții să nu prezinte un act de proprietate a acestor utilaje s-ar fi ajuns ca simpla afirmație a ofertantului de deținere a acestora să fie considerată ca și condiție îndeplinită, ceea ce ar reduce cercetarea conformității ofertei la verificarea declarațiilor ofertantului, fapt neserios și inacceptabil; în situația în care autoritatea contractantă nu ar fi impus această cerință s-ar fi ajuns ca simpla declarație privind existența sau prezentarea unor utilaje de către ofertant să-i deschidă acestuia drumul la selecție, deși acesta nu are un drept real asupra utilajelor și care să garanteze autorității că atribuie lucrarea unui subiect de drept care și poate să o ducă la îndeplinire.

Oricum, susținerile reclamantului în sensul că au fost acceptate ca și conforme și oferte ale unor participanți care au prezentat numai contracte de leasing (ce le permiteau utilizarea utilajelor), nu au fost combătute sau infirmate de către pârât, astfel că nu există un efect concret și negativ al acestor cerințe.

Nu există deci în speță, o împiedicare efectivă reală a unui posibil participant la licitația deschisă de reclamant și care să fie rezultatul lipsei din dotarea acestuia a proprietății utilajelor pe care se baza oferta acestuia, motiv pentru care instanța constată, dincolo de nelegalitatea actelor atacate și netemeinicia acestora, urmând ca cererea să fie admisă.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Admite cererea formulată de reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚULUI BACĂU, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la Cabinet de avocat T.P, Bacău, în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI, cu sediul în București, str. Apolodor nr. 17, Latura Nord, sector 5.

Anulează Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA69636 din data de 20.11.2011 emisă de pârât. Anulează Decizia nr. 18 din data de 01.11.2011 emisă de același pârât.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică azi, 16 Februarie 2012.

TRIBUNALUL BACĂU
SECȚIA A II-A CIVILĂ ȘI DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA Nr. 274/2014
Ședința publică de la 12 Februarie 2014

Pe rol judecarea cauzei Contencios administrativ și fiscal privind pe reclamant MUNICIPIUL BACĂU - PRIN PRIMARUL MUN. BACAU și pe pârât MINISTERUL - DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE având ca obiect anulare act administrativ. La apelul nominal făcut în ședința publică a răspuns pentru reclamantă reprezentantul acesteia consilier juridic M.R.G. Procedura legal îndeplinită. S-a făcut referatul cauzei de către grefier, după care: Se depune la dosarul cauzei, de către reprezentantul reclamantei, dovada calității sale de reprezentant. Având în vedere că nu mai sunt cereri prealabile de formulat sau probe de administrat, tribunalul constată finalizată cercetarea judecătorească și acordă cuvântul asupra fondului cauzei. Având cuvântul, reprezentantul reclamantei solicită admiterea acțiunii astfel cum aceasta a fost formulată și ulterior precizată.

Se solicită a se dispune, în principal anularea notei de constatare și a deciziei de soluționare a contestației formulate împotriva acestei note de constatare, iar în subsidiar se solicită modificarea ambelor acte în sensul reducerii sancțiunii și înlocuirea cotei de 20% cu cea de 5% din valoarea contractului avându-se în vedere prevederile din contractul de finanțare unde este prevăzută această posibilitate, gravitatea redusă a faptei constatate precum și lipsa caracterului repetitiv al faptei. Se mai arată că așa cum s-a precizat și în cuprinsul acțiunii formulate nu s-a urmărit în nici un caz încălcarea principiului proporționalității sau interzicerea participării unor operatori economici la această procedură, și a fost respectată întrutotul legislația achizițiilor publice. Se mai arată de asemenea că singura cerință de calificare, care a determinat unele suspiciuni organului de control se referea la condiția privitoare la numărul de locuitori care ar fi trebuit să fie minim 150.000, ori trebuie a se avea în vedere că la momentul la care s-a desfășurat achiziția populația municipiului Bacău era de 175.000 locuitori. Se mai precizează că la procedura de achiziție au participat și membrii UCVAP în calitate de observatori și că aceștia nu au avut nici o obiecție asupra raportului procedurii. Totodată se mai arată și că procedura de achiziție a făcut obiectul unei verificări a Curții de Conturi. În concluzie se solicită admiterea prezentei acțiuni. Instanța, declară încheiate dezbaterile și reține cauza spre deliberare.

TRIBUNALUL, Deliberând asupra cauzei de față, constată următoarele:

1. Prin plângerea înregistrată pe rolul Curții de Apel Bacău la data de 28.11.2012 sub nr. 824/32/2012, Municipiul Bacău prin Primar a solicitat în contradictoriu cu Ministerul Administrației și Internelor - Corpul de Control al Ministrului pronunțarea unei hotărâri prin care să se dispună *anularea Deciziei nr. 371964/17.10.2012 și a notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 370688/07.09.2012*. În motivarea plângerii s-au indicat două motive de netemeinicie ale actelor administrative contestate, respectiv primul legat de aplicarea în cauză a dispozițiilor OUG nr. 66/2011 și cel de-al doilea reprezentat de faptul că s-a reținut în mod eronat faptul că nu s-ar fi respectat dispozițiile legale referitoare la achizițiile publice. A susținut astfel petenta în ce privește prima critică adusă deciziei, faptul că dispozițiile aplicabile în cauză ar trebui să fie cele prevăzute de OUG nr. 79/2003, act în vigoare la momentul încheierii contractului de achiziție publică, act ce nu prevedea corecțiile financiare aplicate prin actul contestat și nici faptele care sunt sancționate cu aceste corecții.

În ce privește cea **de-a doua critică**, petenta a învederat faptul că nu a încălcat dispozițiile referitoare la achizițiile publice, având în vedere că prin stabilirea unor criterii de calificare

referitoare la experiența similară, care să aibă o legătură evidentă cu contractul ce urmează a fi atribuit, s-a urmărit tocmai aplicarea legii, informațiile cerute fiind relevante pentru îndeplinirea contractului și fiind luate în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia. A arătat petenta că cerințele referitoare la obiectele contractelor solicitate și experiența similară au relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urma să fie atribuit, fiind în conformitate cu cerințele caietului de sarcini, astfel că, în conformitate cu dispozițiile legale, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita operatorilor economici să facă dovada capacității tehnice sau profesionale, caz în care poate fixa, în mod liber, cerințele minime de calificare. A susținut astfel petenta că impunerea acestor cerințe minime de calificare în cadrul Fișei de date a achiziției nu a urmărit restricționarea participării la procedura de atribuire sau încălcarea principiului proporționalității, ci doar s-a avut în vedere valoarea, natura și complexitatea contractului. Arată petenta că au fost respectate dispozițiile art. 9 lit.a din HG nr. 925/2006, nefiind impuse, ca și experiența similară, prezentarea unui nivel atât valoric, cât și cantitativ.

Susține petenta că, în ce privește reținerea, în cuprinsul deciziei de soluționare a contestației, a faptului că nu a justificat criteriile de calificare și selecție utilizate în procedura, în Nota justificativă nr. 9977/14.09.2009 se arată clar faptul că, criteriile de calificare impuse participanților la procedura trebuie să asigure participarea unor firma corespunzătoare din punct de vedere moral, tehnic și economic, urmărindu-se astfel, selectarea unor firme specializate, cu o capacitate tehnică și profesională adecvată derulării contractului în timpul stabilit, cu potențial economic necesar. A mai învederat petenta că procedura a fost monitorizată de Ministerul de Finanțe prin CVAP Bacău, conform Deciziei de verificare nr. 169286/R2463/24.09.2009 și verificată de către Curtea de Conturi a României prin Autoritatea de Audit-Oficiu Regional de audit Piatra Neamț, pentru care a fost întocmită Nota de Relații nr. 234/17.05.2011.

În dovedire, au fost anexate plângerii, în copie, **decizia contestată**, nr. 371964 (f. 16-27), contestație împotriva notei de constatare nr. 370688/07.09.2012, **nota de constatare nr. 30688/07.09.2012** (f. 32-46), contract de servicii nr. 100699/16.11.2009 (f. 49-56), raport de activitate din 24.11.2009 (f. 57-63), decizie de verificare - f 64, anunț de participare (f. 70-78), **nota justificativă** privind criteriile de calificare și selecție nr. 9977/14.09.2009 (f. 79-82), documentație de atribuire (f. 83-130). **În drept**, cererea a fost întemeiată pe dispozițiile an. 178, 179 și an. 188 al 2 lit a din OUG nr. 34/2006, ait. 8 al 1 lit a și b, art. 9 lit a f din HG nr. 925/2006, anexa nr. 1 la Ordinul nr. 509/2011, ait. 51 din OUG nr. 66/2011 și pe prev an. 11 din Legea nr. 554/2004.

2. Pârâta Ministerul Administrației și Internelor a formulat întâmpinare prin care a invocat excepția necompetenței materiale a instanței, iar pe fond a arătat față de prima critică invocată de petentă faptul că în cauză sunt aplicabile dispozițiile OUG nr. 66/2011 întrucât în preambulul contractului de finanțare din fondul social european în cadrul programului operațional dezvoltarea capacității administrative nr. 26 din 07.08.2009 al art. 7 se face trimitere la dispozițiile OG nr. 79/2003, act normativ ce a fost abrogat de OUG nr. 66/2011. Intimata a mai susținut că dreptul de a impune și aplica corecții financiare și obligația de a restitui creanțele prevăzute la pct. 5 sunt prevăzute și în contractul de finanțare anterior menționat.

În ce privește susținerile petentei referitoare la respectarea de către acesta a dispozițiilor referitoare la achizițiile publice, intimata a arătat că în conformitate cu nota de constatare nr. 370688/07.09.2012, petenta a încălcat, în calitate de autoritate contractantă, prevederile legale în domeniul achizițiilor publice cu ocazia derulării procedurii de atribuire a contractului de achiziții publice nr. 100699/16.11.2009, încheiat de municipiul Bacău cu asociația de operatori economici formată din SC VMB PARTNERS SA și SC HALCROW ROMANIA SRL București. S-a reținut astfel din analiza documentație de atribuire, în anunțul de participare și în fișa de date a achiziției, la capitolul V, autoritatea contractantă a impus cerința minimă de calificare obligatorie pentru demonstrarea

experienței similare, fără ca prin nota justificativă nr. 9977/2009 să fie prezentate și motivații privind necesitatea impunerii acestor cerințe minime de calificare, cerințele ducând la o restricționare a participării operatorilor economici la procedura de achiziție și neprezentând relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului ce urma să fie atribuit, deoarece se putea demonstra experiența similară și prin contracte derulate la nivelul unor unități administrativ teritoriale cu mai puțin de 150.000 de locuitori ori la nivelul altor beneficiari publici sau privați. S-a reținut și faptul că prin solicitarea cumulată a acestor cerințe autoritatea contractantă a îngăduit accesul a procedura de atribuire a operatorilor economici care puteau dovedi experiență similară prin prezentarea unuia sau a două dintre cele trei tipuri de contracte solicitate. A fost reținută astfel ne respectarea dispozițiilor legale prevăzute de an. 178 al 2 din OUG nr. 34/2006, art. 8 al 1 lit a din HG nr. 925/2006, an. 8 al 2 din HG nr. 925/2006. A fost anexat întâmpinării contractul de finanțare din fondul social european nr. 26/07.08.2009 și Anexa V la contract.

3. Prin sentința civilă nr. 3/2013 pronunțată de Curtea de Apel Bacău a fost admisă excepția necompetenței materiale și a fost declinată competența de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului Bacău.

4. Cauza a fost înregistrată pe rolul Tribunalului Bacău la data de 22.01.2013 sub nr. 824/32/2012.

Prin încheierea din 29.03.2013 Tribunalul Bacău a constata transmisă pe cale legală calitatea de pârât a Ministerului Administrației și Internelor către Ministerul Dezvoltării Regionale și administrației Publice și s-a luat act de completarea la plângere depusă de petentă, aceasta formulând și un capăt de cerere subsidiar cererii principale, prin care a solicitat modificarea Deciziei nr. 371964/17.10.2012 și a notei de constatare a neregulilor în sensul reducerii sancțiunii prin înlocuirea cotei de 25 % cu cea de 5% din valoarea contractului atribuit, dată fiind gravitatea redusă a abaterii constatate și lipsa caracterului repetitiv al faptei. Prin sentința civilă nr. 1340/2013 Tribunalul Bacău a admis acțiunea și a anulat decizia 371964/17.10.2012 și nota de constatare nr. 370688/07.09.2012.

5. Recursul promovat de petenta Ministerul Dezvoltării regionale și administrației Publice a fost admis de Curtea de Apel Bacău prin decizia civilă nr. 4459/2013, sentința recurată fiind casată și trimisă spre rejudecare la aceeași instanță.

6. Cauza a fost înregistrată pe rolul Tribunalului Bacău în rejudecare la data de 16.12.2013, sub nr. de dosar 824/32/2012. În rejudecare nu au fost administrate alte probe, instanța urmând să se pronunțe având în vedere probele administrate la prima judecare a cauzei pe fond precum și în recurs. Analizând plângerea formulată de petentă, în rejudecare, Tribunalul reține următoarele:

A) Prin nota de constatate a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 370688/07.09.2012, s-a reținut încălcarea de către petentă, în calitate de autoritate contractantă, a prevederilor legale în domeniul achizițiilor publice, cu ocazia derulării procedurii de atribuire a contractului de achiziții publice nr. 100699/16.11.2009 încheiat cu asociația de operatori economici formată din SC VMB PARTNERS SA și CS HALCROW ROMANIA SRL - București în cadrul proiectului Politici publice de dezvoltare locală-planificare strategică pe termen mediu și lung.

Prin această notă de constatare contestată în cauză s-a constatat că petenta nu a respectat dispozițiile art. 178 al 2 din OUG nr. 34/2006, precum și ale art. 8 la 1 lit.a și art. 8 al 2 din HG nr. 925/2006, respectiv s-a constatat că în documentația de atribuire privind servicii de consultanță pentai implementarea proiectului, publicată în SEAP prin anunțul de participare nr. 86878/22.09.2009 și în JOUE prin anunțul de participare nr. 2009/S 183 -263986 din 21.09.2009 precum și în fișa de date a achiziției, la cap V-criterii de calificare și/sau selecție, respectiv subpunctul V.4 *Capacitatea tehnică/profesională*, **autoritatea contractantă a impus cerința minimă de calificare obligatorie pentru demonstrarea experienței similare**, respectiv - potențialii ofertanți să prezinte următoarele documente:

- 1.1. 1 contract de planificare a investițiilor de capital încheiat cu o unitate administrativă teritorială de minim 150.000 locuitori

- 1.2 . 1 contract pentru dezvoltarea unei strategii de dezvoltare locală încheiat cu o unitate administrativă teritorială de minim 150.000 locuitori

- 1.3. 1 contract pentru folosirea/implementarea unui instalment electronic de comunicare interactivă, creșterea transparenței elaborării și implementării politicilor publice de dezvoltare, generarea proiectelor în mod participativ încheiat cu o unitate administrativ teritorială de minim 150.000 locuitori.

S-a mai reținut în nota de constatare că prin nota justificativă nr. 9977/2009, autoritatea contractantă a stabilit criteriile de calificare și selecție ce vor fi utilizate pe parcursul procedurii, fără a prezenta și motivații privind necesitatea impunerii acestor cerințe minime de calificare. Ca urmare a constatării neregulilor, în baza prevederilor an. 1.7 din Anexa OUG nr. 66/2011 a fost stabilită și aplicată o corecție financiară de 25 % din valoarea contractului, respectiv suma de 168.859,98 lei în sarcina debitorului Unitatea administrativ teritorială a municipiului Bacău.

B) Prin decizia nr. 371964/17.10.2012 a corpului de control a ministrului din cadrul ministerului administrației și internelor, s-a respins contestația formulată de petentă împotriva notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, reținându-se că autoritatea contractantă a stabilit cerințe minime de calificare și/selecție restrictive pentru atribuirea contractului de achiziții publice nr. 100699/16.11.2009. A reținut astfel comisia că impunerea de către contestator a unor cerințe minime de calificare pentru demonstrarea experienței similare, respectiv a capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților prin cerințele susmenționate sunt restrictive și contravin prevederilor legale în vigoare. Astfel, introducerea unei distincții cu privire la tipurile de contracte solicitate ca dovadă a capacității tehnice (având ca beneficiari „unități administrativ teritoriale cu minim 150.000 locuitori”), reprezintă o restricționare a participării operatorilor economici la procedura de achiziție, neprezentând relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului ce urma să fie atribuit, deoarece se putea demonstra experiența similară și prin contracte derulate la nivelul altor beneficiari publici sau privați, iar prin solicitare acumulată a acestor cerințe, a fost îngrădit accesul la procedura de atribuire a operatorilor economici care puteau dovedi experiență similară prin prezentarea unuia sau a două dintre cele trei tipuri de contracte solicitate.

C) În ce privește prima critică a petentei referitoare la normele sancționatorii aplicabile în cazul constatării neregulilor, tribunalul constată că prin decizia de casare, Curtea de Apel Bacău a tranșat problema normelor aplicabile, constatând că deși a fost definită contractual prin raportare la OG nr. 79/2003, din momentul în care se reține existența unei nereguli, acestea îi este aplicabilă sancțiunea stabilită prin contractul de finanțare. În conformitate cu dispozițiile art. 315 al 1 C.pr.civ., *în caz de casare, hotărârile instanței de recurs asupra problemelor de drept dezlegate sunt obligatorii pentru judecătorii fondului* astfel încât tribunalul reține că prima critică adusă de petentă deciziilor contestate a fost soluționată irevocabil de Curtea de Apel.

D) În ce privește cea de-a doua critică adusă de petentă deciziei contestate, tribunalul reține faptul că în actele contestate s-a constatat nerespectarea de către petentă a dispozițiilor legale privind achizițiile publice prin stabilirea a unor cerințe minime de calificare/selecție restrictive la atribuirea contractului de achiziții publice nr. 100699/16.11.2009. Astfel, după cum rezultă din documentația aferentă organizării atribuirii contractului de achiziție publică verificat în cauză, prin fișa de date din cap V.4 din documentația de atribuire, care stabilește cerințele privind capacitatea tehnică și profesională, petenta a impus următoarele condiții candidatului/ofertantului:

„- 1.1. 1 contract de planificare a investițiilor de capital încheiat cu o unitate administrativă teritorială de minim 150.000 locuitori

- 1.2 . 1 contract pentru dezvoltarea unei strategii de dezvoltare locală încheia cu o unitate administrativă teritorială de minim 150.000 locuitori

- 1.3. 1 contract pentru folosirea/implementarea unui instrument electronic de comunicare interactivă, creșterea transparenței elaborării și implementării politicilor publice de dezvoltare,

generarea proiectelor în mod participativ încheiat at o unitate administrativ teritorială de minim 150.000 locuitori.”

În drept, potrivit dispozițiilor art. 178 al 2 din OUG nr. 34/2006, *„autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire.”* Potrivit art. 179 din același act normativ, *autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție precum și nivelul cerințelor minime pe care ofertanții/candidații trebuie să ale îndeplinească, iar aceste criteni trebuie să aibă o legătura concretă cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit; în acest sens, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a e asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia.*

Art. 188 din OUG nr. 34/2006, reglementând condițiile vizând capacitatea tehnică și /sau profesională a candidaților/ofertanților, precizează că *în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuire a unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/ sau profesionale a ofertanților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, o listă a principalelor servicii prestate în ultimi teri ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați.* Legea mai precizează că *în cazul în care beneficiarul e un client privat și, din motive obiective, operatorul economic nu are posibilitatea obținerii unei certificări/confirmări din partea acesteia, demonstrarea prestărilor de servicii se realizează printr-o declarație a operatorului economic.* Același articol prevede, de asemenea, dreptul autorității de a solicita și informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru îndeplinirea contractului de servicii.

Nu în ultimul rând, în cazul în care autoritatea contractantă dorește impunerea unor cerințe minime, de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției (art. 8 al 2 din HG nr. 925/2006). În cauza de față, este evident faptul că autoritatea contractantă a apreciat necesară impunerea, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, a unor condiții referitoare la capacitatea tehnică și /sau profesională a ofertanților, aspect rezultat din documentele de atribuire. ***Tribunalul va verifica dacă acest cerințe impuse participanților/ofertanților la atribuirea contractului au respectat dispozițiile legale anterior menționate.***

Astfel, din analiza documentație de atribuire, respectiv din fișa de date a achiziției, rezultă că autoritatea contractantă a impus o condiție referitoare la tipurile de contracte solicitate ca dovadă a capacității tehnice ca având beneficiari unități administrative teritoriale cu minim 150.000 locuitori, **restrângând astfel participarea operatorilor economici la procedura de atribuire.** Practic, autoritatea a restricționat participarea la atribuire pe trei paliere, **unul** prin impunerea unei experiențe referitoare la încheierea unor contracte vizând **o unitate administrativ teritorială, cel de-al doilea** referitor la **numărul minim de locuitori** ai autorității administrativ teritoriale și **al treilea** prin **cumulul celor trei cerințe**, limitând astfel accesul la atribuire a unor operatori care puteau dovedi experiență similară prin prezentarea unuia sau a două din contractele solicitate sau prin prezentarea unor contracte derulate la nivelul unor unități administrativ teritoriale cu mai puțin de 150.000 de locuitori ori la nivelul altor beneficiari publici sau *privați*.

Față de cele învederate anterior, Tribunalul reține că în mod corect a fost respinsă susținerea petentei din contestația împotriva notei de control, referitoare la faptul că nu s-ar fi restricționat participarea la atribuire, criteriile fiind necesare față de valoarea, natura și complexitatea contractului. Mai mult, **nota justificativă** atașată documentației de atribuire nu motivează efectiv aplicarea acestor cerințe, restricționarea accesului la atribuirea contractului prin cele trei criterii discriminatorii neputând fi justificată prin mențiunea generală a *necesității participăm la procedură a unor firme corespunzătoare din punct de vedere moral, tehnic și economic; cu o capacitate tehnică și profesională*. Prin urmare, față de aceste considerații, tribunalul reține că în mod corect intimata a respins contestația petentei, reținând că acesta nu a respectat legislația în vigoare în privința achizițiilor publice, în sensul că a stabilit și utilizat cerințe minime prin care a restricționat accesul potențialilor ofertanți la procedura de atribuire a contractului. Instanța are în vedere astfel, și dispozițiile art 2 al 2 din OUG nr. 34/2006, referitoare al respectarea unor anumite principii în vederea atribuirii contractelor de achiziție publică, respectiv nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea și eficiența utilizării fondurilor publice.

E) În ce privește sancțiunea aplicată, respectiv corecția financiară de 25% din valoarea contractului, instanța reține că în conformitate cu dispozițiile contractului de finanțare din Fondul Social European în cadrul Programului Operațional Dezvoltarea capacității administrative nr. 26/7.08.2009 încheiat între Ministerul Administrației și Internelor și Unitatea administrativ Teritorială Municipiul Bacău, respectiv art. 8 lit. b pct. 9, *autoritatea de management are dreptul de a impune și aplica corecții financiare, ca urmare a nerespectării de către beneficiari a procedurii de achiziție publică*, iar conform art. 12 din contract, la pct. 7 se prevede că *în cazul neregulilor constatate ulterior finalizării implementării proiectului, beneficiarul are obligația de a restitui creanțele prevăzute la alin 5 în același termen legal*. Potrivit art. 5, beneficiarul are obligația de a restitui orice sumă care constituie o creanță bugetară rezultată din nereguli, costurile bancare, inclusiv accesoriile acestora, precum și alte sume stabilite de lege în sarcina debitorului; dacă beneficiarul nu plătește de bunăvoie în termenul prevăzut la al 4, Autoritatea de Management va proceda la stingerea creanței bugetare prin deducerea din plățile următoare.

Față de dispozițiile legale, constatând faptul că în cauză s-a reținut ne respectarea de către beneficiar a procedurii de achiziție publică prin stabilirea unor criterii de calificare, selecție și atribuire discriminatorii, tribunalul reține aplicarea în mod legal de către intimată a unei corecții de 25% din valoarea contractului, conform dispozițiilor contractuale prevăzute în anexa V la contractul de finanțare. În ce privește cererea petentei privind reducerea sancțiunii prin înlocuirea cotei de 25% cu cea de 5% din valoarea contractului atribuit, motivată de gravitatea redusă a abaterii constatate și de lipsa caracterului repetitiv al faptei, Tribunalul reține mai întâi faptul că în *Anexa V la contractul de finanțare se prevede posibilitatea reducerii valorii aplicate la 10% sau 5%, în funcție de gravitatea abaterii*. Analizând cererea petentei raportată la abaterile constatate în procedura achiziției publice, tribunalul apreciază că prin reținerea a trei criterii discriminatorii privind participării la procedură, s-au încălcat grav principiile prevăzute de OUG nr. 34/2006, nejustificându-se reducerea sancțiunii aplicate.

F) Față de considerentele expuse, văzând și dispozițiile art. 286 OUG nr. 34/2006 și ale art. 18 din Legea nr. 554/2004, Tribunalul constată că atât *nota de constatare a neregulilor nr. 370688/07.09.2012* cât și *decizia nr. 371964/17.10.2012* sunt legale și temeinice, astfel încât va respinge ca neîntemeiată plângerea petentei, urmând să respingă și capătul de cerere subsidiar, pentru motivele expuse, ca neîntemeiat.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge ca neîntemeiată plângerea formulată de reclamant MUNICIPIUL BACĂU - PRIN PRIMARUL MUN. BACĂU, cu sediul în Bacău, în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, cu sediul în loc. București.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică de la 12 Februarie 2014.

Dosar nr. 696/32/2011

ÎNALTA CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE
SECȚIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIA nr. 6831
Ședința publică de la 22 octombrie 2013

S-a luat în examinare recursul declarat de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului (în prezent Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice) împotriva sentinței civile nr. 75 din data de martie 2012 a Curții de Apel Bacău - Secția a II-a civilă, de Contencios administrativ și fiscal. La apelul nominal s-a prezentat intimatul-reclamant Primarul Municipiului Bacău, reprezentat de avocat I.R, lipsind recurentul-pârât Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice. Procedura completă.

Reprezentanta intimatului-reclamant a depus întâmpinare și a citat admiterea probei cu înscrisuri, și anume sentința Judecătorei Sectorului 1 București prin care se anulează procesul-verbal întocmit de Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice de sancționare a încheierii, de către intimat, a unui act adițional prin procedura de negociere, fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în baza art.122 lit.i) din OUG nr.34/2006. Deliberând, Înalta Curte a admis proba cu înscrisuri și, față de mersul procedurii și data depunerii întâmpinării, a calificat-o ca reprezentând concluzii scrise. Nemaexistând chestiuni prealabile, Înalta Curte a constatat cauza în stare de judecată și a dat cuvântul părții prezente referitor la recursul formulat.

Reprezentanta intimatului-reclamant Primarul Municipiului Bacău a solicitat respingerea recursului și menținerea sentinței de fond ca legală și temeinică. A arătat că în mod nelegal a aplicat organul de control dispozițiile OUG nr.66/2011 în ceea ce privește constatarea abaterii și sancționarea acesteia și că în mod corect a reținut prima instanță retroactivarea normei legale. A mai susținut că intimatul nu a eludat dispozițiile legale incidente, în condițiile în care nu a solicitat efectuarea unor lucrări suplimentare, ci întreaga procedură de execuție a fost modificată ca urmare a inovațiilor tehnologice intervenite, că prețul lucrării nu a crescut, și că, în esență au fost întrunite condițiile avute în vedere de dispozițiile art.122 lit. f din OUG nr.34/2006.

ÎNALTA CURTE, asupra recursului de față, din examinarea lucrărilor din dosar, constată următoarele:

Prin Sentința civilă nr.75 din 30 martie 2012, Curtea de Apel Bacău - Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal a admis acțiunea formulată de reclamantul Primarul Municipiului Bacău în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, și, în consecință, a anulat Decizia nr. 14/2011 și nota de constatare a neregulilor și de stabilire a sancțiunilor nr.CA-60076/9.08.2011.

În motivarea acestei soluții, instanța fondului a reținut următoarea situație de fapt: în vederea realizării obiectivului „Pasaj rutier subteran strada Oituz - str. Ștefan Gușe, Municipiul Bacău, județul Bacău" au fost achiziționate servicii de proiectare, proiectantul propunând ca soluție tehnologică săpătură de tranșee deschise peste liniile de cale ferată cu lucrări de demontare a liniilor de cale ferată (demontarea stâlpilor de înaltă tensiune, cu întreruperea și devierea traficului feroviar).

În vederea executării obiectivului a fost inițiată procedura de achiziție publică iar la finalizarea acesteia a fost declarată câștigătoare o asocierie de firme având ca lider S.C. Procom SRL Ceprano Italia autoritatea contractantă încheind contractul de execuție lucrări nr .100525 din 17.09.2009, la art. A3 (fila 145), părțile convenind condițiile în care au loc modificări și ajustări ale contractului. Ca

relevante, au fost reținute prevederile art.13 pct.2 intitulat „optimizarea proiectului”, prin care s-a inserat o clauză în avantajul beneficiarului prin care antreprenorul are posibilitatea de a transmite o propunere scrisă menită fie să determine accelerarea lucrărilor, fie să reducă costurile de producție, fie „alte motive”.

Demarând lucrările antreprenorul a constatat că varianta tehnologică propusă de proiectant are mai multe inconveniente, fiind o soluție depășită, astfel că în aplicarea art. 13.2 a propus optimizarea proiectului prin înlocuirea soluției tehnologice cu una modernă: în locul tehnologiei de execuție în tranșee deschise care presupunea săpături deschise, utilizarea podurilor provizorii, demontarea-montarea celor 14 linii de cale ferată, s-a propus metoda de lansare totală.

Analizând propunerea, verificatorul de proiect (filele 54-61) a întocmit Referatul nr.315/26.10.2009 prin care a constatat că a doua variantă propusă elimină riscurile primei variante, respectiv: o rată mare de restricționare a traficului feroviar, afectarea stabilității alurilor săpătura deschisă ridicând totodată probleme legate de evacuarea apelor.

Prin referatul în discuție, constatând avantajele variantei prin erația de lansare orizontală s-a expus detaliat tehnologia de execuție. După obținerea avizelor necesare (CFR, ISC), beneficiarul contractului, prin adresa 13.105/25.11.2009 a solicitat Organismului Intermediar pentru programul operațional regional 2007-2013 aprobarea unui act adițional privind modificarea bugetului proiectului prin realocarea sumei de 3.000.000 lei din capitolul 1, subcapitolul 1.2. către capitolul 4, subcapitolul 4.1, cererea fiind fundamentată de propunerea constructorului de modificare a soluției tehnologice. Solicitarea municipiului Bacău a fost aprobată astfel că se încheie actul adițional nr. 3 la contractul de finanțare nr.82/16.03.2009, pârâta neavând nicio obiecțiune.

Ulterior, la 12.04.2010 dirigintele de șantier prin Dispoziția nr.5/2010 (fila 95 vol.I) dispune modificarea soluției propuse, astfel că la 7.05.2010 s-a întocmit referatul de necesitate nr. 4514/2010 și Nota internă nr.4515/2010 de către Serviciul de Implementare Programe. În baza acestor din urmă înscrisuri, la 11 mai 2010 s-a emis de către Municipiul Bacău - Serviciul de achiziții, nota justificativă privind aplicarea procedurii „negociere fără publicarea prealabilă a anunțului de participare” în achiziția publică de „lucrări suplimentare la obiectivul „Pasaj subteran strada Oituz - strada Ștefan Gușe, municipiul Bacău, județul Bacău”, apreciindu-se că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 122 lit.i) din OUG nr.34/2006.

La 03.06.2010 s-a încheiat actul adițional nr.2 la contractul inițial în care s-a inserat că se renunță la o parte de lucrările din contractul inițial în cuantum de 6.401.641 lei, iar prețul total al lucrărilor suplimentare este 9.193.617 lei, din care 5.598.739 lei, reprezintă lucrări determinate de schimbarea variantei de execuție, iar diferența lucrări de devieri la rețele de apă, canalizare, conducte gaz, instalații electrice. La 20.07.2011 Serviciul de verificare conformitate Programe și Gestionare Nereguli din cadrul Direcției Generale Autoritatea de Management - Programul Operațional Regional al instituției ca urmare a unei sesizări referitoare la o suspiciune de nereguli de la Autoritatea de Audit de pe lângă Curtea de Conturi a solicitat efectuarea de verificări referitoare la modul de implementare a proiectului.

Astfel, în perioada 22.07-29.07.2011 s-au efectuat verificări în urma cărora la 4.08.2011 s-a întocmit nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare. Ca bază legală la capitolul II s-a inserat H.G. 1631/2009, OUG nr.66/2011, Ordinul MFP nr.2341/2011, O.G. nr.92/2003 și H.G. nr.759/2007. La capitolul VI echipa de control a constatat că lucrările suplimentare nu au fost datorate unor circumstanțe imprevizibile devenite necesare, ci s-a realizat schimbarea variantei tehnologice la propunerea executantului.

S-a constatat încălcarea prevederilor art. 122 lit.i) din OUG nr.34/2006, întrucât nu s-a asigurat o competență adecvată, astfel că în temeiul pct.2 subpunctul 2.2 din Anexa la OUG nr.66/2011 s-a dispus aplicarea unei corecții de 25% din valoarea considerată de organele de control ca fiind lucrări suplimentare, respectiv de 2.958.299 lei. Ca prim considerent, instanța fondului a reținut că la data încheierii actului adițional nr.2/3.06.2010, OUG nr.66/2011 nu era în vigoare, fiind aplicabile dispozițiile O.G. nr.79/2003 privind controlul, recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de finanțare aferente utilizate necorespunzător și H.G. nr.1510/2003 de aprobare a normelor metodologice de aplicare a O.G. nr.79/2003.

Ca urmare, deși, potrivit dispozițiilor art.66 din OUG nr.66/ 2011, controlul putea fi efectuat în temeiul OUG nr.66/2011, nu se puteau aplica alte sancțiuni sau reține alte fapte decât cele reglementate de legislația în vigoare la data comiterii pretensei nereguli și nicidecum abaterile și corecțiile reglementate, fără a încălca dispozițiile constituționale inserate la art. 15. Sub aspectul pretensei neregularității, instanța fondului a constatat că pârâta a reținut o situație de fapt incorectă, procedând totodată, la interpretarea greșită a dispozițiilor art.122 lit.i) din OUG 34/2006 și că în nici un caz nu s-a creat un prejudiciu bugetului Uniunii Europene.

În esență, în speță erau întrunite circumstanțele neprevăzute în accepțiunea art. 122 lit. i) OUG nr.34/2006, în raport de noua soluție adoptată a avut loc o diminuare a cheltuielilor, iar încheierea actului adițional a avut în vedere principiul apărării interesului public, date fiind avantajele majore ale soluției moderne propuse. Împotriva sentinței nr. 75 din 30 martie 2012 a declarat recurs pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, solicitând codificarea acesteia în sensul respingerii acțiunii ca nefondată, pentru motive încadrate în dispozițiile art. 304 pct. 9 Cod procedură civilă.

În motivarea cererii de recurs s-a criticat interpretarea dată de instanța de fond dispozițiilor normative incidente în cauză și s-a reținut că actul administrativ trebuia analizat prin prisma opozițiilor OUG nr.66/2011. În continuare, s-a argumentat că în mod corect a fost reținută existența unei neregularități, în condițiile în care procedura de achiziție publică prevăzută pentru acest tip de situații de OUG 34/2006 nu a fost respectată, prejudiciul fiind în acest caz rezumat prin nerespectarea clauzelor contractuale.

Recurentul a mai susținut că aplicarea unei metode tehnologice care a fost deja folosită la realizarea altor construcții nu poate fi considerată ca fiind o circumstanță neprevăzută și că în speță nu sunt realizate condițiile avute în vedere de dispozițiile art.122 lit. i) din OUG nr. 34/2006. Analizând recursul formulat prin prisma motivelor invocate și în raport de cadrul legal aplicabil, Curtea îl va respinge pentru următoarele considerente: obiectul acțiunii introductive de instanță îl constituie anularea Deciziei nr.14/5.10.2011 emisă de recurentul-pârât Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice prin care a fost soluționată contestația împotriva notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA-60076/9.08.2011 referitor la proiectul cod SMIS 1024 „Pasaj rutier subteran str.Oituz - str.Ștefan Gușe, Municipiul Bacău, județul Bacău”.

Față de obiectul acțiunii și de argumentarea în drept cu privire la motivele pentru care s-a solicitat anularea corecțiilor dispuse prin nota de constatare contestată, a avut de rezolvat ca problemă de drept stabilirea *normelor de drept* (dispoziții legale) *aplicabile situației de fapt reținute prin nota de constatare*. Astfel spus, controlul de legalitate pe care instanța de fond l-a făcut a avut în vedere aplicarea și respectarea principiului *tempus regit actum*. Sub acest, Curtea reține că față de materialul probator administrat în cauză, raportat la situația de fapt reținută în actul contestat, în mod corect prima jurisdicție a stabilit că în raport de principiul neretroactivității legii, în speță, nu se poate reține aplicabilitatea dispozițiilor de drept material cuprinse în O.U.G nr.66/2011 unor

fapte juridice *săvârșite anterior intrării* în vigoare a acesteia, astfel cum a susținut în mod constant recurenta-pârâtă.

Astfel, rezultă fără putință de tăgadă că la *data încheierii actului adițional nr.2/3.06.2010* (încheiat între autoritatea contractantă și contractantul inițial) care a stat la baza verificărilor efectuate în perioada 22.07.2011 - 29.07.2011 de către Serviciul de verificare conformitate Programe și Gestionare Nereguli, O.U.G. nr.66/2011 *nu era în vigoare* (intrarea în vigoare a fost la 20.06.2011) motiv pentru care dispozițiile acesteia nu puteau fi invocate ca bază legală la întocmirea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor. Este adevărat că la data efectuării controlului (22 - 29.07.2011) O.U.G. nr.66/2011 era în vigoare, însă aplicabilitatea acestui act normativ, potrivit art.66 din Ordonanță, se referă strict la respectarea cadrului procedural privind efectuarea controlului. De altfel, noutatea acestui procedeu de execuție ca și avantajele utilizării lui nu au fost contestate de recurenta-pârâtă.

Pe de altă parte, urmează a se reține și faptul că schimbarea că de execuție nu a generat costuri suplimentare, ci dimpotrivă, la o reducere a costurilor față de valoarea inițială. În considerarea celor de mai sus, Curtea reține că prin aplicarea prevederilor art.122 lit. i din O.U.G. nr.34/2006 au fost respectate prevederile art. 2 alin. (2) din aceeași ordonanță, în sensul că a fost respectat principiul eficienței utilizării fondurilor publice și că tocmai din aceste rațiuni inițierea procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare este legală.

În consecință, în raport de cele mai sus reținute și având vedere dispozițiile art.312(l) Cod procedura civilă, recursul va respins ca nefondat.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII DECIDE

Respinge recursul declarat de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice împotriva Sentinței civile nr. 75 din data 30 martie 2012 a Curții de Apel Bacău - Secția a II-a civilă, contencios administrativ și fiscal, ca nefondat.

Irevocabilă. Pronunțată în ședință publică, astăzi 22 octombrie 2013

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
Sentiința nr. 3522
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 13.11.2013

Pe rol este acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL BIHOR, în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI, DIRECȚIA GENERALĂ CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI FONDURI EUROPENE, SERVICIUL CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI, POR, având ca obiect „anulare act administrativ”. Dezbaterile au avut loc în ședința publică de la 6.11.2013, fiind consemnate în încheierea de ședință de la acea dată, când Curtea a amânat pronunțarea pentru azi, 13.11.2013.

CURTEA, deliberând asupra prezentei cauze, reține următoarele:

Prin cererea înregistrată sub nr. 194/35/2013 pe rolul Curții de Apel București - Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal, reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL BIHOR, în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI, DIRECȚIA GENERALĂ CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI FONDURI EUROPENE, SERVICIUL CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI, POR a solicitat instanței de judecată ca, prin hotărârea pe care o va pronunța, să dispună: anularea Deciziei nr.221 din 28.11.2012, emisă de Comisia de soluționare a contestației, aferentă contestației înregistrată la MDRT cu nr.82639/05.11.2012 privind nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA-70528/21.09.2012 aferentă proiectului cod SMIS 1418 cu titlul Reabilitare și modernizare DJ 763 Sudrigiu - Pietroasa - Cabana Padis, km 0+000 -13+100 și km 19+650 - 35+100, L = 28,500 km, jud.Bihor; anularea măsurilor dispuse prin Nota de Constatare a Neregulilor și de Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. CA-70528 din 21.09.2012; obligarea pârâtei la plata cheltuielilor de judecată.

În motivarea cererii reclamanta a arătat că în Nota de Constatare a Neregulilor și de Stabilire a Corecțiilor Financiare se arată că lucrările suplimentare aferente Actului adițional nr. 3/2010 nu au „caracter imprevizibil”, fiind așadar încălcate prevederile art. 122 lit.i) din OUG nr. 34/2006. Astfel, în ceea ce privește lucrările necesare pentru sporirea capacității portante a drumului și pentru eliminarea burdușurilor, acestea nu ar avea „caracter imprevizibil” deoarece în referatul privind expertiza tehnică asupra lucrării se face constatarea că, pe toată lungimea sectoarelor de drum, există o stare de degradare avansată și pe sectorul de drum în discuție s-a constatat pierderea capacității portante a structurii rutiere. În ceea ce privește lucrările de relocare a unui număr de 23 de stâlpi aferenți liniei electrice de medie tensiune, acestea nu ar avea „caracter imprevizibil” datorită faptului că în proiectul tehnic (PT) s-a prevăzut relocarea unui nr. de 25 de stâlpi aferenți liniei electrice de joasă tensiune, situația fiind așadar comparabilă între cele două lucrări.

A arătat reclamanta că, înainte de a proceda la demararea procedurii de negociere (în baza art. 122 lit.i) din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare) a prezentat ANRMAP situația, așa cum se prezenta aceasta la data respectivă și a solicitat să i se comunice dacă se poate proceda la negociere fără publicarea unui anunț de participare (a se vedea adresa nr. 9197 din 09.08.2010), ANRMAP considerând că aplicarea respectivei proceduri de achiziție este legală (a se vedea adresa ANRMAP nr. 10.965 / 10966 din 24.10.2010). Mai mult decât atât, ulterior derulării procedurii respective, ANRMAP a procedat la verificarea modului de organizare și desfășurare a acesteia și a concluzionat, și de această dată, că au fost respectate prevederile legale din domeniul achizițiilor publice (a se vedea în acest sens Raportul de control al ANRMAP nr. 11.823 din 18.07.2011).

Apreciază reclamanta că nota de control și decizia emisă sunt nefondate, netemeinice și nelegale. Astfel, în scopul elaborării proiectului pentru obiectivul: "Reabilitare și modernizare DJ 763 Sudrigiu - Pietroasa - Cabana Padiș, km 0+000 -13+100 și km 19+650 - 35+100, Lot = 28,500 km" au fost realizate ridicările topografice, au fost elaborate studiul de trafic și studiul geotehnic.

În baza acestui studiu geotehnic, a inspecției vizuale și a inventarierii defecțiunilor existente, a fost întocmită expertiza tehnică pentru acest obiectiv de investiții, prin această expertiză stabilindu-se starea drumului ca fiind necorespunzătoare, fiind recomandate unele soluții de reabilitare și modernizare, în final subliniindu-se importanța deosebită a acestei lucrări pentru locuitorii localităților din zonă. Pe baza acestor studii, au fost dimensionate sistemele rutiere și lucrările de artă (lucrări de consolidare, ziduri de sprijin, poduri, podețe etc.), întocmindu-se proiectul tehnic, acesta fiind considerat corespunzător. Au fost respectate toate prevederile legale și tehnice privind întocmirea proiectelor tehnice. A precizat reclamanta că, lucrările de execuție au fost demarate în luna octombrie 2009. Referitor la N.C.S. având ca obiect îmbunătățirea capacității portante Sector km 0+000-10+600 (DN76-Pietroasa), a menționat reclamanta că, pentru întocmirea studiului geotehnic s-au efectuat pe acest tronson sondaje geotehnice deschise pentru verificarea infrastructurii, lucrări efectuate în conformitate cu normativele tehnice în vigoare.

A menționat reclamanta faptul că această expertiză a fost realizată de către beneficiar și a fost comandată în scopul realizării unui sistem rutier cu o capacitate omogenă - și implicit a realizării unei investiții de succes. În urma rezultatelor obținute, s-a trecut la identificarea zonelor cu probleme (în urma verificărilor efectuate în teren), rezultând că pentru asigurarea siguranței circulației în zonă precum și pentru a asigura parametrii tehnici ai proiectului, respectiv a capacității portante necesare, s-a impus realizarea suplimentară a unor blocaje de piatră în două straturi pe zonele stabilite de comun acord acestea reprezentând cea 23% din suprafața totală a sectorului respectiv.

Având în vedere cele subliniate mai sus consideră caracterul imprevizibil al acestor lucrări suplimentare ca indubitabil, fiind vorba despre o categorie de lucrări care nu puteau fi prevăzute în cadrul proiectului tehnic inițial întocmit (acest proiect tehnic respectă cerințele legislației interne în domeniul proiectării). Referitor la N.C.S. având ca obiect scoaterea burdușurilor Sector km 19+650-35+100 (Boga- Cabana Padiș), a precizat reclamanta că, pentru întocmirea studiului geotehnic s-au efectuat pe acest tronson sondaje geotehnice deschise pentru verificarea infrastructurii (44 de sondaje pe tronsonul în discuție - 3 sondaje/km) și foraje geotehnice cu caracter structural pentru investigarea terenului de fundare, determinarea structurii geologice etc. (7 de foraje pe tronsonul în discuție), lucrări efectuate în conformitate cu normativele tehnice în vigoare. În perioada scursă după elaborarea proiectului, patul drumului a cedat în foarte multe zone apărând burdușuri pronunțate, ceea ce creează dificultăți atât în circulație cât și în realizarea parametrilor tehnici proiectați ai drumului. Aceste cedări (burdușuri) s-au produs pe o singură parte a drumului, pe amândouă părțile sau chiar pe întreaga ampriză a acestuia.

Totodată lățimea drumului existent era de 5 m iar cea proiectată este de 8,80 m, ceea ce impune lărgirea drumului existent în unele zone cu până la 2-3 m peste limita de drum existentă. În urma identificării zonelor cu probleme (a verificărilor efectuate în teren), a rezultat că pentru asigurarea siguranței circulației în zonă precum și pentru a asigura parametrii tehnici ai proiectului, se impune eliminarea burdușurilor prin scoaterea materialului contaminat și realizarea suplimentară a unor blocaje de piatră în două straturi sau trei straturi pe o suprafață reprezentând cea 28% din suprafața totală a sectorului respectiv.

Referitor la N.C.S. având ca obiect devierea L.E.A. medie tensiune, a învederat reclamanta că, prin adresa S.C. Filiala de Distribuție a Energiei Electrice ELECTRICA DISTRIBUȚIE TRANSILVANIA NORD

S.A. Sucursala Oradea nr.5898/2010 - înregistrată la registratura generală a Consiliului Județean Bihor sub nr. 8611/2010, se solicită asigurarea consolidării unui nr. de 23 stâlpi ai liniei electrice aeriene (L.E.A.) de 20 KW Beiuș-Pietroasa-Padiș, aliniați de-a lungul drumului județean DJ763 (inclusiv relocarea unora dintre aceștia - acolo unde se impune).

Având în vedere cele subliniate mai sus consideră reclamanta caracterul imprevizibil al acestor lucrări suplimentare ca indubitabil (lucrările de relocare s-au făcut la cerința unei terțe persoane, pentru a se asigura buna funcționare a liniei electrice de medie tensiune). Pe de altă parte, este de subliniat aspectul că organizarea unei alte proceduri de achiziție publică pentru aceste lucrări suplimentare, prezenta riscul de a nu putea duce în timp util (necesar pentru executarea acestor lucrări în succesiunea lor normală) la desemnarea unui câștigător, iar, pe de altă parte, desemnarea unui alt câștigător (executant), ar fi dus la probleme de predare-primire amplasament, de execuție a lucrărilor suplimentare coroborat cu celelalte lucrări din contractul de bază etc.

Deci reclamanta s-ar fi găsit în situația de a se întârzia execuția lucrărilor ambelor contracte de execuție (contract de bază și eventualul contract de lucrări suplimentare). În drept, acțiunea a fost întemeiată pe dispozițiile art. 51 alin.1 din OUG nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, prevederile art.8 alin.1, art. 11 alin.1 lit. a și art. 18 din Legea nr.554/2004 a contenciosului administrativ.

În faza scrisă prealabilă judecătii, pârâtul a depus **întâmpinare** prin care a invocat excepția necompetenței teritoriale a Curții de apel Oradea, prevalându-se de dispozițiile art. 23 alin. 1 din Contractul de finanțare nr. 25/22.12.2008, cod SMIS 1418 încheiat între aceasta și reclamantă. Pe fondul cauzei, a arătat că actele administrative contestate au fost întocmite cu respectarea legislației în vigoare și pe cale de consecință, a solicitat instanței respingerea ca neîntemeiată a plângerii.

Cu privire la afirmația reclamantei că au fost respectate toate prevederile legale și tehnice, în cauză caracterul imprevizibil al lucrărilor suplimentare fiind indubitabil, a învederat pârâtul că lucrările cuprinse în Actul adițional nr. 3/26.08.2010 se referă la cantități suplimentare de lucrări față de necesarul stabilit inițial în proiectul tehnic.

Situația notelor de comandă suplimentară se prezenta astfel:

- în baza notei de comandă suplimentare având ca obiect sporirea capacității portante a drumului, s-au executat lucrări suplimentare, care au avut ca scop asigurarea capacității portante necesare;
- în baza notei de comandă suplimentare care a avut ca scop eliminarea burdușurilor s- au executat lucrări suplimentare pentru asigurarea unui pat al drumului corespunzător parametrilor proiectului tehnic;
- în baza notei de comandă suplimentare având ca obiect devierea liniei electrice aeriene de medie tensiune s-au executat lucrări cu scopul relocării unui număr de 23 stâlpi aferenți liniei electrice aeriene de medie tensiune.

Deși reclamanta și părțile implicate aveau cunoștință despre situația traficului greu și a exploatărilor existente, aceste elemente nu au fost luate în considerare la întocmirea documentației tehnice, iar ulterior au fost apreciate drept imprevizibile. De asemenea, din referatul privind expertiza tehnică asupra lucrării "Reabilitare și modernizare DJ 763 Sudrigiu-Pietroasa-Cabana Padiș, km 0+000-13+100 și 19+650-35+100, L=28,550KM, Jud.Bihor", având nr. 1272.1/25.09.2008, s-a constatat o stare de degradare avansată pe toată lungimea sectoarelor investigate. Prin urmare, cauzele degradărilor de tip structural și de suprafață care au acționat asupra drumului puteau fi cunoscute încă de la început de către autoritatea contractantă, dar și de

proiectant, avându-se în vedere un aspect incontestabil, respectiv faptul că porțiuni din drumul reabilitat se află într-o zonă forestieră, unde au loc precipitații specifice unei zone de munte.

Dintre toate cauzele care au generat lucrările suplimentare, doar cantitățile de precipitații ar fi putut justifica aplicarea art. 122 lit. i din OUG nr. 34/2006, privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune servicii, cu modificările și completările ulterioare, celelalte elemente putând fi ușor prevăzute. Prin **răspunsul la întâmpinare**, reclamanta a susținut că, în ceea ce privește competența de soluționare a cauzei, aceasta aparține Curții de apel Oradea, fiind incidente dispozițiile art. 10 alin. 1¹ din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ.

Pe fondul cauzei, a arătat că procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare organizată de reclamantă și finalizată prin încheierea Actului adițional nr.3 din 26.08.2010 este legală și fondată, fiind îndeplinită condiția circumstanței imprevizibile pentru fiecare notă de comandă suplimentară în parte, fapt confirmat prin referatul privind expertiza asupra lucrării Reabilitarea și modernizarea DJ 763 având nr.1272.1/25.09.2008, procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare făcându-se cu respectarea prevederilor art. 122 lit. i) din O.U.G. nr. 34/2006 și fiind confirmată inclusiv prin adresa ANRMAP nr. 10.965/10966 din 24.10.2010.

Prin **sentința nr. 142/CA/19.09.2013**, Curtea de Apel Oradea - Secția a II-a civilă de Contencios Administrativ și Fiscal a admis excepția necompetenței sale teritoriale și a dispus declinarea competenței de soluționare a acțiunii în favoarea Curții de Apel București. Pentru a hotărî astfel, Curtea de Apel Oradea a reținut că obiectul litigiului dedus judecății constă în anularea Deciziei nr. 221 din 28.11.2012 și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-70528/21.09.2012 aferentă proiectului cod SMIS 1418 având ca obiect „Reabilitarea și modernizarea DJ 763 Sudrigiu - Pietroasa - Cabana Padiș, km 0+000 - 13+100 și km 19+650 - 35+100L=28,500km, jud. Bihor”. Pe rolul Curții de Apel București - Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal, dosarul a fost înregistrat sub nr. unic 194/35/2013. În cauză a fost administrată proba cu înscrisuri.

Analizând cererea de chemare în judecată, pe baza probelor administrate și a dispozițiilor legale aplicabile, Curtea reține următoarea situație de fapt:

În speță, între autoritatea pârâtă și unitatea administrativ-teritorială reclamantă, în calitate de beneficiar, s-a încheiat Contractul de finanțare nr. nr.25/22.12.2008, cod SMIS 1418. Reclamanta a fost sancționată pentru săvârșirea unor nereguli în implementarea proiectului vizat de Contractul de finanțare nr. 25/22.12.2008, corecția financiară de 25% dispusă fiind aplicată la valoarea aferentă Actului adițional nr.3/26.08.2010 la Contractul de lucrări nr. 12150/23.09.2009, încheiat subsecvent contractului de finanțare.

Aplicarea corecției financiare a fost motivată de pârâtă ca datorându-se împrejurării că prin semnarea actului adițional, respectiv prin suplimentarea lucrărilor inițial contractate, în lipsa imprevizibilității acestora, au fost încălcate prevederile art. 122 lit.i al OUG 34/2006. Împotriva acestei note de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare și în temeiul art. 46 și urm. ale OUG 66/2011 reclamanta a formulat contestație, solicitând anularea notei de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare, însă contestația a fost respinsă prin Decizia nr.221/28.11.2012.

Curtea constată că obiectul Contractului de finanțare nr.25/22.12.2008, cod SMIS 1418, îl constituie „Reabilitarea și modernizarea DJ 763 Sudrigiu- Pietroasa-Cabana Padiș km 0+000 - 13+100 și km 19+650 - 35+100, L = 28,500 km, jud.Bihor”, iar în executarea acestui proiect s-a încheiat - între reclamanta beneficiară și antreprenorul Asocieria SC MBS GROUP SRL Cluj-Napoca,

SC ALFAROM SRL Satu Mare și NEMZETKOZI BETONUT Korlatolt Felelossegu Tarsasag Budapesta - Acordul contractual (contract de lucrări) nr. 12150/23.09.2009.

La data de 26.08.2010, s-a încheiat între aceleași părți, prin procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, Actul adițional nr.3 la acest din urmă contract având ca obiect lucrările suplimentare cuprinse în Dispoziția de șantier nr.8/2010 și în NCS nr. 1/2010, 2/2010 și 3/2010 și majorarea prețului contractului cu contravaloarea acestor lucrări. Deși prin Nota de constatare Autoritatea de Management a considerat că nu se justifică alegerea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru atribuirea lucrărilor care fac obiectul Actului adițional nr. 3/2010, motiv pentru care a reținut că acest din urmă act a fost încheiat cu nerespectarea art. 122 lit. i din OUG nr. 34/2006, Curtea constată că nu au temei cele reținute, câtă vreme din înscrisurile prezentate de ambele părți reiese contrariul.

Potrivit art. 6 alin.3 din OUG nr.66/2001 „autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația aplicării de reduceri procentuale din sumele solicitate la plată de către beneficiari, în situația în care constată abateri de la aplicarea prevederilor privind procedurile de achiziție, fie în raport cu reglementările naționale în vigoare în domeniul achizițiilor publice, fie cu procedurile specifice de achiziții aplicabile beneficiarilor privați, în conformitate cu prevederile anexei”. Totodată, în conformitate cu art. 122 din OUG nr. 34/2006, „autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare numai în următoarele cazuri: ...i) atunci când este necesară achiziționarea unor lucrări sau servicii *suplimentare/adiționale*, care nu au fost incluse în contractul inițial, dar care datorită unor *circumstanțe imprevizibile* au devenit *necesare* pentru îndeplinirea contractului în cauză, și numai dacă se respectă, în mod *cumulativ*, următoarele condiții:

- atribuirea să fie făcută contractantului inițial;
- lucrările sau serviciile suplimentare/adiționale să nu poată fi, din punct de vedere tehnic și economic, separate de contractul inițial fără apariția unor inconveniente majore pentru autoritatea contractantă sau, *deși separabile de contractul inițial, să fie strict necesare în vederea îndeplinirii acestuia;*
- valoarea cumulată a contractelor care vor fi atribuite și a actelor adiționale care vor fi încheiate pentru lucrări și/sau servicii suplimentare ori adiționale să nu depășească 20% din valoarea contractului inițial”.

În același sens sunt prevederile art.40 alin.3 din Directiva 2004/17/CE care stipulează că „entitățile contractante pot utiliza o procedură fără o prealabilă convocare la licitație în următoarele situații: ...f) pentru lucrări sau servicii complementare care nu au fost incluse în proiectul atribuit inițial sau în primul contract încheiat, dar care, datorită unor împrejurări neprevăzute, devin necesare pentru executarea contractului, cu condiția ca atribuirea să se facă antreprenorului sau prestatorului de servicii care execută contractul inițial: ... în cazul în care astfel de lucrări sau servicii, cu toate că pot fi separate de executarea contractului inițial, sunt strict necesare...”

Prin urmare, este incontestabilă îndeplinirea condiției ca lucrările sau serviciile suplimentare/adiționale, chiar separabile de contractul inițial, să fie strict necesare pentru îndeplinirea acestuia. Cât privește faptul dacă acestea au devenit necesare datorită unor circumstanțe imprevizibile, nu poate fi considerată întemeiată apărarea pârâtei în sensul că aceste lucrări nu se datorează unor astfel de împrejurări, ci reprezintă pur și simplu modificări ale soluției tehnice inițiale.

Astfel, Curtea reține că, deși inițial s-a întocmit corespunzător standardelor, proiectul geotehnic, în perioada de după elaborarea acestuia și după începerea lucrărilor de execuție a drumului, datorită creșterii traficului greu în zonă, creștere datorată în principal exploatarea de granodiorit existentă pe Valea Lazului (aspect necontestat în cauză, și ale cărui dimensiuni nu puteau fi evaluate cu

exactitate depinzând de comportamentul unui terț agent economic) coroborat cu demararea lucrărilor de execuție a drumului și cu ploile abundente (peste media de precipitații normală pentru acea perioadă), s-a constatat apariția unor deformații ale drumului (burdușiri, fâgașe longitudinale și transversale etc.), motiv pentru care s-a procedat la efectuarea unei expertize suplimentare pentru determinarea capacității portante a drumului. În baza acesteia, prin Dispoziția de șantier nr.8/2010 s-a constatat necesitatea lucrărilor de îmbunătățire a capacității portante a drumului. În aceleași împrejurări, s-a constatat necesitatea înlăturării burdușirilor pe un sector de drum (din cauza alunecărilor de teren și destabilizării unor versanți ca urmare a ploilor abundente).

Pârâta înseși arată în întâmpinare că „dintre toate cauzele *care au generat* lucrările suplimentare, doar cantitățile de precipitații ar fi putut justifica aplicarea art. 122 lit. i din OUG nr. 34/2006...”. Cât privește achiziționarea lucrărilor de relocare a 23 stâlpi de electricitate, Curtea reține că această relocare a fost solicitată de S.C. Filiala de Distribuție a Energiei Electrice ELECTRICA DISTRIBUȚIE TRANSILVANIA NORD S.A. prin adresa nr.5898/2010. Se constată, deci, din toate actele dosarului că lucrările suplimentare, deși în principiu separabile de contractul inițial, sunt strict necesare pentru îndeplinirea acestuia, neputându-se asigura în alt mod reabilitarea și modernizarea DJ 763 Sudrigiu-Pietroasa-Cabana Padiș.

De asemenea, având în vedere și faptul că atribuirea lucrărilor suplimentare s-a făcut tot cocontractantului inițial, iar valoarea acestora nu depășește 20% din valoarea contractului inițial (46.623.520 lei fără TVA), în mod evident erau întrunite toate condițiile prevăzute de art. 122 lit. i din OUG nr. 34/2006, deci pârâta a procedat nejustificat la aplicarea corecției de 25% prevăzută la pct.2.2 din Anexa la OUG nr.66/2011.

În plus, nu poate fi ignorat faptul că ANRMAP, prin adresa ANRMAP nr. 10.965/10966 din 24.10.2010 a comunicat reclamantei că derularea procedurii de negociere fără publicarea anunțului de participare este legală în situația dată, iar după încheierea actului adițional și angajarea lucrărilor suplimentare, chiar autoritatea de management pârâtă a încheiat mai multe acte adiționale prin care s-a prelungit durata Contractului de finanțare și perioada de implementare a proiectului, la cererea beneficiarului care a avut în vedere și executarea lucrărilor suplimentare.

Față de aceste împrejurări de fapt și de drept, Curtea apreciază că prezenta acțiune este întemeiată, urmând ca - în baza art.51 alin.2 din OUG nr.66/2001 raportat la art.8 și art.18 din Legea nr.554/2004 - să o admită și să procedeze la anularea Deciziei de soluționare a contestației nr. 221/28.11.2012 și a Notei de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-70528/21.09.2012.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Admite cererea formulată de reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL BIHOR, cu sediul în jud. Bihor în contradictoriu cu pârâtul MINISTERULDEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI, DIRECȚIA GENERALĂ CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI FONDURI EUROPENE, SERVICIUL CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI, POR.

Anulează Decizia nr. 221/28.11.2012 și Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-70528/21.09.2012.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, azi, 13.11.2013.

Cererea se depune la Curtea de Apel București - Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal și se motivează prin avocat/consilier juridic, sub sancțiunea nulității.

Dosar nr. 119/35/2013

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINTA CIVILĂ NR. 3881
Ședința publică din data de 06.12.2013

Pe rol soluționarea acțiunii în contencios administrativ formulată de **reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Bihor**, în contradictoriu cu **pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației**, având ca obiect anulare act administrativ. La apelul nominal făcut în ședință publică, la a doua strigare a cauzei au lipsit părțile. Procedura de citare este legal îndeplinită.

S-a expus referatul cauzei de către grefierul de ședință, după care: Curtea constată că pârâta a solicitat judecarea cauzei în lipsă, apreciază cauza în stare de judecată și o reține spre soluționare. După reținerea cauzei în pronunțare s-a prezentat reclamanta U.A.T. Județul Bihor - Consiliul Județean Bihor prin consilier juridic care depune delegație de reprezentare. Pune concluzii de admitere a acțiunii astfel cum a fost formulată și pe cale de consecință, anularea Notei Direcției Generale Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Regional nr.91922 din 10.12.2012 și anularea Notei de propunere spre respingere a pretențiilor beneficiarului nr.13608 din 19.02.2013 întocmită în baza procesului verbal de conciliere nr.12134 din 14.02.2013. Solicită să se constate că procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț publicitar s-a făcut cu respectarea prevederilor art.122 lit.i) din O.U.G. nr.34/2006. Fără cheltuieli de judecată.

CURTEA

Prin cererea înregistrată la 11.04.2013, pe rolul Curții de Apel Oradea, reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL BIHOR a chemat în judecată pe paratul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, solicitând:

- 1) Anularea Notei Direcției Generale Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Regional nr.91922 din 10.12.2012 în procesul de verificare a cererii de rambursare nr.11 privind proiectul SMIS 1418 cu titlul Reabilitare și modernizare DJ 763 Sudrigiu - Pietroasa - Cabana Padiș, km 0+000 -13+100 și km 19+650 - 35+100^A L = 28,500 km, jud. Bihor;
- 2) Anularea Notei de propunere spre respingere a pretențiilor beneficiarului nr.13608 din 19.02.2013 întocmită în baza procesului verbal de conciliere nr.12134 din 14.02.2013;
- 3) Obligarea pârâtei la plata cheltuielilor de judecată.

În motivarea cererii, reclamanta a arătat că în baza notei Direcției Generale Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Regional nr.91922 din 10.12.2012 în procesul de verificare a cererii de rambursare nr.11 privind proiectul SMIS 1418 cu titlul Reabilitare și modernizare DJ 763 Sudrigiu - Pietroasa - Cabana Padiș, km 0+000 - 13+100 și km 19+650 - 35+100, L = 28,500 km, jud.Bihor, s-au identificat abateri de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice aferente actului adițional nr. 10/07.11.2011 la contractual de lucrări nr. 12150/23.09.2009 și a fost aplicată o reducere procentuală de 25% în baza art.6 alin.(3) din O.U.G. nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și / sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

Totodată, prin adresa nr.93592 din 17.12.2012, în considerarea Contractului de finanțare nr.25 din 22.12.2008, cod SMIS 1418, încheiat în cadrul Programului Operațional Regional 2007-2013 pentru proiectul cu titlul Reabilitare și modernizare DJ 763 Sudrigiu - Pietroasa - Cabana Padiș, km 0+000 - 13+100 și km 19+650 -35+100, L = 28,500 km, jud.Bihor, Unitatea Administrativ Teritorială Județul

Bihor a fost informată că în procesul de verificare a cererii de rambursare nr.11 s-au identificat abateri de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice aferente actului adițional nr. 10/07.11.2011 la contractul de lucrări nr. 12150/23.09.2009 și a fost aplicată o reducere procentuală de 25% în baza art.6 alin.(3) din O.U.G. nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și / sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

În considerarea art.23 alin.(1) din Contractul de finanțare nr.25 din 22.12.2008 raportat la dispozițiile art.720¹ din vechiul Cod de procedura civilă, reclamanta a fost convocată pentru data de 14.02.2013 ora 12 la sediul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului în vederea soluționării litigiului ivit în mod amiabil pe calea concilierii directe. Potrivit opiniei sale exprimată și în cadrul procedurii de conciliere, reducerea procentuală de 25% aplicată este nelegală și nefondată, neexistând abateri de la legislația achizițiilor publice cu ocazia încheierii Actului adițional nr.10 la contractul de lucrări nr. 12150/23.09.2009, nefiind încălcate prevederile art.122 lit. i) din O.U.G nr.34/2006, dispoziții legale invocate de M.D.R.A.P.

Astfel, potrivit art.122 lit. i) din O.U.G nr.34/2006, forma în vigoare în momentul încheierii actului adițional nr. 10/07.11.2011 la contractul de lucrări nr. 12150/23.09.2009:

Autoritatea contractanta are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare numai în următoarele cazuri:

i) atunci când este necesară achiziționarea unor lucrări sau servicii suplimentare/adiționale, care nu au fost incluse în contractul inițial, dar care datorită unor circumstanțe imprevizibile au devenit necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză, și numai dacă se respectă, în mod cumulativ, următoarele condiții:

- atribuirea să fie făcută contractantului inițial;

- lucrările sau serviciile suplimentare/adiționale să nu poată fi, din punct de vedere tehnic și economic, separate de contractul inițial fără apariția unor inconveniente majore pentru autoritatea contractantă sau, deși separabile de contractul inițial, să fie strict necesare în vederea îndeplinirii acestuia;

- valoarea cumulată a contractelor care vor fi atribuite și a actelor adiționale care vor fi încheiate pentru lucrări și/sau servicii suplimentare ori adiționale nu depășește 20% din valoarea contractului inițial; în cazuri temeinic motivate ordonatorul principal de credite poate aproba majorarea procentului până la limita maximă de 50% din valoarea contractului inițial pe baza unei note justificative în care vor fi precizate motivele care au condus la depășirea procentului de 20% și care este parte a dosarului achiziției publice.

Raportat la această prevedere legală, consideră că procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare organizată de reclamanta și finalizată prin încheierea Actului adițional nr.10 din 07.11.2011 este legală și fondată, fiind îndeplinită condiția circumstanței imprevizibile pentru fiecare notă de comandă suplimentară în parte, fapt confirmat atât de proiectant cât și de Autoritatea Contractantă, de proiectant prin Memoriu tehnic (expertiza tehnică) și de Autoritatea Contractantă prin nota justificativă nr. 12360 din 25.10.2011. Totodată, procedura de negociere a fost supravegheată și verificată de către Ministerul Finanțelor Publice - Direcția Generală a Finanțelor Publice Bihor - UCVP, raportul procedurii nr. 12771 din 07.11.2011 fiind avizată fără observații.

Mai mult, o parte semnificativă din lucrările suplimentare care au făcut obiectul procedurii de negociere fără publicare a unui anunț de participare au fost cauzate de calamitățile naturale. În ceea ce privește circumstanțele imprevizibile, acestea se datorează și faptului că în urma derulării lucrărilor de construcții montaj s-a constatat necesitatea realizării unor lucrări suplimentare. Conform dispoziției de șantier nr. 12 și anexele aferente, lucrările suplimentare executate și

cauzele care au dus la apariția acestor lucrări suplimentare sunt: NCS 10 - Șanț periat + neprotejat KM 7+400, L= 400 ml

În urma sesizărilor venite din partea proprietarilor de terenuri agricole din zona limitrofă a acestui tronson de drum, precum și a celei venite din partea Primăriei Comunei Buntești prin care arată că datorită nivelului peste medie (din 2009 și 2010) a precipitațiilor, s-a constatat că șanțul proiectat nu mai răspunde necesităților (nu are capacitatea de preluare și deversare suficientă pentru această cantitate de apă peste media multianuală), apa pluvială ieșind din șanțul proiectat inițial și băltind pe terenurile agricole limitrofe.

Pentru acest aspect se impune lărgirea și adâncirea șanțului respectiv, pe de o parte, precum și realizarea unor pereuri pe distanța de aproximativ 400ml (suplimentar față de proiectul tehnic), pentru a se asigura preluarea și deversarea apelor pluviale (fără a mai fi inundate terenurile agricole limitrofe) în condițiile în care precipitațiile depășesc media anuală. Cauza pentru care s-au produs aceste deversări de ape pe terenurile agricole limitrofe au fost precipitațiile peste medie (din anii 2009 și 2010) și secțiunea de scurgere insuficientă a șanțurilor de pe partea stângă a drumului județean. Măsurile propuse pentru evitarea apariției în continuare a acestor fenomene sunt de adâncire a șanțurilor pe această zonă precum și realizarea unui pereu betonat pe acest sector.

Este de subliniat faptul că proiectantul a avut în vedere la întocmirea proiectului tehnic dimensionarea șanțurilor pentru o cantitate medie de precipitații (așa cum cereau normele, staturile și standardele de proiectare), lucrările suplimentare fiind generate de nivelul peste medie al precipitațiilor căzute în zonă în acea perioadă (nivel care nu putea și nu poate fi previzionat cu ocazia proiectării). Podețul proiectat inițial duce la deversarea apei pluviale pe o proprietate privată (la poziția respectivă exista un podeț inițial 0800 colmatat).

În condițiile unor precipitații abundente, peste media anuală, această deversare împiedică folosința normală a terenului limitrof, fapt ce a dus la sesizări din partea proprietarului terenului. Pentru a rezolva această problemă s-a propus mutarea podețului de la km 8+600 la km 8+590 și realizarea unui șanț periat (250 ml) pe terenul proprietate privată (s-a obținut acordul proprietarului terenului pentru această soluție) cu rol de deversare a apei ce tranzitează drumul județean prin podețul tubular proiectat - la emisarul Crișul Pietros.

Cauza pentru care s-au produs aceste deversări de ape pe terenurile agricole limitrofe au fost precipitațiile peste medie (din anii 2009 și 2010) și secțiunea de scurgere insuficientă a șanțurilor de pe partea stângă a drumului județean, aflat pe proprietate privată. Măsurile propuse pentru evitarea apariției în continuare a acestor fenomene sunt de adâncire a șanțului de deversare a podețului precum și realizarea unui pereu betonat pe acest sector soluție pentru care s-a obținut și acordul proprietarului terenului.

Așa cum s-a precizat proiectul inițial nu impunea mutarea podețului existent la km 8+600 ci numai decolmatarea sa. Ulterior, după decolmatare s-a constatat că apele pluviale deversau în gospodăria unuia din cetățeni (proprietatea sa privată), fapt cu care proprietarul nu este de acord. Se impune găsirea unei soluții pentru ca apa pluvială să nu deverseze pe proprietatea respectivă, acest fapt fiind posibil de rezolvat prin mutarea podețului pe o altă poziție (de unde să nu deverseze pe proprietate privată) și edificarea unui șanț periat pentru a duce apa pluvială pentru deversare pe o altă locație.

NCS 12 - Podețe tubulare km 1+500 (acces vite la pășune - 2 podețe: stânga, și dreapta drum O 1000 L= 10ml)

Primăria Comunei Buntești a adresat o solicitare Județului Bihor - Consiliului Județean Bihor pentru a asigura accesul animalelor din gospodăria la pășunea comunală situată pe partea dreaptă a drumului județean, evitându-se accidentările ce ar putea să aibă loc la traversarea șanțurilor (stânga, dreapta) adâncite și protejate prin apărări de mal (conform proiectului). Acest fapt necesită executarea a 2 podețe laterale (podețe tubulare diametru 1000).

Aceste podețe nu au fost cuprinse în proiect deoarece traversarea de către animale a drumului județean se făcea fără probleme înainte de reabilitarea drumului județean, șanțurile existente fiind de pământ și având o adâncime mică. Măsurile propuse pentru evitarea apariției unor eventuale accidentări ale animalelor la traversarea drumului județean este realizarea a două podețe tubulare diametru 1000.

Traseul pentru accesul animalelor la pășunea comunală trebuie să se desfășoare în bune condiții (siguranța atât a animalelor cât și a însoțitorilor acestora) iar accesul animalelor pe partea dreaptă a drumului județean în această zonă ar putea cauza accidente. Acest lucru nu a fost avut în vedere de către proiectant la întocmirea proiectului tehnic, nefiind inclus în nici un act normativ, stas sau standard de proiectare. Situația s-a ivit ulterior, cu ocazia execuției lucrărilor în acea zonă și impune luarea măsurilor necesare pentru evitarea oricăror accidente.

NCS 13 - element de sprijin FC 150, km 11+100 L= 50m

În zona respectivă, pe partea dreaptă a drumului, exista un gard de lemn, gard vechi și deteriorat, amplasat la limita acostamentului drumului, el delimitând o proprietate privată de drumul județean. Cu ocazia executării lucrărilor de infrastructură (la patul drumului) acest gard s-a demolat pentru a fi posibilă executarea profilului transversal al drumului, cu acordul proprietarului. Pentru asigurarea delimitării proprietății private de drum, precum și pentru a asigura siguranța circulației în zona respectivă (proprietatea fiind în curbă) s-a propus de către proiectant și diriginte de șantier (cu acordul proprietarului proprietăți private) realizarea unui zid din beton armat.

Pe acest zid se vor amplasa și indicatoarele de circulație aferente. Păstrarea gardului de lemn nu era posibilă, soluția proiectată inițial neputând fi respectată, astfel încât se consideră că soluția propusă este mai viabilă, atât ca realizare cât și din punct de vedere al siguranței circulației rutiere. Gardul inițial existent s-a deteriorat grav cu ocazia execuției lucrărilor la infrastructura drumului și este necesară înlocuirea lui, înlocuirea cu un gard din beton fiind necesară și datorită diferenței de nivel dintre gospodăria respectivă și drum, pentru siguranța circulației.

NCS 14 - Refacere după calamitățile naturale produse în perioada 30.03. -03.04.2011

În urma producerii unor calamități naturale (alunecări de teren) pe tronsoanele de drum de la km 23+120 - la km 23+140 și de la km 23+400 - km 23+460 - conform Procesului verbal de constatare 1318/07.04.2011 al Comitetului Județean pentru Situații De Urgență - s-a impus executarea unor lucrări de urgență pentru înlăturarea pământului și ebulmenților antrenați de alunecarea de teren pe platforma drumului precum și refacerea acestuia unde s-a surpat. Obligația de a efectua aceste lucrări absolut necesare pentru a se asigura accesul la platoul Padiș era în sarcina beneficiarului, acesta solicitând intervenția urgentă a executantului cu utilajele din dotare. Aceste lucrări erau imprevizibile și impetuos necesare pentru asigurarea accesului la Platoul Padiș, neexistând rute ocolitoare.

NCS 15 - Element de sprijin FC 200 KM 21+500, L=60 m

În urma precipitațiilor peste media anuală (din anii 2009 și 2010) s-a constatat apariția unor torenți și implicit a risului de pierdere a stabilității versantului în acea zonă (versant aflat în proprietate

privată), inclusiv a drumului, acest fenomen accentuându-se și după ploile deosebit de abundente în perioada 30.03. - 03.04.2011. Pentru evitarea acestui lucru se impune executarea unui zid de sprijin (fundatie continuă cu înălțimea elevației de 2 m înălțime, pe o lungime de 60 de metri). Această lucrare se impune a fi realizată pentru a pune în siguranță sectorul de drum respectiv.

Este de subliniat faptul că proiectantul nu a avut în vedere la întocmirea proiectului tehnic necesitatea execuției acestui element de sprijin pe această porțiune a drumului, lucrările suplimentare fiind generate de nivelul peste medie al precipitațiilor căzute în zonă în acea perioadă (nivel care nu putea și nu poate fi previzionat cu ocazia proiectării), precipitații care au generat torenți pe versant. Realizarea acestui element de sprijin este absolut necesară pentru a nu se deteriora drumul (partea de rezistență - fundație) pe această porțiune.

NCS 16 - Podeț tubular nou acces KM 34+000, stânga, L=5,00 m

Între drumul județean și proprietatea privată există acces pe un podeț de lemn. Ca urmare a executării lucrărilor de infrastructură la drum se impune executarea unui podeț tubular de 0600, L = 5 m pentru a se asigura accesul la proprietatea privată (teren și construcții aferente), cât și siguranța circulației pe drum. S-a concesionat terenul în discuție - cu destinația activității turistice - după întocmirea proiectului tehnic și începerea lucrărilor la drum. În acest sens este relevant contractul de concesiune încheiat între comuna Budreasa - în calitate de concedent și concesionarul terenului, în anul 2010. Se impune realizarea podețului respectiv, necesitatea acestuia neputând fi prevăzută la data întocmirii proiectului.

NCS 17 - Podeț tubular nou acces KM 34+100, L= 10,00 m

Între drumul județean și proprietatea privată există acces pe un podeț de lemn. Ca urmare a executării lucrărilor de infrastructură la drum se impune executarea unui podeț tubular de 0600, L = 10 m pentru a se asigura accesul la proprietatea privată (teren și construcții aferente), cât și siguranța circulației pe drum. S-au executat construcții - cu destinația activității turistice - după întocmirea proiectului tehnic și începerea lucrărilor la drum. În acest sens este relevant contractul de concesiune încheiat între comuna Budreasa - în calitate de concedent și concesionarul terenului, în anul 2010.

Se impune realizarea podețului respectiv, necesitatea acestuia neputând fi prevăzută la data întocmirii proiectului.

NCS 18 - Suplimentare lungimi podețe metalice

Față de soluția propusă de către Proiectant în Dispoziția de șantier nr. 10/15.03.2011, cu privire la realizarea unor podețe cu structura metalică flexibilă s-a constatat, în timpul alegerii de către Executant a unui producător de structură metalică flexibilă pentru poduri/podețe, că lungimile prevăzute în Dispoziția de șantier sunt conforme cu standardele românești însă imposibil de a fi uzinate de către producătorii externi (fiecare producător având lungimi tipizate, conforme cu normele Europene). Din acest motiv, detaliile de execuție, anexate la partea scrisă a Dispoziției de Șantier, au trebuit revizuite în funcție de lungimile prevăzute în standardele europene. Se impune suplimentarea lungimilor podețele din structuri metalice flexibile, astfel încât ele să respecte legislația europeană și normele producătorilor.

NCS 19 - Podeț tubular nou acces km 34+010, dreapta, L=10,00 m

Între drumul județean și proprietatea privată există acces pe un podeț de lemn. Ca urmare a executării lucrărilor de infrastructură la drum se impune executarea unui podeț tubular de 0600, L = 10 m pentru a se asigura accesul la proprietatea privată (teren și construcții aferente), cât și

siguranța circulației pe drum. S-a concesionat terenul în discuție - cu destinația activității turistice - după întocmirea proiectului tehnic și începerea lucrărilor la drum. În acest sens este relevant contractul de concesiune încheiat între comuna Budreasa - în calitate de concedent și concesionarul terenului, în anul 2010.

Se impune realizarea podețului respectiv, necesitatea acestuia neputând fi prevăzută la data întocmirii proiectului. Mai trebuie spus că datorită precipitațiilor abundente (peste medie) căzute în zonă în intervalul 2009 - 2010 - 2011 și a alunecărilor de teren generate de aceste precipitații (care au cauzat inclusiv calamități naturale) lățimile transversale ale drumului pe anumite porțiuni au fost modificate, lucru care nu a putut fi prevăzut la data întocmirii proiectului tehnic. Caracterul de neprevăzut este dat așadar de modificările elementelor geometrice ale drumului pe durata de execuție a lucrărilor.

NCS 20 - Suplimentare cantitate geocompozit și cantitate beton asfaltic BAD25 la Obiectul 2: Suprastructură

NCS 21 - Suplimentare cantitate beton asfaltic BAD25 la obiectul 6: Drumuri laterale

NCS 22 - Suplimentare cantitate beton asfaltic BAD25 la obiectul 8: Parcaje

De la data elaborării documentației tehnice: 2007-2008 și până la momentul de față, datorită creșterii circulației rutiere în zonă și în special a creșterii traficului greu, precum și a execuției lucrărilor sub exploatare, pe de o parte, respectiv a realizării unor lucrări de sporire a capacității portante la drum (burdușiri și refacere sistem rutier), pe de altă parte, au apărut în partea carosabilă a drumului o serie de degradări (faianțări, fisuri și crăpături multiple pe direcții diferite, fâgașe în profil longitudinal și transversal, inclusiv denivelări care au modificat pantele carosabilului inițial) pe sectorul de la km 0+000-10+800. Prin procesul verbal de inspecție nr. 927/C/31.08.2011, Inspectoratul Județean în Construcții Bihor a dispus remedierea degradărilor existente cu respectarea reglementărilor tehnice în vigoare.

Soluția care se va adopta, cu respectarea normelor tehnice în vigoare (STAS 174-2/1997), este de acoperire a suprafețelor degradate cu geocompozit montat pe un strat de mixtură asfaltică de egalizare, precum și preluarea denivelărilor și degradărilor menționate anterior printr-un strat de legătură de BAD 25 în grosime variabilă, cu respectarea pantelor din profilele transversale și longitudinale proiectate, atât pe sectorul de drum de la km 0+000-10+800 cât și la drumurile laterale și parcajele proiectate pe acest sector, care prezintă îmbrăcăminte asfaltică.

În urma inventarierii degradărilor, a rezultat necesitatea suplimentării ofertei inițiale cu următoarele cantități:

- OBIECTUL 2 : SUPRASTRUCTURĂ: cantitățile suplimentare de geocompozit și de BAD 25 necesare pentru realizarea remedierilor este de sunt de 6.580 mp de geocompozit respectiv, 3027,82 to de BAD 25;

- OBIECTUL 6: DRUMURI LATERALE: cantitatea suplimentară de BAD 25 necesare pentru realizare a remedierilor este de 31,46 to.

- OBIECTUL 8: PARCAJE: cantitatea suplimentară de BAD 25 necesare pentru realizarea remedierilor este de 17,28 to.

Necesitatea acestora lucrări nu a putut fi prevăzută la data întocmirii proiectului. Având în vedere cele subliniate mai sus consideră caracterul imprevizibil al acestor lucrări suplimentare ca indubitabil, fiind vorba despre o categorie de lucrări care nu puteau fi prevăzute în cadrul proiectului tehnic inițial întocmit (acest proiect tehnic respectă cerințele legislației interne în domeniul proiectării). În ceea ce privește inconvenientele majore pentru autoritatea contractantă

ce ar fi rezultat din atribuirea executării lucrărilor suplimentare către un alt operator economic, subliniază aspectul că din punct de vedere tehnic și economic s-ar fi creat întârzieri majore în derularea (execuția) contractului de lucrări, datorate inițierii, demarării, desfășurării și atribuirii unei proceduri distincte de achiziție publică (licitație deschisă), finalizarea unei astfel de proceduri putându-se întinde între 2 și 5 luni de zile.

Un alt inconvenient major este faptul că aceste lucrări suplimentare sunt cuprinse în lucrările de infrastructură, suprastructură și lucrări de artă, cuprinse în contractul inițial, fiind imposibilă o separare din punct de vedere tehnic a acestor lucrări suplimentare față de lucrările din contractul de bază, fără a fi afectate ritmul de execuție și calitatea lucrărilor (suprapunându-se în acest caz cel puțin doi constructori pe aceleași tronsoane de lucru).

Nu în ultimul rând, dacă s-ar fi impus o altă procedură pentru atribuirea contractului de dirigenție de șantier, ceea ce ar fi condus la situația, deloc de dorit, ca pe lângă doi constructori să fie necesari și doi diriginți pentru confirmarea situațiilor de lucrări. Pe de altă parte, este de subliniat aspectul că organizarea unei alte proceduri de achiziție publică pentru aceste lucrări suplimentare, prezenta riscul de a nu putea duce în timp util (necesar pentru executarea acestor lucrări în succesiunea lor normală) la desemnarea unui câștigător, iar, pe de altă parte, desemnarea unui alt câștigător (executant), ar fi dus la probleme de predare-primire amplasament, de execuție a lucrărilor suplimentare coroborat cu celelalte lucrări din contractul de bază etc. deci ne-am fi găsit în situația de a se întârzia execuția lucrărilor.

Pentru toate aspectele prezentate mai sus, consideră nefondate reținerile din Nota Direcției Generale Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Regional nr.91922 din 10.12.2012 precum și cele din Nota de propunere spre respingere a pretențiilor beneficiarului nr.13608 din 19.02.2013, iar procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț publicitar s-a făcut Cu respectarea prevederilor art. 122 lit. i) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, astfel reducerea procentuală de 25% în baza art.6 alin.(3) din O.U.G. nr.66/2011 fiind nefondată.

În drept: art.51 alin. 1 din OUG nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, prevederile art.8 alin. 1, art. 11 alin. 1 lit. a și art. 18 din Legea nr.554/2004 a contenciosului administrativ. La 7.05.2013, paratul a depus întâmpinare, invocând excepția necompetenței teritoriale. În motivare, paratul a arătat ca potrivit dispozițiilor art. 10 alin.1 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, „Toate cererile privind actele administrative emise de autoritățile publice centrale care au ca obiect sume reprezentând finanțarea nerambursabilă din partea Uniunii Europene, indiferent de valoare, se soluționează în fond de secțiile de contencios administrativ și fiscal ale curților de apel.”

Cu privire la competența teritorială, potrivit dispozițiilor art.23 alin. 1 din contractul de finanțare nr. 25/22.12.2008 SMIS 1418 încheiat de pârât cu reclamanta, act juridic ce reprezintă izvorul prezentului litigiu, "în eventualitatea unui litigiu între AM POR/OI și Beneficiar, survenit în executarea acestui Contract, se va încerca soluționarea acestuia pe cale amiabilă. În situația în care nu se poate ajunge la o înțelegere pe cale amiabilă, litigiul va fi soluționat de către instanțele judecătorești competente material din raza teritorială a Municipiului București."

2) Pe fond, cererea este neîntemeiată, pentru următoarele motive:

Între pârât și reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Slatina a fost încheiat contractul de finanțare nr. 25/22.12.2008, cod SMIS 1418, pentru implementarea proiectului „Reabilitare și modernizare DJ 763 Sudrigiu-Pietroasa-Cabana Padiș, km 0+000-13+100 și 19+650-35+100, L=28,550 km, județul Bihor”.

În urma verificării Cererii de rambursare nr. 11 pentru proiectul mai sus menționat, s-au identificat abateri de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice, aferente actului adițional nr. 10/07.11.2011 la contractul de lucrări nr. 12150/23.09.2009 și a fost aplicată o reducere procentuală de 25% în baza art. 6 alin. (3) din O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora (punctul 1.3 din anexă).

Abaterile de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice aferente actului adițional nr. 10/07.11.2011 la contractul de lucrări nr. 12150/23.09.2009 au constat în încălcarea dispozițiilor art. 122 lit. i) din O.U.G. nr. 34/2006, după cum urmează: Potrivit prevederilor art. 122 lit. i) din O.U.G. nr. 34/2006 „atunci când este necesară achiziționarea unor lucrări sau servicii suplimentare/adiționale, care nu au fost incluse în contractul inițial, dar care datorită unor circumstanțe imprevizibile au devenit necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză, și numai dacă se respectă, în mod cumulativ, următoarele condiții:

- atribuirea să fie făcută contractantului inițial;
- lucrările sau serviciile suplimentare/adiționale nu pot fi, din punct de vedere tehnic și economic, separate de contractul inițial fără apariția unor inconveniente majore pentru autoritatea contractantă sau, deși separabile de contractul inițial, sunt strict necesare în vederea îndeplinirii acestuia;
- valoarea cumulată a contractelor care vor fi atribuite și a actelor adiționale care vor fi încheiate pentru lucrări și/sau servicii suplimentare ori adiționale nu depășește 20% din valoarea contractului inițial; în cazuri temeinic motivate ordonatorul principal de credite poate aproba majorarea procentului până la limita maximă de 50% din valoarea contractului inițial pe baza unei note justificative în care vor fi precizate motivele care au condus la depășirea procentului de 20% și care este parte a dosarului achiziției publice”.

Verificând modul de atribuire al actului adițional nr. 10/07.11.2011 la contractul de lucrări nr. 12150/23.09.2009 s-a constatat că din argumentele prezentate de reclamantă în Nota justificativă privind alegerea procedurii și documentația tehnică, respectiv memorii tehnice și dispoziții de șantier, care au stat la baza justificării alegerii procedurii, nu rezultă circumstanțele imprevizibile care au determinat încheierea actului adițional prin negociere fără publicare a unui anunț de participare.

În consecință, având în vedere aspectele menționate, potrivit dispozițiilor art.1.7 din Anexa la OUG nr.66/2011, pentru abaterile constatate s-a aplicat o corecție financiară de 25% din valoarea eligibilă a contractului de servicii de proiectare nr.29919/19.12.2009, în valoare de 113.689,12 lei și TVA de 24.296,38 lei.

Cu privire la motivele invocate prin cererea de chemare în judecată: Referitor la faptul că Direcția Generală a Finanțelor Publice-UCVAP, ca autoritate însărcinată cu verificarea procesului de atribuire a contractelor din instrumente structurale, a supravegheat derularea etapelor procesului de achiziție publică și a avizat fără observații raportul procedurii, nesemnând nerespectarea vreunor prevederi legale, învedereăm instanței de judecată următoarele:

Potrivit dispozițiilor art. 1 alin.3 din OUG nr.30/2006, în vigoare la data desfășurării procedurii de atribuire, verificarea efectuată de această structură „privește etapele procesului de achiziție publică, după publicarea anunțului/invitației de participare și până la atribuirea și semnarea contractului.” De asemenea, potrivit art. 1 alin.2 din același act, "fac obiectul verificării aspectele procedurale aferente procesului de atribuire a contractelor." Prin urmare, în activitatea de verificare, UCVAP se pronunță doar asupra aspectelor procedurale, respectiv îndeplinirea tuturor etapelor procesului de achiziție publică iar nu și asupra modificării ulterioare a clauzelor contractuale obligatorii din documentația de atribuire.

Mai mult decât atât, potrivit dispozițiilor art.32 ind.4 din HG nr.457/2008, în stabilirea și aplicarea corecțiilor financiare „Autoritatea de Management nu este condiționată în luarea deciziilor de activitățile desfășurate de ANRMAP și UCVP”. Pe fond, singurele critici ale reclamantei vizează împrejurarea că aceasta consideră că o parte semnificativă din lucrările suplimentare care au făcut obiectul procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare, au fost cauzate de calamitățile naturale, încadrându-se astfel în noțiunea de circumstanțe imprevizibile.

Se susține astfel că procedura s-a derulat cu respectarea prevederilor legale conform O.U.G. nr. 34/2006 art. 122 lit. i) existând aceea circumstanță imprevizibilă pentru fiecare Notă de comandă suplimentară în parte, fapt confirmat atât de proiectant, cât și de Autoritatea Contractantă-de proiectant prin Memoriul tehnic (expertiza tehnică) și de Autoritatea Contractantă prin nota justificativă nr. 12360/25.10.2011. Cu privire la aceste aspecte, susținerile beneficiarului nu sunt justificate, nu demonstrează existența unor circumstanțe imprevizibile care să permită alegerea procedurii negocierii fără publicare a unui anunț de participare conform art. 122 lit. i) din O.U.G. nr. 34/2006.

Cu titlu de exemplu, justificarea cel puțin a unora dintre lucrări ca fiind cauzate de circumstanțe imprevizibile este departe de adevăr: NCS 12-Podețe tubulare km 1*500 (acces vite la pășune-2 podețe). Se justifică de către reclamantă că a fost necesară executarea a 2 podețe laterale pentru evitarea apariției unor eventuale accidentări ale animalelor la traversarea drumului județean. Or, nu se poate afirma că aceasta este o circumstanță ce nu putea fi cunoscută de parte de la început.

La fel și în cazul NCS 16 și NCS 17 unde motivul invocat a fost că s-a concesionat terenul în discuție după întocmirea proiectului tehnic și începerea lucrărilor. Urmează ca în cauză să se administreze probatorii mai complexe decât susținerile părților care să demonstreze dacă din punct de vedere tehnic, lucrările suplimentare care au făcut obiectul procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare, au fost cauzate de circumstanțe imprevizibile ce nu au putut fi prevăzute de reclamantă și care au justificat atitudinea acesteia.

Mai mult decât atât, cu privire la condiția referitoare la „circumstanțele imprevizibile”, Comisia Europeană, prin adresa Bruxelles, MARKT/C3/EP/kr (2012) 677516/21.05.2012 comunică că această cerință trebuie interpretată într-o manieră obiectivă, ca făcând referire la ceea ce o autoritate contractantă diligentă ar fi trebuit să prevadă (de exemplu dezastre naturale, noi cerințe rezultate din adoptarea a noi reglementări comunitare sau naționale, ori condiții tehnice care nu ar fi putut fi prevăzute în ciuda investigațiilor tehnice care au stat la baza proiectului. Modificările determinate de pregătirea neadecvată a procedurii de atribuire / proiectului nu pot fi considerate circumstanțe neprevăzute.”

Prin sentința civilă nr. 148/30.08.2013, Curtea de Apel Oradea a declinat competența soluționării cauzei la Curtea de Apel București. Dosarul a fost înregistrat pe rolul Curții de Apel București la 28.10.2013. Curtea a încuviințat părților proba cu înscrisuri. Din probele administrate, Curtea reține ca între parat și reclamanta a fost încheiat contractul de finanțare nr. 25/22.12.2008, cod SMIS 1418, pentru implementarea proiectului „Reabilitare și modernizare DJ 763 Sudrigiu-Pietrosasa-Cabana Padiș, km 0+000-13+100 și 19+650- 35+100, L=28,550 km, județul Bihor”.

În urma verificării Cererii de rambursare nr. 11 pentru proiectul mai sus menționat, s-au identificat abateri de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice, aferente actului adițional nr. 10/07.11.2011 la contractul de lucrări nr. 12150/23.09.2009 și a fost aplicată o reducere procentuală de 25% în baza art. 6 alin. (3) din O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora (punctul 1.3 din anexă).

Abaterile de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice aferente actului adițional nr. 10/07.11.2011 la contractul de lucrări nr. 12150/23.09.2009 au constat în încălcarea dispozițiilor art. 122 lit. i) din O.U.G. nr. 34/2006.

Potrivit prevederilor art. 122 lit. i) din O.U.G. nr. 34/2006 „atunci când este necesară achiziționarea unor lucrări sau servicii suplimentare/adiționale, care nu au fost incluse în contractul inițial, dar care datorită unor circumstanțe imprevizibile au devenit necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză, și numai dacă se respectă, în mod cumulativ, următoarele condiții:

- atribuirea să fie făcută contractantului inițial;
- lucrările sau serviciile suplimentare/adiționale nu pot fi, din punct de vedere tehnic și economic, separate de contractul inițial fără apariția unor inconveniente majore pentru autoritatea contractantă sau, deși separabile de contractul inițial, sunt strict necesare în vederea îndeplinirii acestuia;
- valoarea cumulată a contractelor care vor fi atribuite și a actelor adiționale care vor fi încheiate pentru lucrări și/sau servicii suplimentare ori adiționale nu depășește 20% din valoarea contractului inițial; în cazuri temeinic motivate ordonatorul principal de credite poate aproba majorarea procentului până la limita maximă de 50% din valoarea contractului inițial pe baza unei note justificative în care vor fi precizate motivele care au condus la depășirea procentului de 20% și care este parte a dosarului achiziției publice”.

Verificând modul de atribuire al actului adițional nr. 10/07.11.2011 la contractul de lucrări nr. 12150/23.09.2009 s-a constatat că din argumentele prezentate de reclamantă în Nota justificativă privind alegerea procedurii și documentația tehnică, respectiv memoriile tehnice și dispoziții de șantier, care au stat la baza justificării alegerii procedurii, nu rezultă circumstanțele imprevizibile care au determinat încheierea actului adițional prin negociere fără publicare a unui anunț de participare.

În consecință, având în vedere aspectele menționate, potrivit dispozițiilor art. 1.7 din Anexa la OUG nr.66/2011, pentru abaterile constatate s-a aplicat o corecție financiară de 25% din valoarea eligibilă a contractului de servicii de proiectare nr.29919/19.12.2009, în valoare de 113.689,12 lei și TVA de 24.296,38 lei.

Curtea considera ca exista circumstanțe imprevizibile pentru fiecare notă de comandă suplimentară în parte, fapt confirmat atât de proiectant cât și de Autoritatea Contractantă, de proiectant prin Memoriu tehnic (expertiza tehnică) și de Autoritatea Contractantă prin nota justificativă nr.12360 din 25.10.2011, astfel încât, în mod legal, s-a desfășurat procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare organizată de reclamanta și finalizată prin încheierea Actului adițional nr. 10 din 07.11.2011.

Mai mult, o parte semnificativă din lucrările suplimentare care au făcut obiectul procedurii de negociere fără publicare a unui anunț de participare au fost cauzate de calamitățile naturale. Lucrările suplimentare executate și cauzele care au dus la apariția acestor lucrări suplimentare sunt:

- NCS 10 - Șanț periat + neprotejat KM 7+400, L= 400 ml

Datorită nivelului peste medie (din 2009 și 2010) a precipitațiilor, s-a constatat că șanțul proiectat nu mai răspunde necesităților (nu are capacitatea de preluare și deversare suficientă pentru această cantitate de apă peste media multianuală), apa pluvială ieșind din șanțul proiectat inițial și băltind pe terenurile agricole limitrofe. Pentru acest aspect, se impune lărgirea și adâncirea șanțului respectiv, pe de o parte, precum și realizarea unor pereuri pe distanța de aproximativ 400 ml (suplimentar față de proiectul tehnic), pentru a se asigura preluarea și deversarea apelor

pluviale (fără a mai fi inundate terenurile agricole limitrofe) în condițiile în care precipitațiile depășesc media anuală.

Cauza pentru care s-au produs aceste deversări de ape pe terenurile agricole limitrofe au fost precipitațiile peste medie (din anii 2009 și 2010) și secțiunea de scurgere insuficientă a șanțurilor de pe partea stângă a drumului județean. Măsurile propuse pentru evitarea apariției în continuare a acestor fenomene sunt de adâncire a șanțurilor pe această zonă precum și realizarea unui pereu betonat pe acest sector. Proiectantul a avut în vedere la întocmirea proiectului tehnic dimensionarea șanțurilor pentru o cantitate medie de precipitații (așa cum cereau normele, staturile și standardele de proiectare), lucrările suplimentare fiind generate de nivelul peste medie al precipitațiilor căzute în zonă în acea perioadă (nivel care nu putea și nu poate fi previzionat cu ocazia proiectării).

- NCS 11 - Șanț periat + neprotejat km 8+600 (8+560), L= 250 ml

Poduțul proiectat inițial duce la deversarea apei pluviale pe o proprietate privată (la poziția respectivă exista un podeț inițial diametru 800 colmatat). În condițiile unor precipitații abundente, peste media anuală, această deversare împiedică folosința normală a terenului limitrof, fapt ce a dus la sesizări din partea proprietarului terenului. Pentru a rezolva această problemă s-a propus mutarea poduțului de la km 8+600 la km 8+590 și realizarea unui șanț periat (250 ml) pe terenul proprietate privată (s-a obținut acordul proprietarului terenului pentru această soluție) cu rol de deversare a apei ce tranzitează drumul județean prin poduțul tubular proiectat - la emisarul Crișul Pietros.

Cauza pentru care s-au produs aceste deversări de ape pe terenurile agricole limitrofe au fost precipitațiile peste medie (din anii 2009 și 2010) și secțiunea de scurgere insuficientă a șanțurilor de pe partea stângă a drumului județean, aflat pe proprietate privată. Măsurile propuse pentru evitarea apariției în continuare a acestor fenomene sunt de adâncire a șanțului de deversare a poduțului precum și realizarea unui pereu betonat pe acest sector soluție pentru care s-a obținut și acordul proprietarului terenului.

Așa cum s-a precizat proiectul inițial nu impunea mutarea poduțului existent la km 8+600, ci numai decolmatarea sa. Ulterior, după decolmatare s-a constatat că apele pluviale deversau în gospodăria unuia din cetățeni (proprietatea sa privată), fapt cu care proprietarul nu este de acord. Se impune găsirea unei soluții pentru ca apa pluvială să nu deverseze pe proprietatea respectivă, acest fapt fiind posibil de rezolvat prin mutarea poduțului pe o altă poziție (de unde să nu deverseze pe proprietate privată) și edificarea unui șanț periat pentru a duce apa pluvială pentru deversare pe o altă locație.

- NCS 12 - Podețe tubulare km 1+500 (acces vite la pășune - 2 podețe: stânga, și dreapta drum O 1000 L= 10ml)

Pentru a asigura accesul animalelor din gospodăria la pășunea comunală situată pe partea dreaptă a drumului județean, evitându-se accidentările ce ar putea să aibă loc la traversarea șanțurilor (stânga, dreapta) adâncite și protejate prin apărări de mal (conform proiectului) a fost necesară executarea a 2 podețe laterale (podețe tubulare diametru 1000). Aceste podețe nu au fost cuprinse în proiect deoarece traversarea de către animale a drumului județean se făcea fără probleme înainte de reabilitarea drumului județean, șanțurile existente fiind de pământ și având o adâncime mică.

Măsurile propuse pentru evitarea apariției unor eventuale accidente ale animalelor la traversarea drumului județean este realizarea a două podețe tubulare diametru 1000. Accesul animalelor pe partea dreaptă a drumului județean în această zonă ar putea cauza accidente. Acest lucru nu a fost avut în vedere de către proiectant la întocmirea proiectului tehnic, nefiind inclus în nici un act

normativ, stas sau standard de proiectare. Situația s-a ivit ulterior, cu ocazia execuției lucrărilor în acea zonă.

- NCS 13 - element de sprijin FC 150, km 11+100 L= 50 m

În zona respectivă, pe partea dreaptă a drumului, exista un gard de lemn, gard vechi și deteriorat, amplasat la limita acostamentului drumului, el delimitând o proprietate privată de drumul județean. Cu ocazia executării lucrărilor de infrastructură (la patul drumului) acest gard s-a demolat pentru a fi posibilă executarea profilului transversal al drumului, cu acordul proprietarului.

Pentru asigurarea delimitării proprietății private de drum, precum și pentru a asigura siguranța circulației în zona respectivă (proprietatea fiind în curbă) s-a propus de către proiectant și diriginte de șantier (cu acordul proprietarului proprietăți private) realizarea unui zid din beton armat. Păstrarea gardului de lemn nu era posibilă, soluția proiectată inițial neputând fi respectată, astfel încât se consideră că soluția propusă este mai viabilă, atât ca realizare cât și din punct de vedere al siguranței circulației rutiere.

Gardul inițial existent s-a deteriorat grav cu ocazia execuției lucrărilor la infrastructura drumului și este necesară înlocuirea lui, înlocuirea cu un gard din beton fiind necesară și datorită diferenței de nivel dintre gospodăria respectivă și drum pentru siguranța circulației.

- NCS 14 - Refacere după calamitățile naturale produse în perioada 30.03. -03.04.2011

În urma producerii unor calamități naturale (alunecări de teren) pe tronsoanele de drum de la km 23+120 - la km 23+140 și de la km 23+400 - km 23+460 - conform Procesului verbal de constatare 1318/07.04.2011 al Comitetului Județean pentru Situații De Urgență - s-a impus executarea unor lucrări de urgență pentru înlăturarea pământului și ebulmenților antrenați de alunecarea de teren pe platforma drumului precum și refacerea acestuia unde s-a surpat.

Obligația de a efectua aceste lucrări absolut necesare pentru a se asigura accesul la platoul Padiș era în sarcina beneficiarului, acesta solicitând intervenția urgentă a executantului cu utilajele din dotare.

Aceste lucrări erau imprevizibile și impetuos necesare pentru asigurarea accesului la Platoul Padiș, neexistând rute ocolitoare.

- NCS 15 - Element de sprijin FC 200 KM 21+500, L=60 m

În urma precipitațiilor peste media anuală (din anii 2009 și 2010) s-a constatat apariția unor torenți și implicit a riscului de pierdere a stabilității versantului în acea zonă (versant aflat în proprietate privată), inclusiv a drumului, acest fenomen accentuându-se și după ploile deosebit de abundente în perioada 30.03. - 03.04.2011. Pentru evitarea acestui lucru se impune executarea unui zid de sprijin (fundație continuă cu înălțimea elevației de 2 m înălțime, pe o lungime de 60 de metri). Această lucrare se impune a fi realizată pentru a pune în siguranță sectorul de drum respectiv.

Proiectantul nu a avut în vedere la întocmirea proiectului tehnic necesitatea execuției acestui element de sprijin pe această porțiune a drumului, lucrările suplimentare fiind generate de nivelul peste medie al precipitațiilor căzute în zonă în acea perioadă (nivel care nu putea și nu poate fi previzionat cu ocazia proiectării), precipitații care au generat torenți pe versant. Realizarea acestui element de sprijin este absolut necesară pentru a nu se deteriora drumul (partea de rezistență - fundație) pe această porțiune.

- NCS 16 - Podeț tubular nou acces KM 34+000, stânga, L=5,00 m

Ca urmare a executării lucrărilor de infrastructură la drum se impune executarea unui podeț tubular de 0600, L = 5 m pentru a se asigura accesul la proprietatea privată (teren și construcții aferente), cât și siguranța circulației pe drum. S-a concesionat terenul în discuție - cu destinația

activități turistice după întocmirea proiectului tehnic și începerea lucrărilor la drum. În acest sens este relevant contractul de concesiune încheiat între comuna Budreasa - în calitate de concedent și concesionarul terenului, în anul 2010.

Se impune realizarea podețului respectiv, necesitatea acestuia neputând fi prevăzută la data întocmirii proiectului.

- NCS 17 - Podeț tubular nou acces KM 34+100, L= 10,00 m

Între drumul județean și proprietatea privată există acces pe un podeț de lemn.

Ca urmare a executării lucrărilor de infrastructură la drum se impune executarea unui podeț tubular de diametru 600, L = 10 m pentru a se asigura accesul la proprietatea privată (teren și construcții aferente), cât și siguranța circulației pe drum.

S-au executat construcții - cu destinația activității turistice - după întocmirea proiectului tehnic și începerea lucrărilor la drum. În acest sens este relevant contractul de concesiune încheiat între comuna Budreasa - în calitate de concedent și concesionarul terenului, în anul 2010. Se impune realizarea podețului respectiv, necesitatea acestuia neputând fi prevăzută la data întocmirii proiectului.

- NCS 18 - Suplimentare lungimi podețe metalice

Față de soluția propusă de către Proiectant în Dispoziția de șantier nr. 10/15.03.2011, cu privire la realizarea unor podețe cu structura metalică flexibilă s-a constatat, în timpul alegerii de către Executant a unui producător de structură metalică flexibilă pentru poduri/podețe, că lungimile prevăzute în Dispoziția de șantier sunt conforme cu standardele românești însă imposibil de a fi uzinate de către producătorii externi (fiecare producător având lungimi tipizate, conforme cu normele Europene).

Din acest motiv, detaliile de execuție, anexate la partea scrisă a Dispoziției de Șantier, au trebuit revizuite în funcție de lungimile prevăzute în standardele europene. Se impune suplimentarea lungimilor podețele din structuri metalice flexibile, astfel încât ele să respecte legislația europeană și normele producătorilor.

- NCS 19 - Podeț tubular nou acces km 34+010, dreapta, L=10,00 m

Între drumul județean și proprietatea privată există acces pe un podeț de lemn. Ca urmare a executării lucrărilor de infrastructură la drum se impune executarea unui podeț tubular de 600, L = 10 m pentru a se asigura accesul la proprietatea privată (teren și construcții aferente), cât și siguranța circulației pe drum.

S-a concesionat terenul în discuție - cu destinația activității turistice după întocmirea proiectului tehnic și începerea lucrărilor la drum. În acest sens este relevant contractul de concesiune încheiat între comuna Budreasa - în calitate de concedent și concesionarul terenului, în anul 2010. Se impune realizarea podețului respectiv, necesitatea acestuia neputând fi prevăzută la data întocmirii proiectului.

Mai trebuie spus că datorită precipitațiilor abundente (peste medie) căzute în zonă în intervalul 2009 - 2010 - 2011 și a alunecărilor de teren generate de aceste precipitații (care au cauzat inclusiv calamități naturale) lățimile transversale ale drumului pe anumite porțiuni au fost modificate, lucru care nu a putut fi prevăzut la data întocmirii proiectului tehnic. Caracterul de neprevăzut este dat așadar de modificările elementelor geometrice ale drumului pe durata de execuție a lucrărilor.

- NCS 20 - Suplimentare cantitate geocompozit și cantitate beton asfaltic BAD25 la Obiectul 2: Suprastructură

- NCS 21 - Suplimentare cantitate beton asfaltic BAD25 la obiectul 6: Drumuri laterale
- NCS 22 - Suplimentare cantitate beton asfaltic BAD25 la obiectul 8: Parcaje

De la data elaborării documentației tehnice, 2007-2008 și până la momentul de față, datorită creșterii circulației rutiere în zonă și în special a creșterii traficului greu, precum și a execuției lucrărilor sub exploatare, pe de o parte, respectiv a realizării unor lucrări de sporire a capacității portante la drum (burdușiri și refacere sistem rutier), pe de altă parte, au apărut în partea carosabilă a drumului o serie de degradări (faiențări, fisuri și crăpături multiple pe direcții diferite, fâgașe în profil longitudinal și transversal, inclusiv denivelări care au modificat pantele carosabilului inițial) pe sectorul de la km 0+000-10+800.

Prin procesul verbal de inspecție nr. 927/C/31.08.2011, Inspectoratul Județean în Construcții Bihor a dispus remedierea degradărilor existente cu respectarea reglementărilor tehnice în vigoare.

Soluția care se va adopta, cu respectarea normelor tehnice în vigoare (STAS 174-2/1997), este de acoperire a suprafețelor degradate cu geocompozit montat pe un strat de mixtură asfaltică de egalizare, precum și preluarea denivelărilor și degradărilor menționate anterior printr-un strat de legătură de BAD 25 în grosime variabilă, cu respectarea pantelor din profilele transversale și longitudinale proiectate, atât pe sectorul de drum de la km 0+000-10+800 cât și la drumurile laterale și parcajele proiectate pe acest sector, care prezintă îmbrăcăminte asfaltică.

În urma inventarierii degradărilor, a rezultat necesitatea suplimentării ofertei inițiale cu următoarele cantități:

- OBIECTUL 2 : SUPRASTRUCTURĂ: cantitățile suplimentare de geocompozit și de BAD 25 necesare pentru realizarea remedierilor este de sunt de 6.580 mp de geocompozit respectiv, 3027,82 to de BAD 25;
- OBIECTUL 6: DRUMURI LATERALE cantitatea suplimentară de BAD 25 necesare pentru realizare a remedierilor este de 31,46 to;
- OBIECTUL 8: PARCAJE: cantitatea suplimentară de BAD 25 necesare pentru realizarea remedierilor este de 17,28 to.

Necesitatea acestora lucrări nu a putut fi prevăzută la data întocmirii proiectului. Curtea considera ca aceste lucrări nu puteau fi prevăzute în cadrul proiectului tehnic inițial întocmit.

Din aceste motive, în baza art. 122 lit. i) din O.U.G. nr. 34/2006, art. 1 și 18 din Legea nr. 554/2004, Curtea va admite cererea, va anula Nota Direcției Generale Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Regional nr.91922 din 10.12.2012 și Nota de propunere nr.13608 din 19.02.2013 și va lua act că reclamanta nu solicită cheltuieli de judecată.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Admite cererea formulată de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Bihor, cu sediul în Oradea, județul Bihor, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației, cu sediul în București.

Anulează Nota Direcției Generale Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Regional nr.91922 din 10.12.2012 și Nota de propunere nr.13608 din 19.02.2013.

la act că reclamanta nu solicită cheltuieli de judecată.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, azi, 06.XII.2013.

CURTEA DE APEL ORADEA
SECȚIA A-II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 41/CA/2014
Ședința publică din 3 martie 2014

Pe rol fiind pronunțarea hotărârii asupra acțiunii de contencios administrativ, în primă instanță, introdusă de reclamanta **Unitatea Administrativ Teritorială - Municipiul Oradea - reprezentată prin Primarul Municipiului Oradea** cu sediul în Oradea, Județ Bihor în contradictoriu cu pârâtul **Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene - Serviciul Constatăre și Stabilire Nereguli - POR** cu sediul în sector 5, București, având ca obiect anulare act administrativ. La apelul nominal făcut în cauză au lipsit părțile. Procedura de citare este legal îndeplinită.

S-a făcut referatul cauzei învederându-se instanței că cererea este legal timbrată cu suma de 50 lei achitată prin chitanțele de la dosar, precum și faptul că s-a solicitat judecarea cauzei în lipsă, conform art.242 alin.2 Cod procedură civilă, după care: Instanța văzând că s-a solicitat judecarea cauzei în lipsă, conform art.242 alin.2 Cod procedură civilă încheie cercetarea judecătorească și rămâne în pronunțare asupra acțiunii.

CURTEA DE APEL, DELIBERÂND:

Asupra acțiunii în contencios administrativ de față, constată următoarele:

Prin acțiunea înregistrată la această instanță la data de 15.11.2013, reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială - Municipiul Oradea - reprezentată prin Primarul Municipiului Oradea a solicitat instanței anularea Deciziei nr. 19/23.05.2013 cu consecința admiterii contestația administrative formulate de Municipiul Oradea și a anulării Procesului verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare nr CA 12234 din 14.02.2013, emis de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene - Serviciul Constatăre și Stabilire Nereguli - POR și a exonerării de la restituirea sumei de 227.051, 37 lei, (194.061 lei + TVA de 36.871, 59 lei) considerată de autoritatea de control ca fiind cheltuieli neeligibile.

În motivarea contestației sale, acesta arată că în data de 25.03.2013, la registratura Municipiului Oradea s-a înregistrat Procesul-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare nr CA 12234 din 14.02.2013, emis de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene - Serviciul Constatăre și Stabilire Nereguli - POR, potrivit căruia s-a constatat că suma de 194.061 lei + TVA de 36.871, 59 lei reprezintă cheltuieli neeligibile . În luarea acestei decizii, autoritatea de control a avut în vedere următoarele motive de fapt și de drept:

- În fapt, s-a apreciat că valoarea contractului de servicii SF nr. 61554/30 06.2008 este de 274.061 lei, la care se adaugă suma de 52.071,59 lei TVA, în condițiile în care valoarea estimată a acestui contract a fost de 80.000 lei.

- Ofertantul SC Proiect Bihor SA a prezentat o propunere financiară de 274.061,00 lei, care a fost mai mare decât cea prevăzută în Nota justificativă privind valoarea estimată a achiziției , respectiv suma de 80.000 lei și de cea prevăzută în planul de achiziții al proiectului care este tot în sumă de 80.000 lei, motiv pentru care Autoritatea de management consideră că oferta trebuia declarată inacceptabilă conf. art. 36 din HG nr. 925/2006 iar suma de 194.061 lei + TVA de 36.871,59 lei, adică, 274.061 lei reprezintă cheltuieli neeligibile.

În drept, s-au invocat dispozițiile:

- art. 36 din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare: „Art. 36- (1) Oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: e) prețul inclus în propunerea financiară depășește valoarea fondurilor care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv”.
- art. 5 din contractul de finanțare - Eligibilitatea cheltuielilor „(1) Cheltuielile sunt considerate eligibile dacă sunt în conformitate cu HG nr 759/2007 privind regulile de eligibilitate a cheltuielilor efectuate în cadrul operațiunii/oi finanțate prin programele operaționale, cu modificările și completările ulterioare și cu Ordinul comun al ministrului dezvoltării, lucrărilor publice și locuințelor nr. 185/18.02.2008 și al ministrului economiei și finanțelor nr. 621/03.03.2008 pentru aprobarea categoriilor de cheltuieli eligibile pentru domeniul major de intervenție 3.4, din cadrul Programului Operațional Regional 2007-2013, cu modificările și completările ulterioare”.
- art. 9(22) din contractul de finanțare - Atribuirea contractelor și politici comunitare. „În scopul atribuirii contractelor de servicii, furnizare, execuție de lucrări necesare pentru implementarea proiectului care face obiectul prezentului Contract Beneficiarul, în calitate de Autoritate Contractantă, are obligația de a respecta prevederile legislației naționale în domeniul achizițiilor publice . Nerespectarea acestei obligații duce la neeligibilitatea cheltuielilor astfel efectuate .”
- Regulamentul (CE) al Consiliului nr. 1083/2006, art. 70 (1), art. 98 și art. 107
- Regulamentul (CE) al Consiliului nr. 10828/2006, art. 13 (2) și art. 27 lit. a),b) și c).
- Decizia Comisiei CI 2001/476, respectiv COCOF/2007 - Orientări pentru stabilirea corecțiilor financiare care trebuie aplicate cheltuielilor cofinanțate din fondurile structurale și fondul de coeziune în caz de nerespectare a normelor în materie de contracte de achiziții publice, așa cum a fost preluat în legislația națională - Anexa la OUG nr. 66/20.11, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva Procesului-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare nr. CA 12234 din 14.02.2013, emis de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene - Serviciul Constatare și Stabilire Nereguli - POR, Municipiul Oradea a formulat în temeiul O.U.G. nr. 66/2011, contestație administrativă. Prin Decizia nr. 19/23.05.2013, atacată, a fost respinsă ca nefondată contestația formulată de către Municipiul Oradea, fiind menținut, ca atare, Procesul-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare nr. CA 12234 din 14.02.2013 aferent proiectului cod SMIS 5274 cu titlul "Reabilitare, modernizare, extindere și dotări la Școala cu clasele I-VIII Avram Iancu Oradea", beneficiar Municipiul Oradea.

Prin decizia atacată, autoritatea de control a reținut, în esență, că prin atribuirea contractului de servicii SF nr. 61554/30.06.2008 la o propunere financiară superioară celei din nota justificativă, în cuantum de 274.061 lei, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art.36 alin. 1 lit.e din H.G.nr. 925/2006, în vigoare la data demarării procedurii de achiziție publică în cauză, de vreme ce valoarea estimativă a contractului a fost de 80.000 lei. Or, consecința abaterilor de la prevederile legale este sancționată cu excluderea de la finanțare a cheltuielilor ce depășesc valoarea estimată a contractului.

Consideră criticabilă poziția Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene - Serviciul Constatare și Stabilire Nereguli - POR, întrucât, procedura de achiziție și încheierea Contractului de servicii SF nr. 61554/30.06.2008 s-au desfășurat cu respectarea dispozițiilor legale. În fapt, contractul de servicii Studiu de Fezabilitate nr. 61554/30.06.2008 s-a încheiat în urma celei de-a treia proceduri de cerere de oferte cu singurul ofertant care a participat la această procedură, respectiv cu S.C. Proiect Bihor S.A.

În total au fost organizate trei proceduri de cerere de ofertă dar, în urma publicării invitațiilor de participare, la primele două proceduri nu s-a depus nici o ofertă . Primele două proceduri de achiziție au avut ca obiect elaborarea studiului de fezabilitate la o valoare estimată de 80.000 lei,

fără TVA. La cea de-a treia procedură s-a considerat a fi necesară, pe lângă efectuarea studiului de fezabilitate și realizarea Proiectului Tehnic, Caietul de Sarcini și Documente Detalii de Execuție, în acest caz valoarea estimată a întregului pachet de servicii urmând să fie mai mare decât valoarea estimată doar pentru studiul de fezabilitate. Dintr-o eroare, însă, în documentele care au stat la baza celei de-a treia proceduri de cerere de oferte a rămas doar valoarea estimată pentru studiul de fezabilitate .

După deschiderea ofertei prezentate de SC Proiect Bihor SA, care a fost și singurul ofertant, de altfel, acesta a oferit un preț total de 274.061 lei tară TVA, această sumă nedepășind pragul valoric prevăzut de OUG nr. 34/2006 pentru procedura de cerere de oferte. La data adjudecării ofertei depuse de SC Proiect Bihor SA a existat posibilitatea disponibilizării de sume, din bugetul local, necesare achitării contravalorii serviciilor de proiectare. Cu toate că valoarea ofertată și adjudecată pentru serviciile de proiectare depășește valoarea estimată greșit în documente, consideră că procedura de atribuire a fost aleasă corect deoarece autoritatea contractantă avea posibilitatea să disponibilizeze sumele necesare realizării acestui contract de servicii.

Contractul de servicii Studiu de Fezabilitate nr. 61554/30.06.2008 a fost atribuit la o propunere financiară în valoare de 274.061 lei, mai mare decât valoarea estimată a contractului însă sumele de bani necesare îndeplinirii contractului de servicii au putut fi disponibilizate din bugetul local. Potrivit art.36 alin. 1 lit.e din H.G.925/2006, astfel cum era în vigoare la data demarării procedurii de achiziție publică, legiuitorul a folosit sintagma " care pot fi disponibilizate" si nu "care au fost disponibilizate."

Or, propunerea financiară formulată de către ofertant cu toate că a depășit valoarea estimativă a contractului , nu a depășit valoarea fondurilor ce au putut fi disponibilizate, de la bugetul local, pentru îndeplinirea contractului de servicii. Dovada faptului că fondurile suplimentare necesare îndeplinirii contractului de servicii au putut fi disponibilizate rezidă din Previțiunea privind bugetul Administrației Imobiliare Oradea înregistrată sub nr. 55515/25.03.2008, din însăși bugetul aprobat si Lista obiectivelor de investiții pe anul 2008 cu finanțare parțială sau integrală de la buget înregistrată sub nr. 203119/15.12.2008.

Totodată, atribuirea contractului s-a făcut conform prevederilor legale, prețul solicitat de prestatorul de servicii nu poate fi considerat supraevaluat, întrucât este sub cota de 5 % din valoarea investiției, cotă considerată normală pentru proiectarea obiectivelor de investiții. În acest context, consideră că autoritatea contractantă nu a încălcat dispozițiile art.36 alin.1 lit.3 din H.G.nr. 925/2006, astfel cum era în vigoare la data demarării procedurii de achiziție publică, întrucât sumele de bani necesare îndeplinirii contractului de servicii au putut fi disponibilizate din bugetul local, motiv pentru care propunerea financiară formulată de către ofertant nu a depășit valoarea fondurilor ce au putut fi disponibilizate din bugetul local. Pentru toate aceste considerente, solicită admiterea acțiunii astfel cum a fost formulată.

În drept a invocat disp. art. 8 și art. 11. pct.1 lit.a) din Legea nr. 554/2004 și art. 51 alin. 1 si 2 din O.U.G. nr. 66/2011. Pârâțul MDRAP prin întâmpinare a solicitat respingerea acțiunii ca nefondată și să menținerea ca temeinice și legale a actelor atacate. Arată că echipa de control a procedat la efectuarea unei verificări documentare a cazurilor de suspiciuni de nereguli înregistrate la autoritatea cu competențe în gestionarea fondurilor europene sub nr.82622/05.11.2012 ce a vizat verificarea aspectelor menționate în sesizarea nr.VT-83517/07.11.2012 referitor la respectarea condițiilor legale și contractuale de către Autoritatea Contractantă în ceea ce privește procedura de atribuire a contractului de servicii SF nr. 61554/30.06.2008.

Astfel, „ofertantul SC PROIECT BIHOR SA a prezentat o propunere financiară de 274.061 lei mai mare decât cea prevăzută în Nota justificativă privind valoarea estimată a achiziției de 80.000 lei și

cea prevăzută în Planul de achiziții al proiectului tot 80,000 lei. În raportul procedurii nu se precizează faptul că au fost disponibilizări de sume din bugetul local, necesare achitării contravalorii serviciilor de proiectare și ca atare oferta ar fi trebuit declarată ca fiind inacceptabilă conform HG 925/2006." Urmare a verificărilor efectuate, echipa de control a constatat că valoarea contractului de servicii SF nr. 61554/30.06.2008 este de 274.061 lei, la care se adaugă 52.071.59 lei TVA, asta deși valoarea estimată a acestui contract a fost de doar 80.000 lei. Ofertantul SC PROIECT BIHOR SA a prezentat o propunere financiară de 274.061 lei, mai mare decât cea prevăzută în Nota justificativă privind valoarea estimată a achiziției de 80.000 lei și cea prevăzută în Planul de achiziții al proiectului tot în sumă de 80.000 lei. Pe cale de consecință, oferta ar fi trebuit declarată ca fiind inacceptabilă conform dispozițiilor art. 36 din HG nr.925/2006.

Referitor la acceptarea ofertei peste valoarea estimată a contractului, deoarece nu s-au modificat datele trecute eronat (conform declarației beneficiarului), iar în raportul procedurii nu s-a precizat faptul că au fost disponibilizate sume din bugetul local, echipa de control a stabilit că UAT Municipiul Oradea va suporta din bugetul local diferența care depășește valoarea estimată a contractului (80.000 lei), decontarea la Autoritatea de management pentru întreaga sumă contractată nefiind posibilă. Astfel, diferența achitată beneficiarului în sumă de 194.061 lei + TVA de 36.871,59 lei, reprezintă cheltuieli neeligibile. Consecința abaterilor de la prevederile legale este sancționată cu excluderea de la finanțare a cheltuielilor.

În acest sens, potrivit prevederilor art. 21 din Ordonanța Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora "Activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare/corecțiilor financiare se desfășoară de către structurile/echipele de control prevăzute la art. 20", iar potrivit art. 33 "Obiectul activității de stabilire a creanțelor bugetare îl constituie individualizarea obligației de plată sub forma unui titlu de creanță și a persoanelor fizice sau juridice debitoare, ca urmare a nerespectării legalității, conformității și regularității obținerii și utilizării fondurilor Europene și a fondurilor publice naționale aferente acestora".

În ceea ce privește cererea de chemare în judecată a reclamantului Municipiul Oradea, arată că, potrivit dispozițiilor art. 36 alin.(l) lit. e) din HG nr.925/2006: "Oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: e) prețul inclus în propunerea financiară depășește valoarea fondurilor care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv". Prin Nota justificativă privind stabilirea valorii estimate a contractului, autoritatea contractantă a stabilit o valoare estimativă de 80.000 lei. Din analiza raportului procedurii rezultă că, în speță, contractul de achiziție publică a fost atribuit la o propunere financiară în valoare de 274.061 lei, aceasta reprezentând 42,57% din valoarea estimată prevăzută în Nota justificativă, respectiv 80.000 lei.

Municipiul Oradea, în calitate de Autoritate contractantă nu a precizat faptul că pot disponibilizate fonduri pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, rezumându-se la indicarea valorii estimate a contractului. Susținerea reclamantului potrivit căruia autoritatea contractantă avea posibilitatea disponibilizării de sume din bugetul local nu poate fi reținută, întrucât, conform prevederilor art. 36 alin (1) lit. e) din HG nr.925/2006, legiuitorul a impus condiția ca în situația atribuirii unui contract la o propunere financiară mai mare decât valoarea estimată, în cadrul raportului procedurii trebuie să se regăsească mențiuni cu privire la fondurile suplimentare ce au fost disponibilizate pentru îndeplinirea contractului.

Cheltuielile sunt considerate eligibile dacă sunt în conformitate cu Hotărârea Guvernului nr. 759/2007 privind regulile de eligibilitate a cheltuielilor efectuate în cadrul operațiunilor finanțate prin programele operaționale, cu modificările și completările ulterioare, și cu Ordinul comun al ministrului dezvoltării, lucrărilor publice și locuințelor și al ministrului economiei și finanțelor

pentru aprobarea categoriilor de cheltuieli eligibile pentru domeniul major de intervenție Reabilitarea/ modernizarea/ dezvoltarea și echiparea infrastructurii educaționale preuniversitare, universitare și a infrastructurii pentru formare profesională continuă, din cadrul programului Operațional Regional 2007- 2013, cu modificările și completările ulterioare.

Cheltuielile prevăzute la alin. (1) al prezentului articol, sunt eligibile cu condiția ca acestea să fie cuprinse în Anexa V "Bugetul proiectului" a prezentului Contract și să fie efectuate în conformitate cu termenii și condițiile prezentului Contract. Conform art. 2 - (1) din HG nr.759/2007, pentru a fi eligibilă, o cheltuială trebuie să îndeplinească cumulativ următoarele condiții cu caracter general:

- a) să fie efectiv plătită de către beneficiar, între 1 ianuarie 2007 și 31 decembrie 2015, dacă autoritatea de management sau organismul intermediar, pentru și în numele acesteia, nu decide altfel prin contractul de finanțare/decizia/ordinul de finanțare;
- b) să fie însoțită de facturi, în conformitate cu prevederile legislației naționale, sau de alte documente contabile cu valoare probatorie, echivalentă facturilor, pe baza cărora cheltuielile să poată fi auditate și identificate;
- c) să fie în conformitate cu prevederile deciziei/ordinului de finanțare sau ale contractului de finanțare, încheiat de către autoritatea de management sau organismul intermediar, pentru și în numele acesteia, pentru aprobarea operațiunii, cu respectarea art. 54 alin. (5) și art. 60 din Regulamentul Consiliului nr. 1.083/2006;
- d) să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare.

Astfel, având în vedere prevederile legale menționate, raportat la prezenta speță, rezultă că prin atribuirea contractului la o propunere financiară în cuantum de 274.061 lei, superioară celei din nota justificativă, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 36 alin. (1) lit. e) din HG nr. 925/, întrucât valoarea estimată a contractului a fost de 80000 lei. Consecința abaterilor de la legislația națională și comunitară este sancționată cu excluderea de la finanțare a cheltuielilor ce depășesc valoarea estimată a contractului. În acest sens, potrivit prevederilor art. 21 din Ordonanța Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora "Activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare/corecțiilor financiare se desfășoară de către structurile/echipele de control prevăzute la art. 20", iar potrivit art. 33 "Obiectul activității de stabilire a creanțelor bugetare îl constituie individualizarea obligației de plată sub forma unui titlu de creanță și a persoanelor fizice sau juridice debitoare, ca urmare a nerespectării legalității, conformității și regularității obținerii și utilizării, fondurilor europene și a fondurilor publice naționale aferente acestora ". În drept a invocat disp. art.205 din Codul de Procedură Civilă.

Examinând actele și lucrările dosarului, instanța reține următoarele:

Prin Procesul-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare nr. CA 12234 din 14.02.2013, emis de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene - Serviciul Constatare și Stabilire Nereguli - POR, înregistrat la registratura Municipiului Oradea la data de 25.03.2013, s-a constatat că suma de 194.061 lei + TVA de 36.871, 59 lei reprezintă cheltuieli neeligibile .

Ca urmare a Sesizării nr. VT-83517/07.11.2012 - Suspiciune de fraudă, emisă de Direcția Generală Autoritatea de Management - P.O.R. - Verificare Programe și Gestionare Nereguli, autoritatea de control care a verificat respectarea condițiilor legale de către Autoritatea Contractantă - U.A.T. Municipiul Oradea, în ceea ce privește procedura de atribuire a contractului de servicii SF nr. 61554/30.06.2008, a constatat că valoarea contractului este de 274.061 lei, la care se adaugă suma de 52.071,59 lei TVA, în condițiile în care valoarea estimată a acestui contract a fost de 80.000 lei.

Astfel, ofertantul SC Proiect Bihor SA a prezentat o propunere financiară de 274.061 lei, care a fost mai mare decât cea prevăzută în Nota justificativă privind valoarea estimată a achiziției, respectiv suma de 80.000 lei și de cea prevăzută în Planul de achiziții al proiectului, care este tot în sumă de 80.000 lei.

În raportul procedurii nu s-a precizat faptul că au fost disponibilizări de sume din bugetul local, necesare achitării contravalorii serviciilor de proiectare, motiv pentru care Autoritatea de management a considerat că oferta trebuia declarată inacceptabilă conform art. 36 din HG nr. 925/2006, iar suma de 194.061 lei + TVA de 36.871,59 lei (274.061 lei) reprezintă cheltuieli neeligibile. În drept, în cuprinsul procesului-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare, s-au invocat dispozițiile:

- art. 36 alin. 1 lit.e din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare: „Oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: e) prețul inclus în propunerea financiară depășește valoarea fondurilor care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv”.

- art. 5 din Contractul de finanțare prin Programul Operațional Regional 2007- 2013, încheiat între M.D.R.T., în calitate de Autoritate de Management și U.A.T. Municipiul Oradea, în calitate de Beneficiar - Eligibilitatea cheltuielilor: „ (1) Cheltuielile sunt considerate eligibile dacă sunt în conformitate cu HG nr. 759/2007 privind regulile de eligibilitate a cheltuielilor efectuate în cadrul operațiunii/oi finanțate prin programele operaționale , cu modificările și completările ulterioare și cu Ordinul comun al ministrului dezvoltării, lucrărilor publice și locuințelor nr. 185/18.02.2008 și al ministrului economiei și finanțelor nr. 621/03.03.2008 pentru aprobarea categoriilor de cheltuieli eligibile pentru domeniul major de intervenție 3.4, din cadrul Programului Operațional Regional 2007-2013, cu modificările și completările ulterioare.”.

- art. 9 alin. 22 din Contractul de finanțare - Atribuirea contractelor și politici comunitare: „în scopul atribuirii contractelor de servicii, furnizare, execuție de lucrări necesare pentru implementarea proiectului care face obiectul prezentului Contract Beneficiarul, în calitate de Autoritate Contractantă, are obligația de a respecta prevederile legislației naționale în domeniul achizițiilor publice . Nerespectarea acestei obligații duce la neeligibilitatea cheltuielilor astfel efectuate .”

- Regulamentul (CE) al Consiliului nr. 1083/2006, art. 70 (1), art. 98 și art. 107.

- Regulamentul (CE) al Consiliului nr. 10828/2006, art. 13 (2) și art. 27 lit. a), b) și c).

- Decizia Comisiei CI 2001/476, respectiv COCOF/2007 - Orientări pentru stabilirea corecțiilor financiare care trebuie aplicate cheltuielilor cofinanțate din fondurile structurale și fondul de coeziune în caz de nerespectare a normelor în materie de contracte de achiziții publice, așa cum a fost preluat în legislația națională - Anexa la OUG nr. 66/20.11, cu modificările și completările ulterioare .

Împotriva Procesului-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare nr. CA 12234 din 14.02.2013, emis de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene - Serviciul Constatare și Stabilire Nereguli - POR, UAT - Municipiul Oradea a formulat, în temeiul O.U.G. nr. 66/2011, contestație administrativă. Prin Decizia nr. 19/23.05.2013 emisă de Serviciul de Soluționare Contestații Nereguli Fonduri Europene din cadrul M.D.R.A.P. a fost respinsă ca nefondată contestația formulată de către UAT- Municipiul Oradea, fiind menținut Procesul-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare nr. CA 12234 din 14.02.2013 aferent proiectului cod SMIS 5274 cu titlul "Reabilitare, modernizare, extindere și dotări la Școala cu clasele I-VIII Avram Iancu Oradea", beneficiar U.A.T. Municipiul Oradea.

În motivarea acestei decizii, autoritatea de control a reținut, în esență, că prin atribuirea contractului de servicii SF nr. 61554/30.06.2008 la o propunere financiară superioară celei din Nota justificativă, în cuantum de 274.061 lei, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art.36 alin. 1

lit. e din H.G. nr. 925/2006, în vigoare la data demarării procedurii de achiziție publică în cauză, de vreme ce valoarea estimativă a contractului a fost de 80.000 lei. Or, consecința abaterilor de la prevederile legale este sancționată cu excluderea de la finanțare a cheltuielilor ce depășesc valoarea estimată a contractului.

Instanța reține că potrivit prevederilor art. 21 din O.U.G. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora: „(1) Activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare/corecțiilor financiare se desfășoară de către structurile/echipele de control prevăzute la art. 20” iar conform art. 33 din același act normativ: „(1) Obiectul activității de stabilire a creanțelor bugetare îl constituie individualizarea obligației de plată sub forma unui titlu de creanță și a persoanelor fizice sau juridice debitoare, ca urmare a nerespectării legalității, conformității și regularității obținerii și utilizării fondurilor europene și a fondurilor publice naționale aferente acestora”.

De asemenea, după cum s-a menționat și mai sus, art. 36 alin. 1 lit.e din HG nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, prevede că: „ (1) Oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: e) prețul inclus în propunerea financiară depășește valoarea fondurilor care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv’.

Instanța reține și că potrivit prevederilor art. 5 alin. 1 din Contractul de finanțare nr.726/04.05.2010 încheiat între M.D.R.A.P. și Municipiul Oradea, cheltuielile sunt considerate eligibile dacă sunt în conformitate cu H.G. nr. 759/2007 privind regulile de eligibilitate a cheltuielilor efectuate în cadrul operațiunilor finanțate prin programele operaționale și cu Ordinul comun al ministrului dezvoltării, lucrărilor publice și locuințelor nr. 185/18.02.2008 și al ministrului economiei și finanțelor nr. 621/03.03.2008 pentru aprobarea categoriilor de cheltuieli eligibile pentru domeniul major de intervenție Reabilitarea/modernizarea/dezvoltarea și echiparea infrastructurii educaționale preuniversitare, universitare și a infrastructurii pentru formare profesională continuă din cadrul P.O.R. 2007-2013.

Alin. 2 al aceluiși articol din Contractul de finanțare prevede: „Cheltuielile prevăzute la alin. 1 al prezentului articol, sunt eligibile cu condiția ca acestea să fie cuprinse în Anexa V ” Bugetul proiectului” a prezentului Contract și să fie efectuate în conformitate cu termenii și condițiile prezentului Contract”. De asemenea, conform art. 2 alin. 1 din H.G. nr. 759/2007: „Pentru a fi eligibilă, o cheltuială trebuie să îndeplinească cumulativ următoarele condiții cu caracter general, fără a încălca prevederile alin. (3), art. 3, art. 4 și art. 5 alin. (2):

- a) să fie efectiv plătită de către beneficiar, între 1 ianuarie 2007 și 31 decembrie 2015, dacă autoritatea de management sau organismul intermediar, pentru și în numele acesteia, nu decide altfel prin contractul de finanțare/decizia/ordinul de finanțare;
- b) să fie însoțită de facturi, în conformitate cu prevederile legislației naționale, sau de alte documente contabile cu valoare probatorie, echivalentă facturilor, pe baza cărora cheltuielile să poată fi auditate și identificate;
- c) să fie în conformitate cu prevederile deciziei/ordinului de finanțare sau ale contractului de finanțare, încheiat de către autoritatea de management sau organismul intermediar, pentru și în numele acesteia, pentru aprobarea operațiunii, cu respectarea art. 54 alin. (5) și art. 60 din Regulamentul Consiliului nr. 1.083/2006;
- d) să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare.

În opinia instanței, raportat la situația de fapt reținută de organul de control și necontestată de reclamantă, este neîntemeiată susținerea autorității contractante în sensul că avea posibilitatea disponibilizării de sume din bugetul local, deoarece prin dispozițiile art. 36 alin. 1 lit. e din HG nr. 925/2006, legiuitorul a impus condiția ca în situația atribuirii unui contract la o propunere financiară mai mare decât valoarea estimată, în cadrul raportului procedurii trebuie să se regăsească mențiuni cu privire la fondurile suplimentare ce au fost disponibilizate pentru îndeplinirea contractului. Or, Municipiul Oradea, în calitate de autoritate contractantă nu a precizat faptul că pot fi disponibilizate fonduri pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, rezumându-se la indicarea valorii estimate a contractului, prin Nota justificativă, respectiv 80.000 lei.

Referitor la susținerile reclamantei în sensul că suma de 274.061 lei fără TVA nu a depășit pragul valoric prevăzut de OUG nr. 34/2006 pentru procedura de cerere de oferte, că prețul solicitat de prestatorul de servicii nu poate fi considerat supraevaluat, fiind sub cota de 5% din valoarea investiției și că propunerea financiară formulată de singurul ofertant, SC Proiect Bihor SA, cu toate că a depășit valoarea estimativă a contractului, nu a depășit valoarea fondurilor ce au putut fi disponibilizate de la bugetul local, pentru îndeplinirea contractului de servicii, instanța le apreciază ca fiind irelevante, față de dispozițiile legale exprese la care s-a tăcut referire mai sus. Pe baza aceluiași raționament, expus mai sus, nici afirmația reclamantei cum că textul art. 36 alin. 1 lit. e din HG nr. 925/2006 folosește sintagma „care pot fi disponibilizate” și nu „care au fost disponibilizate”, nu poate fi primită.

Astfel, raportat la aceste prevederi legale și la situația de fapt din speță, instituția pârâtă a constatat, temeinic și legal, că prin atribuirea contractului la o valoare financiară superioare celei din Nota justificativă, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 36 alin. 1 lit. e din HG nr. 925/2006, astfel cum erau în vigoare la data demarării procedurii de achiziție publică, consecința abaterilor de la prevederile legale fiind aplicarea sancțiunii excluderii de la finanțare a cheltuielilor ce depășesc valoarea estimată a contractului.

În consecință, în baza considerentelor expuse, în temeiul prevederilor 10 alin. 1 ind. 1 și 18 din Legea nr. 554/2004, cu raportare la prevederile art. 51 alin. 2 din OUG nr. 66/2011, ale art. 36 alin. 1 lit. e din HG nr. 925/2006 și ale celorlalte dispoziții legale menționate în cuprinsul prezentei sentințe, Curtea de Apel Oradea va respinge acțiunea formulată de reclamanta UAT - Municipiul Oradea împotriva pârâtului Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene - Serviciul Constatăre și Stabilire Nereguli - POR, ca neîntemeiată. Fără cheltuieli de judecată.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Respinge acțiunea formulată de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială - Municipiul Oradea - reprezentată prin Primarul Municipiului Oradea cu sediul în Oradea, Județ Bihor în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene - Serviciul Constatăre și Stabilire Nereguli - POR cu sediul în sector 5, București, ca neîntemeiată. Fără cheltuieli de judecată.

Pronunțată în ședință publică, azi 3.03.2014

Dosar nr. 6894/111/CA/2012

CURTEA DE APEL ORADEA
SECȚIA COMERCIALĂ ȘI DE CONȚENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIA NR. 3700/CA/2013 - R
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 16 OCTOMBRIE 2013

Pe rol fiind soluționarea recursului în contencios administrativ declarat de recurentul-reclamant *Municipiul Oradea*, cu sediul în Oradea, în contradictoriu cu intimatul-pârât *Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului*, cu sediul în București, împotriva Sentinței nr. 2771/CA din 03.04.2013 pronunțată de Tribunalul Bihor, având ca obiect: *anulare act administrativ*. Se constată că dezbateră în fond a cauzei a avut loc la data de 9 octombrie 2013, când părțile prezente au pus concluzii consemnate în încheierea de ședință de la acea dată, încheierea ce face parte din prezenta și când, în vederea deliberării și pentru a da posibilitatea părților să depună la dosar concluzii scrise, s-a amânat pronunțarea în cauză pentru termenul de azi.

CURTEA DE APEL DELIBERÂND:

Constată că prin Sentința nr. 2771/CA din 03.04.2013 Tribunalul Bihor a respins acțiunea formulată de către reclamantul Municipiul Oradea în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului și a constatat că nu s-au solicitat cheltuieli de judecată.

Pentru a hotărî astfel, instanța de fond a reținut că pendinte pe rolul instanței se află cererea de anulare a notelor de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-3165/17.01.2012, nr. CA-3173/17.01.2012, nr. CA-3180/17.01.2012, nr. CA3195/17.01.2012 și nr. CA-3158/17.01.2012.

Prin Nota de Constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-3158/17.01.2012, s-a concluzionat că UAT Municipiul Oradea nu a făcut dovada existenței unor "circumstanțe imprevizibile" pentru justificarea necesității și lucrărilor suplimentare, în conformitate cu prevederile art. 122, lit. i) din OUG 34/2006 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare și s-a dispus o corecție de 25% aplicabilă valorii lucrărilor suplimentare, respectiv suma de 46.843,85 lei.

Prin Nota de Constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-3165/17.01.2012, s-a concluzionat că UAT Municipiul Oradea a încălcat prevederile art. 45, al. 1 și 2 și art. 188 alin. 2, lit. a din OUG nr. 34/2006, respectiv a impus un procent de subcontractare a lucrărilor de maxim 50% din valoarea totală a lucrării și a solicitat o declarație privind lista principalelor prestări de servicii în ultimii 3 ani, care să cuprindă obligatoriu încheierea și finalizarea a cel puțin trei contracte privind servicii de auditare pentru proiecte finanțate din fonduri europene și s-a dispus o corecție de 5% aplicabilă valorii serviciilor de audit nr. 171045/24.06.2010, respectiv de 420,90 lei.

Prin Nota de Constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-3173/17.01.2012, s-a concluzionat că UAT Municipiul Oradea a încălcat prevederile art. 45, al. 1 și 2 și art. 188 alin. 2, lit. A din OUG nr. 34/2006, respectiv a impus un procent de subcontractare a lucrărilor de maxim 50% din valoarea totală a lucrării și a solicitat o declarație privind lista principalelor prestări de servicii în ultimii 3 ani, care să cuprindă obligatoriu încheierea și finalizarea a cel puțin un contract de asistență tehnică asupra unui obiectiv ale cărui lucrări au fost finanțate din fonduri europene și s-a dispus o corecție de 5% aplicabilă valorii serviciilor de dirigenție nr. 77559/26.02.2010, respectiv de 1.073 lei.

Prin Nota de Constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-3195/17.01.2012, s-a concluzionat că UAT Municipiul Oradea a impus în cadrul caietului de sarcini condiții care au un caracter discriminatoriu, respectiv a) - lucrarea care face obiectul procedurii de achiziție nu poate fi subcontractată decât sub formă de asociere; b) - contract cu un medic de medicina muncii; c) - ofertantul trebuie să aibă sediul/sucursala/filiala sau punctul de lucru în Municipiul Oradea și să funcționeze după legislația în vigoare; d) - ofertantul să dețină un raport între soldul din situația fluxurilor de numerar și valoarea investiției care să fie egal cu minim 2,5%, e) - raportul de verificare în teren, încheiat împreună cu autoritatea contractantă după inspecția la fața locului a obiectivului de lucrări; f) - algoritmul de aplicare a matricei riscurilor de preț și s-a dispus o corecție de 10% din valoarea contractului de execuție de lucrări nr. 140008/04.12.2009, respectiv 179.942,09 lei.

Prin Nota de Constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-3180/17.01.2012, s-a concluzionat că reclamanta nu a respectat prevederile art. 187 și 188 din OUG nr. 34/2006, respectiv a solicitat o declarație privind lista principalelor livrări de produse similare din ultimii 3 ani, din care să reiasă că ofertantul deține o minimă experiență similară concretizată prin îndeplinirea și finalizarea a maxim două contracte similare care să fie însoțite de proces-verbal de recepție semnat fără obiecțiuni și s-a dispus o corecție de 25% aplicabilă valorii contractului de furnizare echipamente medicale nr. 198109/29.07.201 326.242,50 lei. Împotriva acestor note de constatare reclamanta a formulat contestații, respinse de pârâtă prin deciziile nr. 27/26.03.2012, nr. 28/26.03.2012, nr. 29/26.03.2012, nr. 30/26.03.2012, 1/26.03.2012.

Aceste note de constatare au fost întocmite cu ocazia controlului efectuat cu privire la desfășurarea contractului de finanțare nr. 450/10.07.2009, "Reabilitare și modernizare corp policlinică ambulatoriu la Spitalul clinic municipal dr. Gavril Curteanu - corp C, Oradea". Analizând susținerea reclamantei, că actele administrative ale MDRT au fost emise cu încălcarea principiului neretroactivității legii civile, consacrat art. 15 alin. 2 din Constituția României și art. 6 din codul civil, instanța de fond a reținut că este neîntemeiată. Potrivit art. 66 din OG nr. 66/2011, activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare.

Din prevederile acestei dispoziții legale, rezultă faptul că OG nr.79/2003 ar fi fost aplicabil în speță numai în situația în care controlul ar fi fost deja început la data intrării în vigoare a OUG nr.66/2011.

Analizând fondul cauzei, instanța de fond a reținut următoarele:

Nota de constatare nr. CA 3158/17.01.2012

Referitor la aspectele reținute prin nota de constatare nr. CA 3158/17.01.2012, că UAT Municipiul Oradea nu a făcut dovada existenței unor "circumstanțe imprevizibile" pentru justificarea necesității achiziției lucrărilor suplimentare, în conformitate cu prevederile art. 122, lit. i) din OUG nr. 34/2006 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare și s-a dispus o corecție de 25% aplicabilă valorii lucrărilor suplimentare, respectiv suma de 46.843,85 lei, instanța de fond a reținut că sunt întemeiate.

Pe parcursul derulării proiectului "Reabilitare și modernizare corp policlinică ambulatoriu la Spitalul clinic municipal dr. Gavril Curteanu - corp C, Oradea", a fost încheiat un act adițional la contractul de lucrări, prin negociere, fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în baza art. 122, lit. i) din OUG nr. 34/2006 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare. Conform art. 122 din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare numai în următoarele cazuri: i)

atunci când este necesară achiziționarea unor lucrări sau servicii suplimentare/adiționale, care nu au fost incluse în contractul inițial, dar care datorită unor *circumstanțe imprevizibile* au devenit necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză, și numai dacă se respectă, în mod cumulativ, următoarele condiții: atribuirea să fie făcută contractantului inițial; lucrările sau serviciile suplimentare /adiționale să nu poată fi, din punct de vedere tehnic și economic, separate de contractul inițial fără apariția unor inconveniențe majore pentru autoritatea contractantă sau, deși separabile de contractul inițial, să fie strict necesare în vederea îndeplinirii acestuia; valoarea cumulată a contractelor care vor fi atribuite și a actelor adiționale care vor fi încheiate pentru lucrări și/sau servicii suplimentare ori adiționale să nu depășească 20% din valoarea contractului inițial.

Potrivit notei justificative nr. 215187/19.08.2010, reclamanta a considerat că este necesară achiziționarea unor lucrări suplimentare precum și renunțarea la unele lucrări, specificate în dispozițiile de șantier, notele de comandă suplimentară (NCS) și nota de renunțare (NR), pentru realizarea obiectivului de investiții din cadrul proiectului.

Conform notei justificative nr. 213637 din 18.08.2010 întocmită de către Direcția de Management Proiecte cu Finanțare Internațională, reclamanta a considerat că în timpul execuției lucrărilor de reabilitare și modernizare corp policlinică - Spitalul Clinic Municipal dr. Gavril Curteanu Oradea, au apărut unele situații neprevăzute, astfel: condiții speciale în timpul execuției; necesitatea corelării cu celelalte lucrări aflate în curs de execuție la spital; lucrări suplimentare, lucrări neprevăzute în proiect precum și unele modificări de soluție. S-a avut în vedere faptul că nu se poate întrerupe funcționarea în totalitate a activității medicale, fiind necesară o organizare specială a șantierului și adaptarea permanentă la situația creată de lucrările de execuție.

Lucrările aflate în curs de execuție, la momentul respectiv și care se refereau la asigurarea surselor pentru utilități și a coloanelor de alimentare pentru instalații sanitare și de stins incendiul, termice și electrice, sunt următoarele: surse de alimentare a instalațiilor; coloane de alimentare; lucrările necesare în punctul termic pentru prepararea agentului termic secundar; înlocuirea la etajul 2 a rețelei de distribuție apă rece și instalații de incendiu; înlocuirea hidranților de incendiu din spațiile ambulatoriului; alimentarea cu energie electrică a instalațiilor de utilizare din ambulatoriu.

Reclamanta a apreciat că față de proiect unde au fost prevăzute lucrări de desfaceri zidării, tencuieli, placaje din faianță și gresie, tâmplărie existentă, în timpul execuției a apărut necesitatea execuției următoarelor lucrări: suplimentări de cantități la desfaceri tencuieli, placaje faianță, pardoseli din covor PVC și demontare uși și ferestre metalice; desfacerea în unele încăperi ale șapelor peste planșeu, suport pentru pardoseli, datorită fisurilor pronunțate care ar fi putut compromite în timp noile pardoseli; pregătirea suprafețelor existente.

La lucrările de arhitectură în timpul execuției a apărut necesitatea execuției următoarelor lucrări: suplimentări de cantități la pereții din gips carton pentru mascarea coloanelor existente, glafuri pentru ferestre, pardoseli placate cu gresie; măsuri de protecție a pacienților și a personalului medical împotriva radiațiilor în încăperi cu destinație specială; refacerea șapei pardoselilor în încăperile din zonele afectate de fisuri și completări în vederea obținerii unor suprafețe suport adecvate pentru pardoseli etc. Motivația beneficiarului, că există o perioadă îndelungată întocmirii studiului de fezabilitate și momentul punerii în operă a perioadă în care, situația de fapt a amplasamentului a înregistrat un degradare, nu poate constitui o justificare.

Dacă proiectul ar fi fost actualizat, prin modificarea ipotezelor de lucru, respectiv lucrări de desfaceri zidării, tencuieli, placaje din faianță și gresie, tâmplărie existentă, luate în calcul la momentul realizării proiectului tehnic, înainte de lansarea licitației, această situație nu ar fi existat. Faptul că datele conținute de aceste documente nu mai corespund situației descoperite de

constructor în timpul execuției lucrărilor nu poate constitui un element imprevizibil decât în măsura în care schimbarea acestor date a fost cauzată de împrejurări care nu au fost și nu au putut prevăzute la momentul întocmirii studiului de fezabilitate.

Or, în speță nu s-a dovedit acest fapt. Drept urmare, instanța consideră că reclamanta nu a făcut dovada existenței unor "*circumstanțe imprevizibile*" pentru justificarea necesității achiziției lucrărilor suplimentare, în conformitate cu prevederile art. 122, lit. i) din OUG nr. 34/2006 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare. Prin urmare, în mod corect s-a stabilit aplicarea corecției de 25 % la valoarea contractului de lucrări suplimentare.

Nota de constatare nr. CA 3165/17.01.2012.

Prin această notă de constatare s-a dispus o corecție de 5% din valoarea serviciilor de audit nr. 171045/24.06.2010, pentru că reclamanta a încălcat prevederile art. 45, al. 1 și 2 și art. 188 alin. 2, lit. a din OUG nr. 34/2006, respectiv a impus un procent de subcontractare a lucrărilor de maxim 50% din valoarea totală a lucrării și a solicitat o declarație privind lista principalelor prestări de servicii în ultimii 3 ani, care să cuprindă obligatoriu încheierea și finalizarea a cel puțin trei contracte privind servicii de auditare pentru proiecte finanțate din fonduri europene.

Verificarea a vizat contractul de achiziție publică având ca obiect *servicii de audit*, în cadrul proiectului "Reabilitare și modernizare corp policlinică ambulatoriu la Spitalul clinic municipal dr. Gavril Curteanu - corp C, Oradea". Potrivit art. 45 din OG nr. 34/2006: (1) Fără a i se diminua răspunderea în ceea ce privește modul de îndeplinire a viitorului contract de achiziție publică, ofertantul are dreptul de a include în propunerea tehnică posibilitatea de a subcontracta o parte din contractul respectiv. (2) În cazul în care autoritatea contractantă solicită, ofertantul are obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși.

Art. 188 al. 2, lit. a, din același act normativ, stabilește că în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele: a) o listă a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați. Prestările de servicii se confirmă prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar. În cazul în care beneficiarul este un client privat și, din motive obiective, operatorul economic nu are posibilitatea obținerii unei certificări/confirmări din partea acestuia, demonstrarea prestărilor de servicii se realizează printr-o declarație a operatorului economic.

Instanța de fond a constatat că în cadrul documentației de atribuire, reclamanta a stabilit ca cerință minimă obligatorie „*declarație privind lista principalelor prestări de servicii în ultimii 3 ani, care să cuprindă obligatoriu încheierea și finalizarea a cel puțin trei contracte privind servicii de auditare pentru proiecte, finanțate din fonduri europene*”. O altă condiție minimă obligatorie prevede că „*nu poate fi subcontractată mai mult de 50% din valoarea serviciilor, sub sancțiunea descalificării ofertei în caz contrar*”.

Potrivit prevederilor art. 178. alin. (2) din OUG nr.34/2006 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare: „*Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire*”.

Prin impunerea unui procent de subcontractare a lucrărilor, respectiv 50% din valoarea totală a lucrării, au fost încălcate prevederile art.45, alin. 1 și 2 din OUG nr. 34/2006, privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii.

Transformarea obligației ofertantului de a preciza partea sau părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși într-o obligație de a respecta un anumit procent al subcontractării impus de către autoritatea contractantă, reprezintă o limitare a acestuia în privința participării la licitația publică. Referitor la condiția de calificare potrivit căreia ofertantul trebuie să dețină o minimă experiență similară, concretizată în îndeplinirea în ultimii 3 ani a cel puțin un contract privind asistența tehnică asupra unui obiectiv ale cărei lucrări au fost finanțate din fonduri europene, aceasta încalcă prevederile art. 188, alin. (2), lit. a) din OUG nr.34/2006.

Motivata reclamantei, că aceste cerințe minime de calificare au fost stabilite doar pentru a se asigura, că prestatorul nu se află în imposibilitate financiară de a presta serviciile aferente, precum și pentru a achiziționa servicii de calitate, nu justifică necesitatea îndeplinirii unor astfel de cerințe. Reclamanta nu a reușit să motiveze de ce numai prin acea limitare la acel procent sunt asigurate condițiile pentru implementarea la timp și în condiții de calitate a contractului atribuit.

Instanța de fond a constatat încălcarea legislației privind achizițiile publice și pe cale de consecință, abaterea de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile HG nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii (aplicabile la momentul derulării procedurii de achiziție), fiind identificată o neregulă în conformitate cu prevederile art. 2 alin. 1 lit. a) din OUG 66/2011. În conformitate cu OUG nr. 66/2011, Anexa, punctul 2.3 pentru aplicarea unor criterii de calificare și selecție sau a unor factori de evaluare nelegali, considerând că prin criteriile impuse, beneficiarul a împiedicat anumiți ofertanți potențiali să participe la procedura de atribuire, este corectă aplicarea unei corecții de 5% la valoarea contractului de audit.

Nota de constatare nr. CA 3173/17.01.2012

Prin Nota de Constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-3173/17.01.2012, s-a dispus o corecție de 5% aplicabilă valorii serviciilor de dirigenție nr. 77559/26.02.2010, respectiv de 1.073 lei, în sarcina reclamantei, pentru fapta de fi încălcat prevederile art. 45 al. 1 și 2 și art. 188 alin. 2, lit. a) din OUG nr. 34/2006, respectiv a impus un procent de subcontractare a lucrărilor de maxim 50% din valoarea totală a lucrării și a solicitat o declarație privind listă principalelor prestări de servicii în ultimii 3 ani, care să cuprindă obligatoriu încheierea și finalizarea a cel puțin un contract de asistență tehnică asupra unui obiectiv ale cărui lucrări au fost finanțate din fonduri europene.

Verificarea a vizat contractul de achiziție publică având ca obiect *dirigenție de șantier*, în cadrul proiectului „Reabilitare și modernizare corp policlinică ambulatoriu la spitalul clinic municipal dr. Gavril Curteanu - corp C, Oradea”. Instanța de fond a constatat că, în cadrul documentației de atribuire, reclamanta a stabilit ca cerință minimă obligatorie ofertantul să dețină o minimă experiență similară, concretizată în îndeplinirea în ultimii 3 ani a cel puțin un contract privind asistența tehnică asupra unui obiectiv a căror lucrări au fost finanțate din fonduri europene. O altă condiție minimă obligatorie prevede că nu poate fi subcontractată mai mult de 50% din valoarea serviciilor, sub sancțiunea descalificării ofertei în caz contrar.

Argumentele prezentate de instanță în analiza legalității și temeiniciei notei de constatare nr. CA 3165/17.01.2012, sunt valabile și în acest caz. Și întrucât au fost prezentate nu se impune a le relua. Raportat la acestea, instanța de fond a apreciat că măsurile dispuse prin nota de constatare nr. CA 3173/17.01.2012, sunt justificate și legale.

Nota de constatare nr. CA 3195/17.01.2012

Prin Nota de Constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 3195/17.01.2012, s-a dispus o corecție de 10% din valoarea contractului de lucrări nr. 140008/04.12.2009, respectiv 179.942,09 lei, pentru fapta reclamant de a fi a impus în cadrul caietului de sarcini condiții care au un caracter discriminatoriu, respectiv: a) - lucrarea care face obiectul procedurii de achiziție nu poate fi subcontractată decât sub formă de asociere; b) - contract cu un medic de medicina muncii; c) - ofertantul trebuie să aibă sediul/sucursala/filiala sau punctul de lucru în Municipiul Oradea și să funcționeze după legislația în vigoare; d) - ofertantul să dețină un raport între soldul din situația fluxurilor de numerar și valoarea investiției care să fie egal cu minim 2,5%, e) - raportul de verificare în teren, încheiat împreună cu autoritatea contractantă după inspecția la fața locului a obiectivului de lucrări; f) - algoritmul de aplicare a matricei riscurilor de preț.

Verificarea a vizat contractul de achiziție publică având ca obiect *execuție lucrări*, în cadrul proiectului "Reabilitare și modernizare corp policlinică ambulatoriu la spitalul clinic municipal dr. Gavril Curteanu - corp C, Oradea". În cadrul Notei justificative cu nr. 101373/23.09.2009 privind alegerea criteriilor de calificare și selecție pentru atribuirea contractului de achiziție publică, având ca obiect execuția lucrărilor de reabilitare spații medicale în cadrul proiectului, beneficiarul nu motivează în nici un fel cerințele susmenționate, fiind specificat doar faptul că toate aceste cerințe și condiții impuse prin caietul de sarcini sunt obligatorii, iar intenția autorității contractante a fost aceea de a achiziționa lucrări de calitate. Prin art. 9 din H.G. nr. 925/2006, legiuitorul face o enumerare a unor cerințe ce pot fi considerate disproporționate, dar aceasta nu este exhaustivă, neputând prevedea o limitare a modurilor în care pot fi introduse condiții restrictive.

Trebuie avută în vedere și interdicția reglementată de art. 178 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, potrivit căreia „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire”.

Instanța de fond a apreciat că impunerea unor astfel de condiții în procedura de atribuire a unui contract de execuție lucrări, nu este justificată și a încălcat principiul tratamentului egal al ofertanților, reglementat de art. 2 alin. 2 lit. b) din OUG nr.34/2006, întrucât acesta presupune stabilirea și aplicarea oricând pe parcursul procedurii de atribuire, de reguli, cerințe și criterii identice pentru toți operatorii economici, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți. Cerința ca ofertantul să aibă încheiat contract cu un medic de medicina muncii, nu era necesară ca și condiție obligatorie în cadrul fișei de date a achiziției, acesta fiind subînțelesă pentru operatorii economici din țară. Nu însă și pentru eventualii participanți din străinătate. S-a apreciat că solicitarea autorității contractante ca ofertantul să aibă sediul/sucursala/filiala sau punctul de lucru în Municipiul Oradea, reprezintă o condiție restrictivă, de natură a restricționa participarea celor care nu această cerință la procedura de atribuire.

Cu privire la solicitarea autorității contractante ca ofertantul să raport între soldul din situația fluxurilor de numerar și valoarea investiției care să fie egal cu minim 2,5% și la motivarea faptului că exista riscul ca ofertantul să nu dețină capitalul de lucru necesar pentru a începe lucrările aferente contractului de achiziție publică trebuie reținut că justificarea propusă de autoritatea contractantă pentru motivarea impunerii acestei cerințe minime de calificare este neconcludentă,

încercând să inducă ideea că existența unor fluxuri de numerar negative ar fi crescut riscul de neîndeplinire a contractului.

Nu s-a putut reține că, prin deținerea unui raport între soldul din situația fluxurilor de numerar și valoarea investiției care să fie egal cu minim 2,5%, se dovedește că ofertanții au experiența necesară îndeplinirii obligațiilor contractuale în condiții corespunzătoare, îndreptățind autoritatea să impună o limitare. În ce privește prezentarea raportului de verificare în teren, autoritatea contractantă a solicitat efectuarea unei vizite la fața locului cu un reprezentant al posibilului ofertant pentru a se asigura că ofertantul cunoaște obiectivul și realitatea din teren, iar oferta sa tehnică și financiară este elaborată conform condițiilor tehnice specifice amplasamentului. Nu rezultă care este relevanța acestei cerințe și nici necesitatea ei. Cât privește algoritmul de aplicare a matricelor de preț, această cerință nu își găsește justificarea, de vreme ce criteriul de atribuire al contractului este cel mai mic preț.

În conformitate cu prevederile contractului de finanțare, cheltuielile sunt considerate eligibile dacă sunt în conformitate cu Hotărârea Guvernului nr. 759/2007 privind regulile de eligibilitate a cheltuielilor efectuate în cadrul operațiunilor finanțate prin programele operaționale, cu modificările, și completările ulterioare. Instanța de fond a constatat abaterea de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile [HG nr. 925/2006](#) pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii (aplicabile la momentul derulării procedurii de achiziție), fiind identificată o neregulă în conformitate cu prevederile art. 2 alin. 1 lit. a) din OUG 66/2011.

În conformitate cu OUG nr. 66/2011, Anexa, punctul 2.3 pentru aplicarea unor criterii de calificare și selecție sau a unor factori de evaluare nelegali, considerând că prin criteriile impuse beneficiarul a împiedicat anumiți ofertanți potențiali să participe la procedura de atribuire din cauza restricțiilor stabilite în documentația de atribuire, instanța apreciază că este corectă aplicarea unei corecții de 10%.

Nota de constatare nr. CA 3180/17.012012 a vizat contractul de achiziție publică având ca obiect *furnizare mobilier*, în cadrul proiectului "Reabilitare și modernizare corp policlinică ambulatoriu la Spitalul clinic municipal dr. Gavril Curteanu - corp C, Oradea".

În cadrul fișei de date a achiziției, la punctul IV.4) Capacitatea tehnică și/sau profesională, autoritatea contractantă - reclamanta, a stabilit ca și condiție minimă obligatorie, următoarea cerință: „1) *Declarație privind lista principalelor livrări de produse similare din ultimii 3 ani din care să reiasă că ofertantul deține o experiență similară concretizată prin îndeplinirea și finalizarea a maxim 2 (două) contracte similare a căror valoare cumulată să fie de cel puțin:*

- 150.000 lei fără TVA pentru livrarea produselor privind Lotul 1, însoțită de procesul/procesele verbale de recepție finală al acestora semnate fără obiecțiuni și recomandare din partea beneficiarului/beneficiarilor eliberată cu cel mult 30 de zile înainte de data limită de deschidere a ofertelor;

- 50.000 lei fără TVA pentru livrarea produselor privind Lotul 2, însoțită de procesul/procesele verbale de recepție finală al acestora semnate fără obiecțiuni și recomandare din partea beneficiarului/beneficiarilor eliberată cu cel mult 30 de zile înainte de data limită de deschidere a ofertelor."

Potrivit art. 187 alin. (1) din OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ca operatorul economic care participă la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică să facă dovada capacității sale tehnice și/sau

profesionale, iar potrivit alin. (3) din același articol al actului normativ sus-menționat capacitatea tehnică și/sau profesională a unui ofertant/candidat se apreciază în funcție de experiență, aptitudinile, eficiența și eficacitatea acestuia, rezultate în urma analizării informațiilor prezentate pe parcursul procedurii de atribuire.

Potrivit art. 179 din OUG 34/2006 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit. În acest sens, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuia să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luându-se în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia.

Nu există o motivare convingătoare a necesității impunerii acestor cerințe. Potrivit art. 8 alin. 2 din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională.

Pentru considerentele expuse, instanța de fond a constatat încălcarea legislației privind achizițiile publice și, pe cale de consecință, abaterea de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile HG nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, fiind astfel identificată o neregulă în conformitate cu prevederile art. 2 alin. 1 lit. a) din OUG 66/2011.

În conformitate cu OUG nr. 66/2011, Anexa, punctul 1.7 pentru stabilirea unor criterii de calificare și selecție sau a unor factori de evaluare nelegali, considerând că prin criteriile impuse beneficiarul a împiedicat anumiți ofertanți potențiali să participe la procedura de atribuire, este corectă aplicarea unei corecții de 25%. Beneficiarul a acceptat finanțarea nerambursabilă și s-a angajat să implementeze Proiectul pe propria răspundere, în conformitate cu prevederile cuprinse în contract și cu legislația națională și comunitară în vigoare. Cum nu și-a respectat în totalitate obligațiile, pentru considerentele de fapt și de drept expuse, instanța de fond a constatat legalitatea și temeinicia notelor de constatare atacate, motiv pentru care, în temeiul art. 18 din Legea nr. 554/2004, a contenciosului administrativ, a respins acțiunea.

Împotriva acestei sentințe, în termen și scutit de plata taxelor de timbru, a declarat recurs recurentul-reclamant Municipiul Oradea, solicitând admiterea recursului și casarea sentinței atacate cu trimitere spre judecare instanței competente.

În dezvoltarea motivelor de recurs, recurentul a arătat că sentința atacată este criticabilă sub aspectul motivului de casare prevăzut de art. 304 pct. 3 Cod Procedură Civilă, respectiv hotărârea s-a dat cu încălcarea competenței altei instanțe. Astfel, atât Notele de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-3165/17.01.2012, nr. CA-3173/17.01.2012, nr. CA-3180/17.01.2012, nr. CA-3195/17.01.2012 și nr. CA-3158/17.01.2012, cât și Deciziile nr. 27/26.03.2012, nr. 28/26.03.2012, nr. 29/26.03.2012, nr. 30/26.03.2012, nr. 31/26.03.2012 sunt acte administrative emise de autoritatea publică centrală (Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului). Competența soluționării în fond a litigiilor privind acte administrative emise de autoritățile publice centrale revine curților de apel, secțiile de contencios-administrativ conform prevederilor art. 10 alin. 1 din Legea nr. 554/2004.

Având în vedere cele arătate, apreciază că au fost încălcate prevederile art. 2 pct. 1 și art. 3 pct. 1 Cod Procedură Civilă referitoare la competența materială și funcțională a instanțelor de judecată, sens în care solicită aplicarea prevederilor art. 304 pct. 3 Cod Procedură Civilă, respectiv casarea sentinței recurate și trimiterea cauzei spre competentă soluționare secției de contencios administrativ a Curții de Apel Oradea ca și instanță de fond.

În subsidiar, apreciază sentința atacată criticabilă și sub aspectul motivului de recurs prevăzut de art. 304 pct. 9 Cod Procedură Civilă.

În fapt, Municipiul Oradea a procedat la implementarea proiectului denumit "Reabilitare și Modernizare Corp Policlinică Ambulatoriu la Spitalul Clinic Municipal Dr. Gavril Curteanu - corp B, Oradea". Perioada prevăzută pentru incrementarea acestui proiect era de 14 luni, iar bugetul total alocat se ridica la suma de 4.481.773,64 lei, din care 3.643.718,94 lei pentru cheltuieli eligibile și 152.631,42 lei pentru cheltuieli neeligibile, procedându-se la încheierea contractului de finanțare nr. 450/10.07.2009.

În perioada 21.11.2011 - 12.12.2011 MDRT prin Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare a procedat la efectuarea unei verificări documentare ce a avut drept scop verificarea aspectelor privind nerespectarea legislației privind achizițiile publice de către beneficiarul contractului de finanțare, în urma verificării efectuate s-au emis Notele de Constatate a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-3165/17.01.2012, nr. CA-3173/17.01.2012, nr. CA-3180/17.01.2012, nr. CA-3195/17.01.2012 și nr. CA-3158/17.01.2012 prin care se concluziona că beneficiarul a impus condiții restrictive în cadrul fișei de date a achiziției/caietul de sarcini, încălcându-se astfel legislația privind achizițiile publice, fapt ce constituie abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile HG nr. 925/2006 și se stabilea aplicarea unor corecții financiare.

Împotriva Notelor de Constatate a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-3165/17.01.2012, nr. CA-3173/17.01.2012, nr. CA-3180/17.01.2012, nr. CA-3195/17.01.2012 și nr. CA-3158/17.01.2012 s-au formulat contestațiile nr. 31047/29.02.2012, nr. 31143/29.02.2012, nr. 31095/29.02.2012, nr. 31003/29.02.2012 și nr. 31073/29.02.2012, respinse ca nefondate prin Deciziile nr. 27/26.03.2012, nr. 28/26.03.2012, nr. 29/26.03.2012, nr. 30/26.03.2012 și nr. 31/26.03.2012.

Apreciază că actele administrative ale MDRT au fost emise cu încălcarea principiului neretroactivității legii civile. Actul normativ aplicabil în cauză este cel în vigoare la data încheierii contractului de finanțare nr. 450/10.07.2009. Față de faptul că OUG 66/2011 este ulterioară nașterii raporturilor juridice dintre părțile litigante (Municipiul Oradea și MDRT), în cauză nu sunt incidente dispozițiile art. 21 și următoarele din actul normativ amintit.

Mai mult decât atât, dacă într-adevăr ar fi existat nereguli legate de desfășurarea procedurii de achiziție publică acestea puteau fi constatate și sancționate prin mecanismele puse la dispoziție de OUG nr. 34/2006 cât și de OG nr. 79/2003, acte normative în vigoare la momentul nașterii raportului juridic dintre UAT Oradea și MDRT. Implementarea proiectului denumit "Reabilitare și Modernizare Corp Policlinică Ambulatoriu la Spitalul Clinic Municipal Dr. Gavril Curteanu - corp B, Oradea" s-a finalizat în 10.09.2010, cu mult înainte de adoptarea OUG nr. 66/2011. În susținerea principiului neretroactivității legii vine și art. 66 din OUG nr. 66/2011 care stipulează că *"activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003 aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare"*. În condițiile în care auditul care a stat la baza întocmirii Notelor de Constatate a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, a fost încheiat la data de 29.02.2011, iar OUG 66/2011 a intrat în vigoare la data de 30.06.2012, este indubitabil că în speță

își găsesc aplicabilitate prevederile art. 66 din acest act normativ. Pe fondul cauzei, apreciază că actele administrative contestate ca fiind neîntemeiate.

Referitor la **Nota de Constatere a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-3158/17.01.2012**, susține că achiziționarea lucrărilor suplimentare a fost derulată cu respectarea prevederilor legale din domeniul achizițiilor publice, și anume OUG 34/2006 și HG 925/2006 cu modificările și completările ulterioare. În acest sens a fost urmărită îndeplinirea cumulativă a tuturor condițiilor impuse de art. 122 lit. i) din OUG 34/2006.

Lucrările suplimentare/adiționale nu au fost incluse în contractul inițial, așa cum reiese din Caietul de sarcini precum și din oferta câștigătoare și nici nu puteau fi prevăzute decât dacă de la momentul proiectării și până la momentul finalizării lucrărilor de reabilitare actul medical desfășurat în spațiile Ambulatoriului ar fi fost oprite în totalitate. În fapt, după cum reiese din documentele justificative ce au stat la baza încheierii actului adițional, premisele cunoașterii situației reale nu puteau fi asigurate la data proiectării decât prin desfacerea integrală a unor părți constructive a clădirii, pe întreaga suprafață de 1701,85 mp supusă reabilitării, ceea ce ar fi dus la imposibilitatea desfășurării actului medical. Menționează că, la momentul întocmirii documentației tehnico-economice, proiectantul a recurs la efectuarea unor sondaje pentru determinarea stării de fapt și evaluarea necesarului de lucrări. Fără aceste lucrări adiționale, contractul de lucrări nu ar fi putut fi îndeplinit și, odată cu acesta, nici contractul de finanțare nu și-ar fi atins scopul și obiectivele.

În ceea ce privește condițiile cumulative care trebuie îndeplinite pentru a putea fi aplicată procedura în cauză, consideră că au fost îndeplinite în totalitate. Atribuirea a fost făcută contractantului inițial - lucrările suplimentare, din punct de vedere tehnic și economic nu puteau fi separate sub nici o formă de contractul inițial. Valoarea acestui act adițional nu depășește 50% din valoarea contractului inițial, încadrându-se în limita de 10% impusă de Ordinul 1118/2007.

Mai mult, au fost respectate și indicațiile *Ghidului de implementare a proiectelor Regio*, elaborat de Autoritatea de Management pentru POR din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, respectiv prevederile art. 31, alin. 4 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii.

Punctul de vedere al ANRMAR cu privire la aplicabilitatea prevederilor art. 122 lit. i) din OUG 34/2006 explicitează: "[...] La aprecierea necesității actualizării studiului de fezabilitate trebuie avute în vedere elemente precum:

- momentul emiterii documentelor care au stat la baza întocmirii studiului de fezabilitate,
- valabilitatea unor astfel de documente,
- intervenția și influența anumitor factori asupra condițiilor existente la momentul elaborării studiilor sau al emiterii celorlalte documente care au stat la baza elaborării acestora.

Faptul că datele conținute de aceste documente nu mai corespund situației descoperite de către constructor în timpul execuției lucrărilor nu poate constitui un element imprevizibil decât în măsura în care schimbarea acestor date a fost cauzată de împrejurări care nu au fost și nu au putut fi prevăzute la momentul întocmirii studiului de fezabilitate."

Consideră că în această situație se regăsește și adiționalul contractului de reabilitare a ambulatoriului Spitalului Clinic Municipal Dr. Gavril Curteanu întrucât circumstanțele sau împrejurările care au stat la baza acestuia nu au fost cunoscute decât în momentul execuției efective a acestor lucrări.

În ceea ce privește legalitatea încadrării acestor lucrări adiționale în categoria lucrărilor Diverse și neprevăzute, aceasta a fost făcută cu respectarea prevederilor art. 6 din Ordinul comun al Ministrului Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Locuințelor Nr. 1.118 din 30 octombrie 2007 și al Ministrului Economiei și Finanțelor Nr. 2.338 din 6 decembrie 2007 privind aprobarea categoriilor de cheltuieli eligibile pentru domeniul major de intervenție "Reabilitarea, modernizarea și echiparea infrastructurii serviciilor de sănătate" în cadrul axei prioritare "Îmbunătățirea infrastructurii sociale" din cadrul Programului operațional regional 2007 - 2013.

În concluzie, lucrările suplimentare contractate pe bază de act adițional cu respectarea prevederilor legale în vigoare se încadrează în prevederile art. 122 lit. i) din OUG 34/2006 privind achizițiile publice ca procedură de achiziție publică și sunt cheltuieli eligibile în conformitate cu prevederile art. 6 alin. 2 din Ordinul comun al Ministrului Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Locuințelor nr. 1118 din 30 octombrie 2007 și al Ministrului Economiei și Finanțelor nr. 2.338 din 6 decembrie 2007 privind aprobarea categoriilor de cheltuieli eligibile pentru domeniul major de intervenție "Reabilitarea, modernizarea și echiparea infrastructurii serviciilor de sănătate" în cadrul axei prioritare "Îmbunătățirea infrastructurii sociale" din cadrul Programului operațional regional 2007-2013.

Referitor la **Nota de Constatăre a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-3165/17.01.2012**, prin care se concluzionează că UAT Municipiul Oradea a încălcat prevederile art. 45, alin. 1 și 2 și art. 188 alin. 2, lit. a din OUG nr. 34/2006, respectiv a impus un procent de subcontractare a lucrărilor de maxim 50% din valoarea totală a lucrării și a solicitat o declarație privind lista principalelor prestări de servicii în ultimii 3 ani, care să cuprindă obligatoriu încheierea și finalizarea a cel puțin trei contracte privind servicii de auditare pentru proiecte finanțate din fonduri europene și se dispune o corecție de 5% aplicabilă valorii serviciilor de audit nr. 171045/24.06.2010, recurentul arată că prin criteriile de calificare și selecție propuse și utilizate de către autoritatea contractantă în cadrul acestei proceduri de achiziție publică au fost asigurate condițiile de manifestare a concurenței reale pentru ca orice operator economic, indiferent de naționalitate, să poată participa la procedura de atribuire șansa de a deveni contractant.

Subcontractarea a 100% din valoarea contractului sau nelimitarea în cota procentuală a posibilităților de subcontractare a ofertanților poate conduce la cesionarea mascată a contractului de achiziție publică, ceea ce pune în pericol autoritatea contractantă cu privire la executarea contractului de achiziție publică.

În ceea ce privește solicitarea autorității contractante ca operatorul economic să nu subcontracteze mai mult de 50% din valoarea serviciilor, această condiție a fost introdusă pentru a nu se putea ajunge în situația de a avea în fond un alt prestator decât contractantul prin intermediul unei forme de cesiune mascată.

Autoritatea contractantă a solicitat ofertanților dovedirea experienței similare în realizarea de servicii de auditare pentru proiecte finanțate din fonduri europene având în vedere faptul că operatorul economic trebuia să presteze aceste servicii în conformitate cu instrucțiunile emise de către Autoritatea de Management pentru efectuarea serviciilor de audit. În lipsa acestei clauze, exista riscul ca această cheltuială reprezentată de serviciile de audit să devină neeligibilă din lipsa conformității cu regulile emise de Autoritatea de Management. Cu atât mai mult, introducerea acestei cerințe se sprijină și pe de utilizare cât mai eficientă a fondurilor publice.

Referitor la **Nota de Constatăre a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-3173/17.01.2012**, prin care se concluzionează că UAT Municipiul Oradea a încălcat prevederile art. 45, alin. 1 și 2 și art. 188 alin. 2 lit. A din OUG nr. 34/2006, respectiv a impus un procent de subcontractare a lucrărilor de maxim 50% din valoarea totală a lucrării și a solicitat o declarație

privind lista principalelor prestări de servicii în ultimii 3 ani, care să cuprindă obligatoriu încheierea și finalizarea a cel puțin un contract de asistență tehnică asupra unui obiectiv ale cărui lucrări au fost finanțate din fonduri europene și se dispune o corecție de 5% aplicabilă valorii serviciilor de dirigenție nr. 77559/26.02.2010, recurentul consideră că, prin criteriile de calificare și selecție propuse și utilizate de către autoritatea contractantă în cadrul procedurii de achiziție publică au fost asigurate condițiile de manifestare a concurenței reale pentru ca orice operator economic, indiferent de naționalitate, să poată participa la procedura de atribuire și să aibă șansa de a deveni contractant.

În ceea ce privește solicitarea autorității contractante ca operatorul economic să nu subcontracteze mai mult de 50% din valoarea serviciilor de dirigenție de șantier, această condiție a fost introdusă pentru a nu se putea ajunge în situația de a avea în fond un alt prestator decât contractantul, prin intermediul unei forme de cesiune mascată.

Autoritatea contractantă a solicitat ofertanților dovedirea experienței similare în realizarea de servicii de dirigenție de șantier pentru cel puțin un proiect finanțat din fonduri europene având în vedere faptul că operatorul economic trebuia să presteze aceste servicii în conformitate cu instrucțiunile emise de către Autoritatea de Management. În lipsa acestei clauze, exista riscul ca această cheltuială reprezentată de serviciile de dirigenție de șantier să devină neeligibilă din lipsa conformității cu regulile emise de Autoritatea de Management. Cu atât mai mult, introducerea acestei cerințe se sprijină și pe principiul de utilizare cât mai eficientă a fondurilor publice.

Referitor la **Nota de Constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-3195/17.01.2012**, prin care se concluzionează că UAT Municipiul Oradea a impus în cadrul caietului de sarcini condiții care au un caracter discriminatoriu și se dispune o corecție de **10%** din valoarea contractului de execuție de lucrări nr. 140008/04.12.2009, respectiv:

- *lucrarea care face obiectul procedurii de achiziție nu poate fi subcontractată decât sub formă de asociere;*
- *contract cu un medic de medicina muncii;*
- *ofertantul trebuie să aibă sediul/sucursala/filiala sau punctul de lucru în Municipiul Oradea și să funcționeze după legislația în vigoare;*
- *ofertantul să dețină un raport între soldul din situația fluxurilor de numerar și valoarea investiției care să fie egal cu minim 2,5%;*
- *raportul de verificare în teren, încheiat împreună cu autoritatea contractantă după inspecția la fața locului a obiectivului de lucrări;*
- *algoritmul de aplicare a matricei riscurilor de preț,*

arată că nu sunt fundamentate, comisia limitându-se la a le enumera și a intercala în cuprinsul acestora citate din texte de lege care nu reprezintă o veritabilă fundamentare a acestor condiții discriminatorii.

a) În ceea ce privește afirmația că lucrarea care face obiectul procedurii de achiziție nu poate fi subcontractată decât sub formă de asociere, recurentul precizează că procedura de achiziție publică nu a fost afectată sub nicio formă de această cerință, având în vedere următoarea specificație: „în cazul în care, părți din contractul de achiziție publică urmează să se îndeplinească de unul sau mai mulți subcontractanți, la încheierea contractului de lucrări, antreprenorul general are obligația de a prezenta contractele încheiate cu subcontractanții nominalizați în ofertă. Contractele prezentate trebuie să fie în concordanță cu oferta și se vor constitui în anexe la contractul de achiziție publică". Această precizare, care este parte din documentația de atribuire, coroborată cu conținutul Formularului 1 - Declarație privind partea/părțile din contract care sunt îndeplinite de subcontractanți și specializarea acestora, formular în care ofertantul urma să indice

părțile din lucrare ce urmau a fi realizate de terți, demonstrează că autoritatea contractantă nu a avut intenția de a restricționa sub nicio formă accesul ofertanților care doreau să subcontracteze părți din lucrare unor firme subcontractante.

b) În ceea ce privește obligativitatea existenței unui contract încheiat cu un medic de medicina muncii, precizează că, având în vedere specificul obiectivului de investiții, respectiv reabilitarea unor spații medicale aferente ambulatoriului Spitalului Clinic Municipal (având specific de Pediatrie) în care concomitent cu lucrările de reabilitare și modernizare executate de firma contractantă, urma să se desfășoare și actul medical propriu-zis, iar fluxurile medicale urmau a se suprapune parțial cu activitatea desfășurată de muncitorii firmei de construcții, autoritatea contractantă a considerat justificată și necesară o astfel de solicitare în vederea preîntâmpinării unor posibile complicații de natură medicală. Aceste măsuri urmau să protejeze, pe de o parte, atât starea de sănătate a cadrelor medicale și pacienților, cât și cea a angajaților firmei constructoare, reducând astfel riscul de a întrerupe lucrările din cauze sau complicații medicale.

Pe de altă parte, în conformitate cu legislația specifică din domeniu, prin Codul muncii și legislația subsecventă, angajatorii au obligația să asigure accesul salariaților la serviciul medical de medicină a muncii. Solicitarea autorității contractante ca ofertanții să prezinte un contract încheiat cu un medic de medicina muncii, nu reprezintă altceva decât demonstrarea respectării unor prevederi legale, obligatorii în România, precum tot solicitare a dovezii respectării unor prevederi/obligații legale este și solicitarea prezentării de către ofertanți a certificatelor de atestare fiscală prin care se dovedește plata obligațiilor către bugetele de stat și locale. Medicul de medicina muncii asigură autoritatea contractantă că angajatul ofertantului este apt din punct de vedere medical și că sunt respectate prevederile legale în domeniul legislației muncii. Privită din aceste punct de vedere, consideră că această solicitare nu a fost nejustificată sau disproporționată.

Cu privire la solicitarea autorității contractante ca ofertantul să aibă sediul/sucursala/filiala sau punctul de lucru în Municipiul Oradea și să funcționeze după legislația în vigoare, arată că ofertanților persoane juridice române sau străine participanți la procedura de achiziție publică menționată, li s-a solicitat să aibă sediul/sucursala/filiala sau punctul de lucru în municipiul Oradea și să funcționeze după legislația în vigoare privind societățile comerciale avându-se în vedere motive de natură fiscală, respectiv că prin deschiderea punctului de lucru în municipiul Oradea, cotele defalcate din IVG (impozitul pe venit) care se virează bugetului local de către Trezorerie, să fie încasate de către municipiul Oradea.

Menționează că, aceste cote defalcate din impozitul pe venit se virează conform Legii 273 din 29 iunie 2006 privind finanțele publice locale, cu modificările și completările ulterioare, de trezoreria în raza căreia își desfășoară activitatea contribuabilul (art. 32 alin 7). În lipsa unei astfel de prevederi în Caietul de Sarcini, municipiul Oradea nu ar încasa la bugetul local, cotele defalcate din IVG, care în mod legitim i se cuvin, întrucât lucrările de reabilitare și modernizare corp Policlinică Ambulatoriu se desfășoară în municipiul Oradea. De asemenea, există și justificări de natură tehnică, în acest fel autoritatea contractantă asigurându-se că prestatorul lucrărilor de reabilitare și modernizare, va deține mijloacele și echipamentele necesare pentru intervenția operativă dar și pentru executarea operativă a lucrărilor care au făcut obiectul contractului de achiziție publică.

În lipsa unor astfel de prevederi, municipiul Oradea se expunea riscului de a nu se executa lucrările de reabilitare și modernizare corp Policlinică Ambulatoriu la Spitalul Clinic Municipal Dr. Gavril Curteanu, în perioada de implementare asumată prin contractul de finanțare încheiat. Pe de altă parte, autoritatea contractantă nu a impus obligativitatea ca toți ofertanții să dețină un spațiu în proprietate sau în chirie la momentul depunerii ofertelor, solicitare care pe bună dreptate ar putea fi considerată restrictivă; ci, pentru acei ofertanți care nu dețin puncte de lucru în municipiul Oradea a fost acceptată prezentarea unei declarații de angajament prin care se obligă ca în situația

în care oferta sa este declarată câștigătoare să deschidă punct de lucru în municipiul Oradea, în termen de 30 de zile calendaristice de la data semnării contractului de achiziție publică. Această solicitare este în perfectă concordanță cu legislația specifică, și nu poate fi interpretată solicitarea de a avea punct de lucru în municipiul Oradea ca fiind o condiție de calificare.

Cu privire la solicitarea autorității contractante ca ofertantul să dețină un raport între soldul din situația fluxurilor de numerar și valoarea investiției care să fie egal cu minim 2,5%, menționează că autoritatea contractantă a solicitat această valoare a indicatorului pentru a se asigura că ofertantul deține capitalul de lucru necesar pentru a începe execuția lucrărilor de reabilitare și modernizare corp Policlinică Ambulatoriu la Spitalul Clinic Municipal Dr. Gavril Curteanu, până la prima decontare asigurată din situațiile de lucrări real executate, totodată fiind o măsură asigurătoare pentru diminuarea riscului de întrerupere a lucrărilor ca urmare a lipsei de finanțare.

Măsura auditării situației fluxurilor de numerar (nu și a celorlalte părți ale situațiilor financiare) a fost adoptată de autoritatea contractantă pentru a se asigura că fluxul de numerar elaborat este conform cu realitatea și reflectă situația reală a ofertantului și se referă doar la situația fluxurilor de numerar întocmite în conformitate cu Standardul internațional de contabilitate IAS 7 - Situația fluxurilor de numerar. Faptul că situația fluxurilor de numerar nu este auditată sau fluxul de numerar este negativ ar fi indicat faptul că fie situația fluxurilor de numerar nu prezintă informații credibile (în lipsa raportului de audit) fie că ofertantul nu deține capitalul de lucru necesar pentru a începe lucrările care fac obiectul contractului de achiziție publică (în situația unui flux de numerar negativ).

În ambele situații, autoritatea contractantă a impus condiții suplimentare asigurătorii (prin auditarea fluxurilor de numerar și prin flux de numerar cu sold pozitiv) pentru a evita riscul de începere a lucrărilor de reabilitare și modernizare corp Policlinică Ambulatoriu, cu întârziere. În ceea ce privește prezentarea raportului de verificare în teren, autoritatea contractantă a solicitat efectuarea unei vizite la fața locului cu un reprezentant al posibilului ofertant pentru a se asigura că ofertantul cunoaște obiectivul și realitatea din teren, iar oferta sa tehnică și financiară este elaborată conform condițiilor tehnice specifice amplasamentului nu consideră că această solicitare a autorității contractante este discriminatorie, întrucât nu s-a solicitat prezența unei anumite persoane (gen inginer, expert tehnic, administrator, etc.) din partea ofertanților ci a unui simplu delegat, nefiind nici măcar necesar ca între acesta și ofertant să existe raporturi muncă.

Vizitarea obiectivului nu a fost restricționată pentru o anumită dată sau oră, ci reprezentanții autorității contractante au stat la dispoziția ofertanților pe toată perioada dintre data lansării invitației de participare și data depunerii ofertelor, tocmai pentru a nu restricționa prin această măsură accesul ofertanților la licitație. Vizitarea amplasamentului consideră că este utilă și din perspectiva evaluării posibilităților de a asigura fluxul de aprovizionare cu materiale, utilaje și echipamente necesar realizării lucrărilor precum și pentru evacuarea materialelor rezultate. Acest lucru influențează oferta formulată de către potențialii contractanți. Privitor la algoritmul de aplicare a matricei riscurilor de preț arată că matricea riscurilor de preț a fost concepută ca un instrument, la dispoziția autorității contractante, pentru a se asigura că prețurile practicate de ofertanți, la materiale, manoperă, utilaj și transport sunt preturi reale practicate pe piață, în domeniul construcțiilor civile.

Introducerea matricei riscurilor de preț asigură autoritatea contractantă că:

a) ofertele financiare, nu sunt elaborate de către ofertanți, la prețuri de dumping în scopuri speculative, pentru a câștiga (a fi declarat câștigător) procedura de achiziție publică; după care prin note de comandă suplimentare să asigure ajustarea prețului ofertelor;

b) lucrările de reabilitare și modernizare corp Policlinică Ambulatoriu se vor putea desfășura în mod permanent și continuu, pentru a diminua sau chiar elimina riscul întreruperii lucrărilor din cauza subevaluării ofertelor financiare.

Matricea riscurilor de preț are suficiente elemente pentru ca autoritatea contractantă să poată aplica criteriul de atribuire a ofertelor "cel mai mic preț". În categoria acestor elemente se încadrează abaterile față de prețul pieței de $\pm 25\%$, cota de cheltuieli indirecte, cota de profit, etc. Aceste elemente pe care le conține matricea riscurilor de preț sunt elemente variabile care oferă posibilitatea ofertantului să elaboreze oferta financiară după criteriul "cel mai mic preț". Mai mult, prin aplicarea matricei riscului de preț nu a fost exclus de la procedura de achiziție publică niciun ofertant și nici nu a fost descalificat vreun ofertant conform prevederilor din fișa de date a achiziției publice. Din moment ce echipa de control afirmă că "nu are ce să comenteze asupra acestui punct de vedere al beneficiarului, de altfel, nici asupra celorlalte aspecte privind situația fluxurilor de numerar, a prezentării raportului de verificare în teren și a algoritmului de aplicare a matricei riscurilor de preț", autoritatea contractantă apreciază că nu se demonstrează sub nicio formă încălcarea prevederilor legale cu privire la achizițiile publice.

Referitor la **Nota de Constatăre a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-3180/17.01.2012**, prin care se concluzionează că nu sunt respectate prevederile art. 187 și 188 din OUG nr. 34/2006, respectiv a solicitat o declarație privind lista principalelor livrări de produse similare din ultimii 3 ani, din care să reiasă că ofertantul deține o minimă experiență similară concretizată prin îndeplinirea și finalizarea a maxim două contracte similare care să fie însoțite de proces-verbal de recepție semnat fără obiecțiuni și se dispune o corecție de 25% aplicabilă valorii contractului de furnizare echipamente medicale nr. 198109/29.07.2010.

Autoritatea contractantă a impus cerințele de calificare cu privire la experiența similară în temeiul art. 176 din OUG 34/2006, coroborat cu art. 8 și 9 din HG 925/2006. În sensul acestor prevederi, consideră că cerințele minime de calificare privind experiența similară nu sunt restrictive, fiind proporționale cu valoarea și complexitatea contractului de achiziție publică, și având legătură directă cu natura și obiectul contractului. În sensul acestei afirmații, menționează că valoarea estimată a celor două loturi au fost stabilite prin Caietele de sarcini nr. 120987/16.04.2010 și 120656/15.04.2010, precum și prin Nota justificativă 126552/23.04.2010 respectiv 1.060.475 lei fără TVA pentru lot I - echipamente medicale și 150.180 lei fără TVA pentru lot II - mobilier.

Valoarea contractelor similare solicitată a fi prezentate de către ofertanți era, în conformitate cu cerințele prevăzute la punctul IV.4 Capacitatea tehnică și/sau profesională din Fișa de date, parte integrantă a documentației de atribuire, de 150.000 lei fără TVA pentru echipamente medicale, respectiv 50.000 lei fără TVA pentru mobilier. Procentual, aceste valori raportate la valoarea estimativă a contractelor de achiziție reprezintă: 14,14% pentru lot I - echipamente medicale și 33,29% pentru lot II mobilier medical; în condițiile în care conform prevederilor art. 9 din HG 925/2006 "se prezumă că cerințele minime de calificare sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, dacă se impune îndeplinirea unor condiții cum ar fi:

a) suma valorilor/cantităților de produse furnizate, servicii prestate și lucrări executate, incluse în contractul/contractele prezentat/prezentate de către operatorul economic ca dovadă a experienței lui similare, să fie mai mare decât valoarea/cantitatea de produse/servicii/lucrări ce vor fi furnizate/prestate/executate în baza contractului care urmează să fie atribuit."

Cu atât mai puțin în condițiile în care autoritatea contractantă a acceptat spre a fi prezentate contracte similare având o valoare de 14,14% respectiv 33,29% cumulată prin prezentarea a două contracte similare. Prin pragurile și cerințele impuse de către autoritatea contractată se poate

aprecia că acestea au fost disproporționate permisiv și nicidecum restrictiv, în sensul în care legislația prevedea limite maxime de 100% din valoarea estimată, iar pragurile impuse de autoritatea contractantă sunt mult sub această valoare.

În ceea ce privește solicitarea ca recomandările (din care să reiasă că ofertanții au livrat echipamente medicale în condițiile prevăzute în contractele de livrare încheiate, prezentate ca experiență similară) să fie eliberate cu cel mult 30 de zile înainte de data limită de deschidere a ofertelor, menționează că aceasta a fost introdusă în vederea asigurării unei utilizări cât mai eficiente a fondurilor publice în sensul în care o recomandare eliberată recent atesta că produsele furnizate de ofertant au corespuns din punct de vedere calitativ, au funcționat la normali în perioada de garanție și s-au comportat corespunzător în perioada de utilizare post garanție. Mai mult, o recomandare obținută de către ofertant cu mai puțin de 30 de zile înainte de data depunerii ofertelor, oferă autorității contractante informații și asigurări cu privire la modul în care ofertantul s-a achitat de obligațiile contractuale ce îi revin cu privire la perioada de garanție oferită pentru bunurile și echipamentele livrate. Aceste asigurări nu pot fi oferite de recomandări pe care ofertanții le-ar fi putut obține la data livrării/punerii în funcțiune a bunurilor și echipamentelor ce au făcut obiectul contractelor/recomandărilor prezentate ca și experiență similară.

În opinia recurentului, nu sunt îndeplinite condițiile necesare pentru aplicarea de corecție financiară în legătură cu contractele avute în vedere, întrucât criteriile de eligibilitate referitoare la experiența similară au fost stabilite și aplicate cu respectarea legii, astfel: principiul proporționalității a fost respectat și legătura cu obiectul contractului a fost realizată.

În drept, a invocat prevederile art.299 și urm., art. 304 pct.3, art. 304 pct. 9 Cod de procedură civilă.

Prin întâmpinare, intimatul a solicitat respingerea recursului ca nefondat. Referitor la motivul de recurs ce susține excepția necompetenței materiale a instanței de fond, având în vedere prevederile art. 10 alin. 1 din Legea nr. 554/2004, consideră că acesta nu poate fi reținut, având în vedere faptul că recurenta a solicitat, prin acțiunea introductivă, anularea a 5 (cinci) acte administrative distincte.

Într-adevăr, quantumul creanțelor celor cinci note de constatare, adunate, depășește suma de 500.000 lei, ceea ce ar îndreptăți recurenta la a invoca o atare excepție, dar cele 5 acte a căror anulare se solicită sunt acte administrative distincte, fiecare stabilind obligații diferite în sarcina recurentei. Ele au putut fi reunite și contestate prin aceeași acțiune în justiție doar datorită voinței recurentei, caracterul lor individual neputând fi însă contestat. Mai mult, instanța de fond a cercetat motivele de nelegalitate invocate pentru fiecare din aceste acte în parte, iar motivarea a fost întocmită, de asemenea, distinct pentru fiecare dintre ele. Consideră, astfel, că nu se poate admite excepția necompetenței materiale a instanței de fond doar pe motivul că suma creanțelor stabilită prin cinci acte administrative distincte, ce s-a considerat a fi atacate prin aceeași acțiune, depășește suma de 500.000 lei.

Mai mult, raționamentul recurentei a fost total diferit în momentul înaintării acțiunii ce face obiectul prezentului dosar, recurenta însăși înțelegând să indice, inițial, Tribunalul Bihor ca fiind instanța competentă. În ceea ce privește neretroactivitatea OUG nr. 66/2011, invocată și în fondul cauzei de către recurentă, arată că, sub acest aspect, trebuie avute în vedere art. 66 din OUG nr. 66/2011, potrivit căruia „activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare”.

Raportat la prevederile articolului mai sus menționat, este evident faptul că O.G. nr. 79/2003 ar fi fost aplicabil în speță numai în situația în care controlul ar fi fost deja început la data intrării în

vigoare a O.U.G. nr. 66/2011. Indiferent de momentul identificării neregulilor în utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, încălcarea legii se sancționează. Abaterile de la prevederile legislației naționale și comunitare sunt sancționate în baza legii specifice aplicabile la data efectuării controlului, însă calificarea abaterii se realizează prin raportare la dispozițiile legale incidente la momentul la care faptele și actele juridice s-au produs. Interpretarea acestor prevederi legale rezultă din situația de excepție a activității de control, controlul având caracter ulterior, inclusiv în lăuntru termenului de prescripție extinctivă.

Având în vedere că efectuarea controlului s-a făcut ulterior intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011, apreciază că doar acest act normativ poate fi aplicabil în speță. Precizează că, în cazul constatării unei abateri de la legalitate, sancțiunea prevăzută de O.G. nr. 79/2003 ar fi fost declararea ca neeligibile a cheltuielilor efectuate în cadrul proiectului, cu alte cuvinte o corecție de 100%.

Neregulile săvârșite în procedura de utilizare și administrare a fondurilor comunitare și a fondurilor de cofinanțare aferente, așa cum sunt definite prin art.2 lit.a) din O.G. nr. 79/2003, sunt sancționate cu restituirea sumelor plătite din fondurile comunitare și/sau din cofinanțarea aferentă, costurile bancare, inclusiv accesoriile acestora, precum și a altor sume stabilite de lege în sarcina debitorului, în conformitate cu art. 4 din actul normativ mai sus menționat, acestea fiind considerate creanțe bugetare și asimilate creanțelor bugetare (art.2 lit.d și art.4 alin.2 din ordonanță).

Aplicarea în timp a O.G. nr. 79/2003 a generat stabilirea unor debite excesive în sarcina beneficiarilor fondurilor europene, inclusiv a instituțiilor publice finanțate de la bugetul de stat, ca urmare a restituirii integrale a sumelor de care au beneficiat în mod necuvenit. Art. 2 lit. n) din O.U.G. nr. 66/2011 consacră principiul proporționalității în sensul că: „orice măsură adoptată trebuie să fie adecvată, necesară și corespunzătoare scopului urmărit atât în ceea ce privește resursele angajate în constatarea neregulilor, cât și în ceea ce privește stabilirea creanțelor bugetare rezultate din nereguli, ținând seama de natura și frecvența neregulilor constatate și de impactul financiar al acestora asupra proiectului/programului respectiv”.

Acest principiu și-a găsit exprimarea concretă în prevederile Anexei 1 ale O.U.G. nr. 66/2011 în care sunt stabilite procentual corecțiile fiscale pentru fiecare abatere constatată. În ceea ce privește afirmațiile recurente referitoare la **fondul cauzei**, arată că recurenta nu face altceva decât să reia motivele prezentate și în fața primei instanțe, motive combătute punctual atât de către instanța de fond, cât și de instituția pârâtă prin întâmpinarea depusă la dosarul cauzei. În drept, a invocat prevederile art. 308 Cod de procedură civilă. ***Instanța de recurs, analizând recursul declarat prin prisma motivelor invocate, cât și din oficiu, prin prisma motivelor de ordine publică, reține următoarele:***

Un prim motiv de recurs este cel prevăzut de art. 303 punct. 3 Cod procedură civilă, potrivit căruia, încălcarea normelor de competență materială poate constitui motiv de recurs, sub rezerva invocării excepției de necompetență, în condițiile legii. Potrivit art. 159 alin. 2 Cod procedură civilă, *necompetență materială și teritorială de ordine publică poate fi invocată de părți ori de judecător la prima zi de înfățișare în fața primei instanțe, dar nu mai târziu de începerea dezbaterilor asupra fondului.* Or, problema necompetenței materiale a tribunalului în soluționarea acțiunii dedusă judecătii de reclamant a fost invocată pentru prima oară în recurs, context în care, prin raportare la textele legale mai sus menționate, sub acest prim aspect criticile recurentului nu pot fi primite, instanța înlăturându-le fără a mai intra în analiza temeiniciei acestora. Al doilea motiv de recurs, vizează aplicarea retroactivă a prevederilor OUG nr. 66/2011, în opinia recurentului, actul normativ aplicabil fiind OG nr. 79/2003.

Potrivit art. 66 din OUG nr. 66/2011, *activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003. aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare.* Per a contrario, pentru activitățile de constatare a neregulilor demarate după intrarea în vigoare a acestui act normativ, devin incidente prevederile OUG nr. 66/2011. Prin urmare, în mod corect Notele de constatare au fost emise în aplicarea prevederilor OUG nr. 66/2011, fiind lipsită de relevanță data încheierii contractului în legătură cu care au fost constatate abateri de la legalitate. De altfel chiar recurentul precizează că verificarea a avut loc în perioada 21.11.2011 - 12.12.2011, adică ulterior intrării în vigoare a OUG nr. 66/2011.

Pe fondul cauzei, instanța de recurs reține:

Prin **Nota de constatare nr. CA 3158/17.01.2012**, s-a reținut că pe parcursul derulării proiectului reabilitare și modernizare corp policlinică - Spitalul Clinic Municipal dr. Gavril Curteanu Oradea a fost încheiat un act adițional la contractul de lucrări prin negociere, fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în baza art. 122 lit. i) din OUG nr. 34/2006 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare.

Potrivit Notei justificative nr. 215187/19.08.2010, beneficiarul a considerat că este necesară achiziționarea unor lucrări suplimentare precum și renunțarea la unele lucrări, specificate în dispozițiile de șantier, notele de comandă suplimentară (NCS) și nota de renunțare (NR), pentru realizarea obiectivului de investiții din cadrul proiectului.

Conform Notei justificative nr. 213637 din 18.08.2010 întocmită de către Direcția de Management Proiecte cu Finanțare Internațională, recurenta a considerat că în timpul execuției lucrărilor de reabilitare și modernizare corp policlinică - Spitalul Clinic Municipal G C O, au apărut unele situații neprevăzute, constând în:

- condiții speciale în timpul execuției;
- necesitatea corelării cu celelalte lucrări aflate în curs de execuție la spital;
- lucrări suplimentare, lucrări neprevăzute în proiect, precum și unele modificări de soluție.

Contrar susținerilor recurentului-reclamant, instanța de recurs reține că nu s-a probat faptul că lucrările suplimentare au fost necesare datorită unor condiții imprevizibile, dimpotrivă necesitatea executării lor fiind rezultatul unor omisiuni ale proiectului. Astfel cum a reținut și instanța de fond, recurentul ar fi trebuit să actualizeze proiectul prin modificarea ipotezelor de lucru, respectiv lucrări de desfaceri zidării, tencuieli, placaje din faianță și gresie, tâmplărie existentă, etc. luate în calcul la momentul realizării proiectului tehnic (2008), înainte de lansarea licitației.

Nu poate fi primită susținerea acestuia în sensul că estimarea corectă a cantităților de lucrări și materiale nu a fost posibilă dată fiind imposibilitatea întreruperii totale a activității spitalului, deoarece este evident că un proiect tehnic trebuie să aibă în vedere situația reală din teren, care poate fi cunoscută chiar dacă instituția își continuă activitatea, iar pe de altă parte, natura lucrărilor suplimentare ce au făcut obiectul actului adițional denotă lipsuri ale proiectului inițial și nicidecum intervenția unor "*circumstanțe imprevizibile*" de natura celor la care fac referire prevederile art. 122, lit. i) din OUG nr. 34/2006 privind achizițiile publice. Drept urmare, în mod corect s-a reținut că recurenta nu a respectat prevederile art. 122 lit. i) din OUG nr. 34/2006, fiind aplicată corecția de 25% din valoarea contractului de lucrări suplimentare.

Prin **Nota de constatare nr. CA 3165/17.01.2012** s-a reținut că în cuprinsul documentației de atribuire, respectiv în cadrul fișei de date a achiziției la punctul IV.4) *Capacitatea tehnică și/sau profesională* este stabilită ca și cerință minimă obligatorie „declarație privind lista principalelor prestări de servicii în ultimii 3 ani (2007, 2008, 2009) completată conform Formular anexat, care să cuprindă obligatoriu încheiere și finalizarea a cel puțin trei contracte privind servicii de auditare

pentru proiecte, finanțate din fonduri europene, a căror valoare cumulată să fie de cel puțin 16.000 fără TVA...". De asemenea, la punctul IV) 5. *Informații privind subcontractanții*, autoritatea contractantă a stabilit ca și condiție minimă obligatorie că „nu poate fi subcontractată mai mult de 50% din valoarea serviciilor, sub sancțiunea descalificării ofertei în caz contrar.” Potrivit prevederilor art. 178 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare: „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire”.

Referitor la condiția de calificare potrivit căreia ofertantul trebuie să dețină o minimă experiență similară, concretizată în îndeplinirea în ultimii 3 ani a cel puțin un contract privind asistența tehnică asupra unui obiectiv ale cărei lucrări au fost finanțate din fonduri europene, s-a reținut că au fost încălcate prevederile art. 188, alin.(2), lit. a) din OUG nr.34/2006, potrivit cărora „în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/ candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului”, următoarele: a) o listă a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați”.

Referitor la impunerea unui procent de subcontractare a lucrărilor, respectiv 50% din valoarea totală a lucrării, s-a reținut încălcarea prevederilor art. 45, alin. 1 și 2 din OUG nr. 34/2006, potrivit cărora, *autoritatea contractantă are dreptul doar de a solicita operatorilor economici care depun ofertă, să precizeze ce parte din contract urmează să subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși.*

Transformarea obligației ofertantului de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși într-o obligație de a respecta un anumit procent al subcontractării impus de către autoritatea contractantă, reprezintă, în opinia echipei de control, o limitare a acestuia în privința participării la licitația publică.

În conformitate cu OUG nr. 66/2011, Anexa, punctul 2.3 pentru aplicarea unor criterii de calificare și selecție sau a unor factori de evaluare nelegali, considerând că prin criteriile impuse beneficiarul a împiedicat anumiți ofertanți potențiali să participe la procedura de atribuire, echipa de control a stabilit aplicarea unei corecții de 5% la valoarea contractului de audit.

Prin **Nota de constatare nr. CA 3173/17.01.2012**, s-a reținut că, în cadrul documentației de atribuire, la cap. I *Informații generale privind autoritatea contractantă și procedura de cerere de oferte*, la punctul 14, autoritatea contractantă a prevăzut că „nu poate fi subcontractat mai mult de 50% din valoarea achiziției, sub sancțiunea descalificării ofertei în caz contrar.”

De asemenea, la cap. II *Condiții de calificare pentru ofertanți*, la punctul C. *Condiții de capacitate tehnică și profesională*, subpunctul C.I *Condiții* este prevăzut ca „ofertantul să dețină o minimă experiență similară, concretizată în îndeplinirea în ultimii 3 ani a cel puțin un contract privind asistența tehnică asupra unui obiectiv a căror lucrări au fost finanțate din fonduri europene.” Similar celor constatate prin Nota de constatare nr. CA 3165/17.01.2012, s-a reținut în sarcina reclamantului încălcarea aceluiași prevederi ale OUG nr. 34/2006, fiind aplicată o corecție de 5% din valoarea serviciilor de dirigenție.

În privința cerințelor prin care se solicită ca ofertantul să dețină o minimă experiență similară, concretizată în îndeplinirea în ultimii 3 ani a cel puțin un contract privind asistența tehnică asupra

unui obiectiv ale cărei lucrări au fost finanțate din fonduri europene, respectiv, ca acesta să dețină o minimă experiență similară, concretizată în îndeplinirea în ultimii 3 ani a cel puțin un contract privind asistența tehnică asupra unui obiectiv a căror lucrări au fost finanțate din fonduri europene, în mod corect, echipa de control a apreciat ca acestea sunt restrictive, în contextul în care prevederile art. 188, alin.(2), lit. a) din OUG nr.34/2006, permite pentru dovedirea capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/ candidaților, *prezentarea unei liste a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați.*

Justificările prezentate de reclamant nu constituie o motivare adecvată în sensul art. 8 alin.2 din HG nr. 925/2006, acestea făcând referire la intenția autorității contractante de a achiziționa servicii de calitate. Or, nu se poate aprecia în mod rezonabil că ofertanții care ar fi derulat anterior servicii de audit și de dirigenție pentru proiecte derulate cu fonduri europene prezintă garanții suplimentare pentru calitatea serviciilor oferite, în detrimentul celor care ar fi prestat astfel de servicii doar pe seama unor clienți privați.

În ceea ce privește procentul de subcontractare de 50%, nu se poate reține că, prin impunerea acestuia s-ar fi restricționat participarea la procedură ori s-ar fi adus atingere vreunui principiu aplicabil în materia achizițiilor publice. În susținerea acestei concluzii, instanța de recurs are în vedere prevederile art. 25 din Directiva 2004/18/EC, precum și jurisprudența C.J.U.E, care permit autorității contractante de a limita subcontractarea unei părți a contractului de achiziție publică (cauza C-314/01 Siemens AG și ARGE Telekom) atunci când nu poate în mod obiectiv să verifice capacitățile tehnice și economice ale subcontractanților, cu atât mai mult cu cât, în cauză sunt incidente prevederile art. 11 alin. (7) din H.G. nr. 925/2006 care interzic autorității contractante să impună în sarcina subcontractantului să îndeplinească anumite criterii de calificare.

Potrivit acestui text: *„Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune îndeplinirea unor criterii de calificare pentru eventualii subcontractanți, dar resursele materiale și umane ale subcontractanților declarați se iau în considerare pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă sunt prezentate documente relevante în acest sens”.*

Având în vedere însă că prin cele două note de constatare analizate a fost aplicată o corecție globală de 5% pentru toate abaterile reținute, abateri constând în impunerea de către autoritatea contractantă a unor criterii de calificare sau selecție, ori a unor factori de evaluare nelegali, înlăturarea uneia dintre cerințele constatăte în mod eronat de echipa de control ca fiind restrictivă nu este de natură a atrage diminuarea sau înlăturarea corecției aplicate, prin menținerea celorlalte constatări ale echipei de control, subzistând atât temeiul de fapt cât și de drept pentru aplicarea corecției financiare în procentul mai sus indicat.

Prin Nota de constatare nr. CA 3195/17.01.2012, s-a reținut că în cadrul fișei de date (secțiunea I) și/sau în caietul de sarcini sunt impuse condiții obligatorii de calificare privind capacitatea tehnică și profesională, astfel:

„ v) ofertantul va prezenta un contract încheiat cu un medic de medicina muncii, valabil la data deschiderii ofertelor”

„ vi) ofertantul prezintă raportul de verificare în teren, încheiat împreună cu autoritatea contractantă după inspecția la fața locului a obiectivului de lucrări”.

De asemenea, la *lit.j.1 condiții de natură tehnică* din cadrul caietului de sarcini, se menționează următoarele:

„a) ofertantul, persoană juridică română sau străină trebuie să aibă sediul/sucursala/filiala sau punctul de lucru în municipiul Oradea și să funcționeze după legislația în vigoare referitoare la societățile comerciale, respectiv în conformitate cu prevederile legii nr. 31/1990 privind societățile

comerciale cu modificările și completările ulterioare. În situația în care ofertantul nu are sediul în municipiul Oradea acesta va trebui să facă dovada deținerii sediului în proprietate sau chirie, pe bază de contract de vânzare-cumpărare sau contract de închiriere sau orice alt tip de document legal care să facă dovada deținerii sediului în municipiul Oradea. De asemenea, ofertantul va trebui să facă dovada înregistrării sediului filialei/sucursalei/punctului de lucru la Direcția Generală a Finanțelor Publice Bihor. În situația în care ofertantul nu deține sediu/sucursală/filială sau punctul de lucru în municipiul Oradea la data depunerii ofertei acesta este obligat să depună o declarație de angajament prin care se obligă ca în situația în care oferta sa este declarată câștigătoare să deschidă punct de lucru în municipiul Oradea, în termen de 30 de zile calendaristice de la data semnării contractului de achiziție publică...".

În cadrul caietului de sarcini este impusă o altă condiție obligatorie de calificare privind capacitatea economică și financiară a ofertantului, în sensul în care la *capacitatea economică și financiară* este prevăzut: „*ofertantul deține un raport între soldul din situația fluxurilor de numerar și valoarea investiției egal cu minim 2,5%. ...Situația fluxurilor de numerar va fi întocmită în conformitate cu reglementările organismului internațional IAS 7 - situația fluxurilor de numerar și va fi însoțită de un raport de audit financiar întocmit de un auditor financiar membru al camerei auditorilor financiari din România sau similar în cazul ofertantului străin*". Tot aici se regăsește utilizarea în caietul de sarcini a condiției „*algoritmul aplicarea matricei riscurilor de preț*”, în condițiile în care a fost stabilit criteriul de atribuire „*prețul cel mai mic*”.

De asemenea, s-a mai reținut că, în cadrul documentației de atribuire la cap. I Informații generale privind autoritatea contractantă și procedura cerere de ofertă, și mpune de către autoritatea contractantă drept condiție obligatorie, cerința potrivit căreia „*lucrarea care face obiectul prezentei proceduri poate fi subcontractată doar sub formă de asociere*”. Echipa de control a apreciat că reclamantul nu a fost în măsură să motiveze impunerea respectivelor cerințe, lipsind nota justificativă întocmită în acest sens și atașată la dosarul achiziției, motiv pentru care a aplicat o corecție de 10% din valoarea contractului de execuție lucrări.

În acord cu cele constatate de echipa de control, și instanța de recurs reține că în cadrul Notei justificative cu nr. 101373/23.09.2009 privind alegerea criteriilor de calificare și selecție pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect execuția lucrărilor de reabilitare spații medicale în cadrul proiectului, beneficiarul nu motivează în nici un fel cerințele sus-menționate, fiind specificat doar faptul că toate aceste cerințe și condiții impuse prin caietul de sarcini sunt obligatorii, iar intenția autorității contractante este aceea de a achiziționa lucrări de calitate. Or, nu se poate reține că cerințele mai sus menționate garantează contractarea unor servicii de calitate, cu atât mai mult cu cât unele dintre acestea nu au nici o legătură cu calitatea serviciilor prestate cum ar fi de exemplu, cerința referitoare la medicul de medicina muncii sau existența unei punct de lucru în Municipiul Oradea.

În lipsa unei Note justificative întocmită cu respectarea prevederilor art. 8 alin. 2 din HG nr. 925/2006, examinarea pe fond a justificărilor prezentate de recurentă în fața instanței nu se mai impune, lipsa respectivei note sau întocmirea necorespunzătoare a acesteia neputând fi complinită. Prin **Nota de constatare nr. CA 3180/17.01.2012**, s-a reținut că în cadrul fișei de date a achiziției, la punctul IV.4) *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, autoritatea contractantă a stabilit ca și condiție minimă obligatorie, următoarea cerință:

„1) *Declarație privind lista principalelor livrări de produse similare din ultimii 3 ani din care să reiasă că ofertantul deține o experiență similară concretizată prin îndeplinirea și finalizarea a maxim 2 (două) contracte similare a căror valoare cumulată să fie de cel puțin: .*

- 150.000 lei fără TVA pentru livrarea produselor privind Lotul I, însoțită de procesul/procesele verbale de recepție finală al acestora semnate fără obiecțiuni și recomandare din partea

beneficiarului/beneficiarilor eliberată cu cel mult 30 de zile înainte de data limită de deschidere a ofertelor;

- 50.000 lei fără TVA pentru livrarea produselor privind Lotul II, însoțită de procesul/procesele verbale de recepție finală al acestora semnate fără obiecțiuni și recomandare din partea beneficiarului/beneficiarilor eliberată cu cel mult 30 de zile înainte de data limită de deschidere a ofertelor".

Ceea ce i se impută în concret reclamantului în legătură cu aceste cerințe este condiționarea ca recomandările din partea beneficiarului/beneficiarilor să fie eliberate cu cel mult 30 de zile înainte de data limită de deschidere a ofertelor. Potrivit art. 8 alin. 2 din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, *atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției.*

Potrivit art. 179 din OUG 34/2006 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit. Prin Nota justificativă nr. 126552/23.04.2010, s-a precizat că impunerea respectivelor cerințe este determinată de dorința autorității contractante de a se asigura că ofertantul nu se află în imposibilitate financiară și/sau tehnică de furnizare a echipamentelor și mobilierului medical. Or, solicitarea ca recomandările (din care să reiasă că ofertanții au livrat echipamente medicale în condițiile prevăzute în contractele de livrare încheiate, prezentate ca experiență similară) să fie eliberate cu cel mult 30 de zile înainte de data limită de deschidere a ofertelor constituie o garanție a faptului că produsele furnizate de ofertant au corespuns din punct de vedere calitativ, au funcționat la parametri normali în perioada de garanție și s-au comportat corespunzător în perioada de utilizare post garanție.

Mai mult, o recomandare obținută de către ofertant cu mai puțin de 30 de zile înainte de data depunerii ofertelor, poate oferi autorității contractante informații și asigurări cu privire la modul în care ofertantul s-a achitat de obligațiile contractuale ce îi revin cu privire la perioada de garanție oferită pentru bunurile și echipamentele livrate. Ca atare, nu se poate reține că prin impunerea acestei cerințe autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității, cum în mod eronat a reținut echipa de control, cerința impusă fiind adecvată exigențelor specifice impuse de valoarea și natura produselor ce urmau a fi furnizate. Pentru aceste considerente, în temeiul art. 312 coroborat cu art. 304 punct. 9 Cod procedură civilă, Curtea va admite recursul și va modifica în parte sentința, în sensul de a se dispune **anularea Notei de constatare nr. CA-3180 din 17.10.2012 și a Deciziei nr. 31 din 26.03.2012**, emise de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului.

Vor fi menținute restul dispozițiilor sentinței atacate, luându-se totodată act că nu au fost solicitate cheltuieli de judecată.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII DECIDE:

Admite recursul declarat de recurentul-reclamant Municipiul Oradea, în contradictoriu cu intimatul-pârât Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, împotriva Sentinței nr. 2771/CA din 03.04.2013 pronunțată de Tribunalul Bihor, pe care o *modifică în parte în sensul că: Admite în parte acțiunea* formulată de reclamantul Municipiul Oradea în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, succesor în drepturi a Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului și, în consecință: Dispune anularea Notei de constatare nr. CA-3180 din 17.10.2012 și a

Deciziei nr. 31 din 26.03.2012, *emise de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului. Menține restul dispozițiilor sentinței atacate. Fără cheltuieli de judecată.*

Irevocabilă. Pronunțată în ședință publică, azi 16 octombrie 2013.

Dosar nr. 1506/33/2013

CURTEA DE APEL CLUJ
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 121/2014
Ședința publică din data de 26 martie 2014

Pe rol soluționarea acțiunii în contencios administrativ declarată de reclamantii UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL BISTRIȚA-NĂSĂUD și CONSILIUL JUDEȚEAN BISTRIȚA-NĂSĂUD, în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, având ca obiect - anulare act administrativ Decizia nr. 176/13.09.2013 emisă de MDRAP - corecții financiare. Mersul dezbaterilor, susținerile și concluziile părților au fost consemnate în încheierea de ședință din data de 19.03.2014, încheiere ce face parte integrantă din prezenta hotărâre.

CURTEA,

Prin acțiunea în contencios administrativ înregistrată la data de 20.12.2013, reclamantii UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL BISTRIȚA-NĂSĂUD și CONSILIUL JUDEȚEAN BISTRIȚA-NĂSĂUD, în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, a solicitat instanței admiterea cererii de chemare în judecată astfel cum a fost formulată, în sensul anulării deciziei nr. 176 din 13.09.2013 pronunțată de Serviciul Soluționarea Contestații Nereguli Fonduri Europene din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, admiterea contestației nr. VII/7470/13.08.2013 formulată de Consiliul Județean Bistrița-Năsăud și, în consecință, anularea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 54173/05.07.2013 a Direcției Constatare și Stabilire Nereguli, Serviciul Constatare și Stabilire Nereguli - POR din cadrul M.D.R.A.P. și anularea corecției financiare de 200.880,00 lei și a creanței bugetare rezultate din neregulă de 217.029,08 lei, stabilită ca fiind obligația U.A.T. jud. Bistrița-Năsăud.

În motivarea acțiunii, reclamantele au arătat că urmare a sesizării Unității Gestionare Nereguli Fonduri Europene nr. VT-23410/22.03.2013, o echipă de control din cadrul Serviciului Constatare și Stabilire Nereguli - POR al Direcției Constatare și Stabilire Nereguli din cadrul M.D.R.A.P., a procedat la efectuarea unei verificări documentare și faptice a aspectelor sesizate cu privire la achiziționarea contractului de servicii nr. 66/11.01.2010 încheiat cu S.C. IRIMAT CONS S.R.L., în contractul de finanțare nr. 318/29.05.2009, cod SMIS 1434 cu titlu „Reabilitare DJ 151, km. 45+810-126+712, limita jud. Mureș - Bistrița, jud. Bistrița-Năsăud”.

Reclamantele au susținut că prin nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare privind contractul de finanțare nr. 318/29.05.2009, proiectul cod SMIS 1434 „Reabilitare DJ 151, km. 45+810-126+712, limita jud. Mureș - Bistrița, jud. Bistrița-Năsăud” nr. 54173 din 05.07.2013, înregistrată la Consiliul Județean Bistrița-Năsăud sub nr. VII/7470 din 17.07.2013 s-a aplicat o corecție financiară în procent de 25% aplicată la valoarea contractului verificat în sumă de 803.520 lei fără T.V.A. Concluziile activității de verificare au fost că la atribuirea contractului menționat, autoritatea contractantă a restricționat participarea operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului, prin impunerea de cerințe minime nelegale, reținându-se că prin impunerea acestor cerințe, a stabilit limite pentru viitorii ofertanți, limite care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urma a fi atribuit.

Pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE a formulat întâmpinare prin care a solicitat respingerea ca neîntemeiată a acțiunii formulată de reclamant și menținerea actelor contestate ca fiind temeinice și legale (f.74). Prin răspunsul la întâmpinare, reclamantii

UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL BISTRIȚA-NĂȘĂUD și CONSILIUL JUDEȚEAN BISTRIȚA-NĂȘĂUD *au detaliat aspectele menționate în acțiunea introductivă (f.213).*

Din analiza actelor și lucrărilor dosarului, Curtea reține următoarele:

Reclamanta a avut calitatea de autoritate contractantă în procedura de achiziție publică „Reabilitare DJ 151, km. 45+810-126+712, limita jud. Mureș - Bistrița, jud. Bistrița-Năsăud”. Părțile au încheiat contractul de finanțare nr. 318/29.05.2009, iar reclamanta a încheiat contractul de servicii nr. 66/11.01.2010 cu terțul S.C. IRIMAT CONS S.R.L. Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA/54173/05.07-2013 (f.31-44) s-a stabilit obligația de plata a sumei de 217.029,08 lei, în considerarea motivelor de fapt pentru desemnarea debitorului, constatându-se că neregulile menționate în sesizarea nr. VT-23410/22.03.2013 au fost săvârșite din culpa beneficiarului. Reclamanta a formulat contestație administrativă, respinsă prin Decizia nr. 176 din 13.09.2013 Serviciul Soluționare Contestații Nereguli Fonduri Europene din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice (f.22-30).

Cu privire la excepția prematurității se rețin următoarele:

La f. 119 s-a depus copia în format electronic a proiectului notei de constatare nr. 1434 însoțită de solicitarea pârâtului de formulare de către reclamantă a unui punct de vedere cu privire la proiectul notei de constatare. Trimiterea electronică este datată 26.06.2013 și deci este posibil ca reclamanta să fi cunoscut în aceeași zi sau cel mai târziu în ziua următoare, conținutul documentului transmis. S-a dovedit, prin intermediul înscrisurilor că proiectul notei de constatare, pentru comunicarea unui punct de vedere, a fost transmis de pârât către reclamantă și în scris, din răspunsul reclamantei rezultând că a primit proiectul în data de 04.07.2013 când l-a înregistrat în evidența proprie sub nr. VII/6812/2013.

Cu privire la comunicarea proiectului notei de constatare, art. 21 alin. 14 și 15 din O.U.G. nr. 66/2011 prevede că „înainte de aprobare, proiectul procesului-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare se prezintă structurii verificate, acordându-se acesteia posibilitatea de a-și exprima punctul de vedere...Structura verificată are dreptul să prezinte în scris structurii de control prevăzute la art. 20 punctul său de vedere cu privire la constatările acesteia, în termen de 5 zile lucrătoare de la data primirii proiectului, procesul-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare. Se poate deci observa că textul prevede dreptul structurii verificate, în speță reclamanta, de a-și exprima punctul de vedere cu privire la proiectul notei de constatare într-un termen de 5 zile lucrătoare de la data primirii.

Un prim aspect ce se impune a fi sesizat cu privire la această „procedură prealabilă” este faptul că textul nu prevede vreo sancțiune pentru ipoteza neurmării procedurii. Desigur, obligația de respectare a textelor legale este o obligație generală și permanentă, însă norma în cauză are un caracter dispozitiv și nu imperativ, nefiind prevăzută vreo sancțiune pentru situația nerespectării normei. Mai mult, alin. 15 al art. 21 din O.U.G. nr. 66/2001 stabilește dreptul și nu obligația structurii verificate de a exprima un punct de vedere față de proiectul notei de constatare, aspect care conduce la aceeași concluzie în privința caracterului dispozitiv al normei și nu unul imperativ.

În acest context, lipsa sancțiunii și deci lipsa consecințelor juridice, permite și concluzia că excepția prematurității este nefondată. Comunicarea proiectului și neprimirea unui punct de vedere nu apare ca fiind o procedură a cărei lipsă să conducă la anularea actului final, pentru a se putea aprecia ca fiind întemeiată o excepție de prematuritate (în speță procedura fiind urmată), discuția purtând doar asupra termenului. Cu privire la acest din urmă aspect, Curtea reține că nu se poate acorda prevalență comunicării e-mail realizată (f. 119.). Curtea reține că această formă de comunicare modernă aptă să transmită informațiile, nu a înlocuit în totalitate forma scrisă, clasică de comunicare, pentru a se putea aprecia că art. 21 alin. 14 și 15 din O.U.G. nr. 66/2011 se referă doar la comunicarea prin e-mail.

În speță, nu s-a făcut dovada existenței unei proceduri reglementate, interne, de lucru în care să fie menționată, ca prioritară, comunicarea prin poșta electronică. Mai mult, s-a făcut dovada comunicării și pe suport material a proiectului notei de constatare, astfel încât se poate reține că termenul de 5 zile menționat la art. 21 alin. 15 din O.U.G. nr. 66/2011 începe să curgă de la data înregistrării actului la reclamant, respectiv din 04.07.2013 și s-a împlinit în data de 10.07.2013 inclusiv. Față de data notei de constatare, 05.07.2013, se poate constata că aceasta a fost emisă înainte de expirarea perioadei de 5 zile acordată reclamantei pentru exprimarea unui punct de vedere, fără ca această împrejurare să aibă însă vreo consecință legală asupra valabilității actului contestat. Se reține și împrejurarea că dreptul la apărare, acordat reclamantei prin faptul reglementării posibilității exprimării unui punct de vedere în termen recunoscut ulterior prin posibilitatea contestației și mai apoi, în fața instanței de judecată.

Cu privire la fondul cauzei:

Cerința minimă de calificare „profit pozitiv pe anul 2008”: Așa cum rezultă din probațiunea administrată, reclamanta a impus ofertanților ca o cerință minimă de calificare, să depună dovezi privind profitul pozitiv pe anul 2008. Curtea apreciază criteriul „Capacitatea economico-financiară”, în modul în care a fost conceput de reclamant, ca fiind restrictiv. În acest context, sunt avute în vedere dispozițiile art. 176 din O.U.G. nr. 34/2006, precum și faptul că modul de îndeplinire a criteriului „Capacitatea economic-financiară”, respectiv existența unui profit pozitiv pe anul 2008, nu are o legătură directă, concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit.

Sușinerile reclamantei referitoare la faptul că pârâtul a imputat altceva decât faptul că nu ar fi justificat în detaliu, necesitatea impunerii acelei cerințe minime de calificare, nu pot fi primite. Astfel, la pct. 7 din nota de constatare (motivele de fapt) sunt detaliate motivele pentru care existența unui profit pozitiv nu constituie, în sine, un criteriu aflat în legătură cu capacitatea ofertantului de a realiza contractul.

Mai mult, sunt prezentate argumentele pentru care alți indicatori bilanțieri decât profitul pozitiv au relevanță din perspectiva criteriului analizat. Față de punctul de vedere exprimat de pârât în nota de constatare concluzia acestuia potrivit căreia impunerea cerinței profitului pozitiv nu a fost justificată de reclamant, în considerarea argumentelor pertinente prezentate de pârât în nota de constatare și care conduc la concluzia că acest indicator nu are relevanță din perspectiva stabilirii capacității ofertantului de realizare viitoare a obligațiilor contractuale ce vor rezulta din contractul de achiziție publică.

Curtea are în vedere și dispozițiile art. 185 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 unde se prevede: „Demonstrarea situației economice și financiare se realizează, după caz, prin prezentarea unuia sau mai multor documente relevante, cum ar fi: b) bilanțul contabil, în cazul în care publicarea acestor bilanțuri este prevăzută de legislația țării în care este stabilit ofertantul/ candidatul”. Textul legal are deci în vedere totalitatea informațiilor ce sunt oferite de către bilanțul contabil al ofertanților și nu doar un aspect al acestuia (profit pozitiv). Din prisma dispozițiilor art. 8 din H.G. nr. 925/2006, cerința autorității contractuale (reclamanta) apare ca fiind restrictivă, aspect corect sesizat de pârât.

Depunerea a minim 3 contracte în dovedirea experienței similare:

Cu privire la acest aspect, Curtea reține că reclamanta a justificat, în mod pertinent, aspectul privind impunerea unor cerințe minime de calificare (3 contracte similare), așa cum pretinde art. 8 alin. 2 din H.G. nr. 925/2006. A arătat reclamanta că a luat în considerare natura finanțării, volumul și complexitatea serviciilor ce urmau a fi prestate. La fel și Curtea apreciază că un număr de cel puțin 3 contracte anterioare similare, relevă existența unei experiențe pentru a garanta profesionalismul persoanei desemnate. În lipsa unei reglementări exprese, tot ce rămâne de făcut este de a analiza dacă explicațiile (justificările) reclamantei sunt pertinente. Se poate aprecia că

reclamanta a urmărit ca persoanele în cauză să aibă suficientă experiență, dovedită prin 3 contracte anterioare similare, pentru a dovedi activitatea specifică.

Sub acest aspect, cele reținute în N.C. nu sunt justificate, neputându-se aprecia cerința impusă ca fiind restrictivă, în sensul dispozițiilor legale menționate anterior. Referitor la faptul că documentația de atribuire întocmită de reclamanti în calitate de autoritate contractantă a fost verificată de A.N.R.M.A.P., care nu a formulat obiecțiuni, Curtea reține limitele controlului efectuat de instituția în cauză, conform art. 24 din H.G. nr. 925/2006. De asemenea, acest aspect este lipsit de relevanță din perspectiva O.U.G. nr. 66/2011 ce permite părâtului să efectueze controlul de legalitate ce a făcut și obiectul prezentului litigiu. În consecință, în temeiul art. 51 din O.U.G. nr. 66/2011, văzând și dispozițiile art. 1 din Legea nr. 554/2004 și în temeiul dispozițiilor de drept material menționate anterior, se va admite în parte acțiunea reclamanților și se va dispune anularea în parte a Deciziei nr. 176/13.09.2013 și a Notei de constatare nr. 54173/05.07.2013 emise de părâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice în ceea ce privește aplicarea corecțiilor financiare referitor la faptul că reclamanta a solicitat prin fișa de date a achiziției minim trei contracte similare menținându-se restul dispozițiilor actelor administrative contestate.

La stabilirea soluției din prezenta cauză cu privire la aspectele patrimoniale, Curtea va face aplicarea dispozițiilor art. 4 din H.G. nr. 875/2011, unde se arată: „In aplicarea prevederilor art. 6 alin. (3) și ale anexei din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, denumită în continuare ordonanța, în cazul în care, pentru același contract de achiziție verificat, se constată existența mai multor nereguli/abateri privind regimul achizițiilor pentru care trebuie aplicate corecțiile financiare/reducerile procentuale prevăzute în anexa la ordonanță, se va aplica valoarea cea mai mare a corecției financiare/reducerii procentuale propuse *precum și faptul că pentru flecare dintre cele două abateri constatate se poate aplica o corecție de 25%, fără posibilitatea cumulului.*

Întrucât doar una dintre abateri a fost considerată ca fiind corect reținută, pentru aceasta se va menține corecția de 25% aplicată deja, chiar dacă prin cele dispuse de instanță nu se vor produce modificări în privința aspectelor patrimoniale ale cauzei.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Admite în parte acțiunea reclamanților UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL BISTRIȚA-NĂSĂUD și CONSILIUL JUDEȚEAN BISTRIȚA-NĂSĂUD, cu sediul în mun. Bistrița, jud. Bistrița-Năsăud, în contradictoriu cu părâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, cu sediul în București. Dispune anularea în parte a Deciziei nr. 176/13.09.2013 și a Notei de constatare nr. 54173/05.07.2013 emise de părât în ceea ce privește aplicarea corecțiilor financiare referitor la faptul că reclamanta a solicitat prin fișa de date a achiziției minim trei contracte similare. Menține restul dispozițiilor actelor administrative contestate. Respinge restul capetelor de cerere.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare ce se va depune la Curtea de Apel Cluj. Pronunțată în ședința publică din 26 martie 2014.

Dosar nr. 1175/33/2012

CURTEA DE APEL CLUJ
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONȚENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ Nr. 849/2012
Ședința publică de la 08 Noiembrie 2012

S-a luat în examinare - în vederea pronunțării - acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul JUDEȚUL BISTRIȚA - NĂSĂUD, CONSILIUL JUDEȚEAN BISTRIȚA-NĂSĂUD, în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI - COMISIA DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, pârâț MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI - DIRECȚIA DE CONTROL ȘI VERIFICARE UTILIZARE FONDURI COMUNITARE și chemata în garanție AUTORITATEA PENTRU REGLEMENTAREA ȘI MONITORIZAREA ACHIZIȚIILOR PUBLICE - ANRMAP, având ca obiect anulare act administrativ decizie emisă în baza OUG NR.66/2011. S-a făcut referatul cauzei de către grefier care învederează faptul că prin încheierea de ședință din data de 01.01.2012 s-au consemnat atât mersul dezbaterilor, cât și concluziile orale ale părților, încheiere ce face parte din prezenta hotărâre.

CURTEA

Județul Bistrița-Năsăud și Consiliul Județean Bistrița-Năsăud au formulat acțiune în contencios administrativ împotriva deciziei 36 din 10.04.2012 pronunțată de Comisia de Soluționare a Contestațiilor din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului și a notei de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr.CA 11341 din 15.02.2012 a Direcției de Control și Verificare Utilizare fonduri Comunitare solicitând anularea acestor acte și chemarea în garanție a Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice.

Reclamanta arată că pârâta a acceptat recomandările autorității de audit fără să efectueze activitățile de constatare preluând mențiunea din nota de clarificări în care au fost inserate în extras constatări din raportul autorității de audit din cadrul Curții de Conturi și încheind o notă de constatare și nu un proces verbal așa cum prevede art.21 alin.26 din OUG 66/2011.

Consiliul Județean invocă faptul că reducerea perioadei minime de 52 de zile prevăzută între data transmiterii spre publicare în SEAP a anunțului de participare și data limită de depunere a ofertelor la 33 de zile s-a făcut cu respectarea prevederilor art.75 alin.2 și 4 din OUG 34/2006. Astfel, Consiliul Județean a transmis spre publicare în SEAP în data de 27.01.2012 anunțul de intenție nr. 14530 din 28.01.2009, acest anunț cuprinde informațiile cunoscute cu privire la criteriile de calificare și selecția ofertanților și criteriul de atribuire a contractului, a publicat acest anunț în JOUE cu 52 de zile înaintea anunțului de participare, respectiv în data de 28.01.2009, față de anunțul de participare care a fost publicat și acesta în JOUE la data de 5.08.2009 și în SEAP la data de 1.08.2009.

Conținutul anunțului de intenție a fost cel prevăzut de art.53 alin.1 lit.a și 75 alin.2 și 4 al OUG 34/2006 pentru că aceste prevederi au transpus în legislația românească directiva 2004/18/CE. Reclamantii mai arată că atașarea documentației de atribuire în SEAP nu a fost posibilă din motive tehnice, dar s-a pus la dispoziția oricărui operator economic care a înaintat o solicitare sau căruia i s-a transmis o invitație de participare a unui exemplar din documentația de atribuire pe suport hârtie ori magnetic. În acest sens, au fost respectate prevederile art.40 alin.2 și 3 din OUG 34/2006. De asemenea, se susține că nu există identitate între criteriile de calificare și selecție ca cerințe minime cât și ca factor de evaluare a ofertelor.

În ceea ce privește cererea de chemare în garanție a ANRMAP aceasta a dat acceptul de publicare în SEAP, ori dacă anunțurile nu ar fi avut formatul standard, acestea nu s-ar fi putut transmite spre publicare în SEAP și JOUE.

Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului a depus întâmpinare solicitând respingerea acțiunii ca nefondată și solicitând introducerea în cauză a Autorității de Audit din cadrul Curții de Conturi a României arătând că instituția pârâtă a dus la îndeplinire constatările Autorității de Audit consemnate în raport, astfel că raportul are caracter principal, iar nota de constatare a neregulilor are caracter accesoriu. Pe de altă parte, instanța poate să introducă în cauză conform art. 16/1 din Legea 554/2004 organismele sociale interesate sau alte subiecte de drept.

Pârâta susține că reducerea perioadei minime de 52 de zile nu a fost posibilă pentru că anunțul de intenție nu a cuprins toate informațiile necesare potrivit anexei VII A din directiva 2004/18/CE și nu s-a publicat în SEAP întreaga documentație de atribuire. Totodată, arată pârâta au fost utilizate criteriile de calificare și selecție atât ca cerință minimă de calificare, cât și ca factor de evaluare a ofertelor contrar prevederilor art. 15 din HG 925/2006. Această situație a determinat luarea măsurilor prin actele administrative atacate pentru că s-a săvârșit o neregulă în sensul art.2 alin.1 lit.a din OUG 66/2011. OUG 66/2011 nu a fost aplicat retroactiv, deoarece titlul de creanță a fost încheiat la data de 15.02.2012 respectiv la 8 luni de la intrarea în vigoare a ordonanței.

ANRMAP a depus întâmpinare solicitând respingerea cererii de chemare în garanție ca fiind introdusă împotriva unei entități lipsită de calitate procesuală pasivă, iar în subsidiar, ca neîntemeiată. ANRMAP arată că nota de constatare nu are legătură cu faptul că s-a dat acceptul pentru publicarea anunțurilor de intenție și respectiv de participare și publicarea în SEAP sau în JOUE nu instituie un caracter a anunțurilor astfel publicate. Consiliul Județean Bistrița-Năsăud a cerut respingerea cererii de introducere în cauză a Autorității de Audit din cadrul Curții de Conturi a României ca inadmisibilă pentru că doar reclamantul va putea face această cerere, iar pârâtul putea să cheme în judecată Autoritatea de Audit doar cu condiția ca aceasta să pretindă aceleași drepturi ca și reclamantul.

Curtea de Apel va reține următoarele:

Direcția de Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului a întocmit nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare din data de 14.02.2012, „prin care a constatat reducerea de către autoritatea contractantă județul Bistrița-Năsăud în mod nejustificat a perioadei de timp pentru primirea ofertei precum și utilizarea criteriilor de calificare și selecție, atât ca cerințe minime, cât și ca factor de evaluare a ofertelor contrar art. 15 din Hotărârea Guvernului 925/2006. În conformitate cu prev. OUG 66/2006 și luând în considerare constatările, concluziile și recomandările Autorității de Audit, din cadrul Curții de Conturi a României, s-a stabilit o valoare a corecției bugetare de 9.236.563,10 lei și o valoare a creanței bugetare de 5.233.004,76 lei.

Reclamantele au formulat contestație administrativ fiscală soluționată prin decizia 34 din 10.04.2012 prin care contestația a fost respinsă ca nefondată, reținându-se prevederile contractului de finanțare 318 din 29.05.2009 precum și a OUG 66/2011.

Solicitarea de introducere în cauză a Autorității de Audit din cadrul Curții de Conturi a României a fost respinsă de către Curtea de Apel ca inadmisibilă pentru că deși art. 16/1 din Legea 554/2004 dă posibilitatea introducerii în cauză și a altor persoane, extinderea cadrului procesual trebuie făcută la solicitarea părților, nu de către instanță din oficiu și potrivit dispozițiilor Codului de procedură civilă. Astfel, reclamantul nu a înțeles să-și extindă cadrul procesual, iar pârâtul poate să introducă în proces o altă persoană doar în condițiile prevăzute de art.57 C.proc.civ., dacă aceasta ar putea pretinde aceleași drepturi ca și reclamantul. Este de reținut că nota de constatare are caracterul

unui act administrativ fiscal în care reclamantul este debitorul obligației fiscale și ca atare, Autoritatea de Audit nu are cum să pretindă aceleași drepturi ca și reclamantul, cu atât mai mult cu cât nota de constatare a avut la bază raportul încheiat de Autoritatea de Audit.

Totuși, nota de constatare nu este un act accesoriu raportului de audit pentru că are caracterul unui act administrativ fiscal de sine stătător posibil a fi invalidat pe cale administrativă doar prin decizia de soluționare a contestației administrative fiscale. Pe de altă parte, ANRMAP are obligațiile prevăzute în art.24, 27 din HG 925/2006 însă, acceptul de publicare a anunțului nu are o legătură de cauzalitate directă cu conținutul acestui anunț și cu informațiile pe care acesta trebuie să le cuprindă. Astfel, autoritatea contractantă este cea care apreciază informațiile care sunt cunoscute și care sunt date spre publicare în SEAP sau JOUE, iar un eventual control poate fi făcut doar de către Direcția de Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare și nu de către ANRMAP.

În acest sens, cererea de chemare în garanție a acestei autorități nu este admisibilă deoarece această instituție nu poate fi obligată să răspundă pentru eventualele nereguli săvârșite de o autoritate contractantă, iar pe de altă parte prevederile art.28 din Legea 554/2004 prevăd completarea cu dispozițiile Codului de procedură civilă doar în ipoteza în care acestea nu sunt incompatibile cu specificul raportului de putere dintre autoritățile publice, ori această compatibilitate a aplicării normelor de procedură civilă nu este întrunită în această cauză.

În ceea ce privește cererea formulată de reclamantă de anulare a celor două acte administrative fiscale Curtea va considera că nu se susțin afirmațiile reclamantei cu privire la aplicarea unui act normativ pe o situație care era anterioară intrării în vigoare a acestui act. Astfel, OUG 66/2011 este o normă de procedură, și cum normele de procedură sunt de imediată aplicare, Ministerul Dezvoltării și Turismului nu putea încheia aceste acte administrative decât în baza respectivei ordonanțe.

În ceea ce privește aspectele reținute în nota de constatare, referitor la reducerea perioadei minime de 52 de zile, Curtea va constata că în calitate de autoritate contractantă, Județul Bistrița-Năsăud ar fi redus perioada de 52 de zile prevăzută între data transmiterii spre publicare în SEAP a anunțului de participare 31.07.2009 și data limită de depunere a ofertei 3.09.2009 la 33 de zile.

Potrivit art.75 alin.2 și 4 din OUG 34/2006 este posibilă o reducere în acest sens doar cu condiția ca autoritatea contractantă să publice un anunț de intenție cu privire la contractul de achiziție publică anunț care să conțină informațiile prevăzute pentru anunțul de participare în măsura în care acestea erau cunoscute, ca anunțul de intenție să fie transmis spre publicare cu cel mult 12 luni și cu cel puțin 52 de zile înainte de data transmiterii spre publicare a anunțului de participare care la rândul său trebuia transmis spre publicare în JOUE.

În această situație, anunțul de intenție 14530/28.01.2009 a fost publicat în JOUE cu respectarea acestui termen pentru ca anunțul de participare 83512 a fost publicat în JOUE în 5.08.2009 și în SEAP în 1.08.2009. Anunțul de intenție trebuie să aibă conținutul stabilit de prevăzut în art.53 alin. 1 lit. a și în 75 alin.2 și 4 din OUG 34/2006 și cel prev. în anexa HG 325/2006. Curtea va constata că nu s-a publicat în SEAP întreaga documentație de atribuire însă acest lucru era posibil doar prin aplicarea art.40 alin.2 și din OUG 34/2006, autoritatea contractantă asumându-și obligația de a asigura obținerea gratuită a documentației de atribuire de către orice operator economic care a înaintat o solicitare sau căreia i s-a transmis o invitație de participare.

Pârâta în calitate de autoritate de control avea sarcina de a verifica dacă într-adevăr autoritatea contractantă a avut în vedere la anunțul de intenție toate informațiile cunoscute la această dată și de asemenea, de a verifica dacă documentația de atribuire a fost pusă la dispoziția operatorilor economici care au solicitat-o însă nu a făcut verificări în acest sens, limitându-se la a prelua o parte din constatările făcute de Autoritatea de audit din cadrul Curții de Conturi a României.

În aceste condiții, se poate afirma de către reclamantă că anunțul de intenție a cuprins toate informațiile cunoscute și că au fost puse la dispoziția operatorilor copii de pe documentația de atribuire și prin urmare, aceasta avea posibilitatea de a reduce termenul la 33 de zile.

În ceea ce privește utilizarea criteriilor de calificare și selecție atât ca cerințe minime cât și ca factor de evaluare încălcându-se în acest fel art. 15 din HG 925/2006, Curtea va observa că potrivit fișei de date achiziții la criteriile de calificare și selecție s-a prevăzut susținerea financiară a lucrării, prezentarea unui program de management de mediu și respectiv un program al calității pentru execuția de lucrări ca și cerință de calificare. Factorii de evaluare au fost conform propunerii financiare, durata de susținere a lucrării din resurse proprii din propunerea tehnică programul de asigurare a calității, rigurozitatea descrierii sistemului calitativ aplicat la lucrare și din programul de management de mediu, soluția propusă pentru rezolvarea gropilor de împrumut și depozite de pământ. Autoritatea de control a apreciat că aceste criterii de calificare și selecție au fost utilizate ca factori de evaluare pentru că, criteriile de calificare și selecție și factorii de evaluare nu au fost prezentate distinct ceea ce a dus la concluzia că acestea se confundă cu toate că exista posibilitatea decelării lor. Echipa de control nu a constatat aceste nereguli prin verificări și constatări proprii ci prin preluarea unor elemente din nota de clarificări ce s-a referit la raportul de audit întocmit de Autoritatea de Audit din cadrul Curții de Conduci.

Această situație constituie încă un element de nelegalitate a notei de constatare și a deciziei 36/10.04.2012 deoarece controlul și verificarea unei situații menționate într-un raport de audit trebuia făcută în mod nemijlocit de către Direcția de Control și Verificare, Utilizare Fonduri Comunitare.

Apreciind că nu se susțin constatările făcute și că nu se impune aplicarea unei corecții financiare și a unei creanțe bugetare, Curtea în conformitate cu art. 18 din Legea 554/2004 va admite acțiunea și va anula aceste acte.

PENTRU ACESTE MOTIVE IN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Admite acțiunea formulată de reclamantul JUDEȚUL BISTRIȚA - NĂSĂUD cu sediul în municipiul Bistrița, P-ța Petru Rareș nr. 1, jud.Bistrița - Năsăud și CONSILIU JUDEȚEAN BISTRIȚA-NĂSĂUD cu același sediu în contradictoriu cu MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI cu sediul în B-dul Apolodor nr. 17, latura Nord, sector 5, București și în consecință. Anulează Decizia 36/10.04.2012 și Nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor nr. CA11341/15.02.2012. Respinge cererea de chemare în garanție formulată de reclamant, în contradictoriu cu AUTORITATEA NAȚIONALĂ PENTRU REGLEMENTAREA, MONITORIZAREA ACHIZIȚIILOR PUBLICE cu sediul în București.

Cu drept de recurs, în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din 08.11.2012.

Dosar nr. 2098/40/2013

CURTEA DE APEL SUCEAVA
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 43
Ședința publică din 3 Martie 2014

Pe rol, pronunțarea asupra acțiunii în contencios administrativ,, având ca obiect "*contestație act fiscal*", formulată de reclamantul **Județul Botoșani - prin Președintele Consiliului Județean** cu sediul în Botoșani, județul Botoșani, în contradictoriu cu pârâțul **Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene** cu sediul în București. Dezbaterile asupra cauzei au avut loc în ședința publică din **24 Februarie 2014**, susținerile părților fiind consemnate în încheierea ședinței de judecată de la acea dată, redactată separat și care face parte integrantă din prezenta sentință, și când, din lipsă de timp pentru deliberare, *Curtea* a amânat pronunțarea pentru data de astăzi **3 martie 2014**.

După deliberare, CURTEA, asupra acțiunii de față, constată:

Prin acțiunea înregistrată pe rolul Secției a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal a Tribunalului Botoșani la data de 26.03.2013 reclamantul Județul Botoșani - reprezentat legal prin Președinte F.Ț a solicitat în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, anularea Deciziei nr. 243/20.12.2012 emisă de Comisia de soluționare a contestației și a Notei de Constatăre a Neregulilor și de Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. CA-70649/21.09.2012 emisă de către Comisia de Control din cadrul Direcției Generale, cu obligarea pârâtei la restituirea sumei de 1300 lei și la plata dobânzii la plata dobânzii aferente, sumelor plătite/reținute, la nivelul de referință a Băncii Naționale a României, sumă calculată de la data reținerii sumelor defalcate și până la restituirea integrală de către pârâtă a sumelor reținute, imputate județului Botoșani în mod nejustificat.

În motivarea acțiunii, a invocat în primul rând încălcarea principiului neretroactivității legii față de împrejurarea că, în speță, contractul de dirigentare nr. 5354 s-a încheiat în data de 05.04.2011, iar OUG nr. 66/2011 a fost publicată în Monitorul Oficial nr. 461 din 30 iunie 2011. Respectând principiul neretroactivității legii, rezultă că reducerile/corecțiile financiare aplicabile cheltuielilor aferente proiectelor finanțate din fonduri europene și/sau fonduri publice naționale aferente acestora se aplică numai pentru actele sau faptele de nerespectare a reglementărilor privind achizițiile săvârșite după intrarea în vigoare a OUG nr. 66/2011, respectiv după data de 30 iunie 2011.

Aceasta rezultă și din dispozițiile art. 66 din OUG nr. 66/2011 potrivit cărora „activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare”.

De asemenea, art. 6 alin. 3) și art. 27 din OUG nr. 66/2011 prevăd că, corecțiile financiare prevăzute sunt măsuri administrative cu caracter sancționator reglementate pentru prima dată prin OUG nr. 66/2011, astfel că nu pot fi aplicate actelor și faptelor anterioare intrării sale în vigoare.

În cauză, legea a fost aplicată retroactiv, dispunându-se corecții financiare pentru acte și fapte considerate a fi încălcări ale legii în materia achizițiilor publice petrecute în perioada 21.02.2011-05.04.2011, în cadrul procedurii de atribuire a contractului de servicii de dirigentare nr. 5354/05.04.2011.

În subsidiar s-a arătat că autoritatea contractantă a respectat prevederile legale din domeniul achizițiilor publice la data întocmirii documentației de atribuire a contractului de dirigență.

În fapt, prin Nota de Constatăre a Neregulilor și de Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. CA-70649/21.09.2012 privind contractul de servicii de dirigență de șantier nr. 5354/0.5.04.2011, în cadrul proiectului „Modernizare DJ 291D, km 18+000-31+000 Cristinești - Suharău - Oroftiana” Cod SMIS 995, Comisia de control din cadrul Direcției generale a stabilit în conformitate cu prevederile punctului 2, subpunctul 2.3 din anexa la OUG nr. 66/2011 o corecție de 5% aplicată la valoare de 26.000,00 lei aferentă contractului de servicii, reprezentând 1.300,00 lei. Pentru a proceda astfel, autoritatea de control a constatat că au fost încălcate prevederile legale care reglementează domeniul achizițiilor publice, respectiv art. 8 din HG nr. 925/2006, art. 2 alin 1 lit. a) și art. 178 alin. 2 din OUG nr. 34/2006.

A arătat că împotriva Notei de contestare a neregulilor, act care potrivit art. 21 alin. 2 din OUG nr. 66/2011 constituie titlu de creanță, reclamanta a formulat contestație în temeiul art. 47 din OUG nr. 66/2011. Comisia de soluționare a contestațiilor a respins contestația prin Decizia nr. 243 din 20.12.2012. Actul administrativ fiscal și cel jurisdicțional emise de către comisiile din cadrul Direcției Generale de Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene sunt nelegale pentru următoarele considerente:

Potrivit prevederilor art. 7 din HG nr. 925/2006 „criteriile de calificare și selecție, astfel cum sunt prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedura, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare”.

Astfel, prin documentația de atribuire s-a solicitat ca „ofertantul (operator economic sau membrii asocierii împreună) să fi finalizat sau să aibă în derulare, în ultimii 3 ani împliniți la data termenului limită pentru depunerea ofertei, cel puțin 1 contract de servicii de dirigență modernizare drum, prestat în cadrul unor proiecte finanțate din Fonduri Structurale”.

Prin această solicitare autoritatea contractantă a dorit să se asigure de faptul că ofertantul cunoaște cerințele specifice (proceduri de lucru, instrucțiuni, verificarea situațiilor de plată aferente cantităților de lucrări executate, urmărirea lucrărilor eligibile în vederea decontării conform ghidurilor de finanțare, etc. specificate la pct. 5 Cerințe particulare din caietul de sarcini) utilizării fondurilor europene, fapt care determină îndeplinirea obiectivelor proiectului. Având în vedere că reprezentantul beneficiarului la execuția lucrărilor este dirigintele de șantier, autoritatea contractantă a vrut să se asigure că acesta are experiență în ceea ce privește parcurgerea tuturor etapelor ce presupune urmărirea execuției unui obiectiv finanțat prin fonduri structurale și are expertiza specifică necesară în rezolvarea problemelor ce apar pe parcursul desfășurării proiectului.

Ofertantul trebuie să facă dovada experienței în proiecte de amploare similară pentru a demonstra că dispune de know-how-ul necesar pentru a aduce la capăt un contract de servicii de complexitate și specificitatea celui licitat.

Din analiza întregii legislații aplicabile achizițiilor publice, în vigoare atât la data lansării procedurii (21.02.2011), cât și la data încheierii contractului (05.04.2011) nu există nici o prevedere legală prin care să se interzică în mod expres și imperativ autorităților contractante să solicite ofertanților demonstrarea experienței similare prin prezentarea unor contracte finanțate din fonduri europene.

În consecință, a considerat că cerințele solicitate de prin documentația de atribuire prezintă relevanță și nu sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea proiectului, astfel, încă nu a fost restricționat accesul operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului de servicii, nu a fost încălcat principiul concurenței, loiale. (art. 8 din HG nr. 925/2006, art. 2 alin. 1 lit. a, art. 178 alin. 2 din OUG nr. 34/2006).

Reclamanta a mai invocat că nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr.70649/21.09.2012 a fost emisă fără a fi îndeplinite condițiile cumulative ale noțiunii de neregulă.

Potrivit art. 2 alin. (1) lit. o) din OUG nr. 66/2011, aplicarea corecțiilor financiare se face acelor cheltuieli pentru care a fost constatată o neregulă. La lit. a) al aceluiași alineat este definită „neregula” ca fiind orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene și/sau bugetul național printr-o sumă plătită necuvenit. De asemenea, la lit. u), „suma plătită necuvenit” este definită ca plată nedatorată, așa cum este aceasta prevăzută în dreptul civil.

Conform dreptului civil, o plată este nedatorată atunci când datoria a cărei stingere s-a urmărit prin plată nu există în realitate. Or, în speța dedusă judecătii nu s-a făcut dovada că s-ar fi cauzat un prejudiciu, în sensul arătat de actul normativ, întrucât nu s-a făcut o plată nedatorată. Toate sumele acordate persoanei căreia i-a fost încredințat contractul de achiziție publică au fost efectuate în baza unor contraprestații (servicii de dirigentare) însușite de beneficiar (autoritatea contractantă) prin situații de lucrări.

Sub acest aspect apare în mod vădit faptul că aplicarea corecției financiare s-a făcut fără a se ține cont de toate condițiile prevăzute de lege, respectiv: neregulă, prejudiciu, plată nedatorată.

În cadrul procedurii scrise prevăzute de Noul Cod de procedură civilă, pârâta a depus întâmpinare la dosar prin care a invocat lipsa competenței materiale și teritoriale a Tribunalului Botoșani, iar pe fond a solicitat respingerea acțiunii ca nefondată.

Pârâtul a invocat prevederile art. 10 alin. 1 indice 1 din Legea 554/2004, prin care s-a stabilit competența de soluționare a cauzelor de acest fel în favoarea Curților de Apel, prevederile art. 10 alin. 3 din aceeași lege, precum și disp. art. 126 Cod procedură civilă, arătând că în contractul de finanțare încheiat cu reclamantul s-a prevăzut o clauză de alegere a competenței teritoriale, litigiul urmând a fi soluționat de către instanțele judecătorești din raza teritorială a municipiului București.

Pe fond, a solicitat respingerea cererii ca neîntemeiate.

1) În ceea ce privește excepția neretroactivității OUG nr. 66/2011 a arătat următoarele:

Potrivit prevederilor art. 66 din OUG nr. 66/2011, „activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003”.

Raportat la prevederile articolului mai sus menționat este evident faptul că OG nr. 79/2003 ar fi fost aplicabil în speță numai în situația în care controlul ar fi fost început la data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011. Indiferent de momentul identificării neregulilor în utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, încălcarea legii se, sancționează. Așa cum am arătat și mai sus, abaterile de la prevederile legislației naționale și/sau comunitare sunt sancționate în baza legii specifice aplicabile la "data efectuării controlului (având în vedere caracterul de excepție a activității de control), însă calificarea abaterii se realizează prin raportare la dispozițiile legale incidente la momentul la care faptele și actele juridice s-au produs.

Având în vedere că efectuarea controlului s-a făcut ulterior intrării în vigoare a OUG nr.66/2011, doar acest act normativ poate fi aplicabil în speță. În eventualitatea în care controlul s-ar fi desfășurat sub incidența vechii reglementări legale (O.G. nr. 79/2003), atunci întreaga sumă decontată de autoritatea contractantă - pentru realizarea unui contract atribuit cu încălcarea prevederilor legale în materie de achiziții publice - devenea neeligibilă și asupra ei, în integralitate, se putea emite un titlu de creanță (cu alte cuvinte o corecție de 100%).

Neregulile săvârșite în procedura de utilizare și administrare a fondurilor comunitare și a fondurilor, de cofinanțare aferente, așa cum sunt definite prin art. 2 lit. a) din O.G. nr. 79/2003, sunt sancționate cu restituirea sumelor plătite din fondurile comunitare și/sau din cofinanțarea aferentă, costurile bancare, inclusiv accesoriile acestora, precum și a altor sume stabilite de lege în sarcina debitorului, în conformitate cu art. 4 din actul normativ mai sus menționat, acestea fiind considerate creanțe bugetare și asimilate creanțelor bugetare (art. 2 lit. d și art. 4 alin. 2 din ordonanță).

Aplicarea în timp a O.G. nr. 79/2003 a generat stabilirea unor debite excesive în sarcina beneficiarilor fondurilor europene, inclusiv a instituțiilor publice finanțate de la bugetul de stat, ca urmare a restituirii integrale a sumelor de care au beneficiat în mod necuvenit. Art. 2 lit. n) din O.U.G. nr. 66/2011 consacră principiul proporționalității în sensul că „orice măsură adoptată trebuie să fie adecvată, necesară și corespunzătoare scopului urmărit atât în ceea ce privește resursele angajate în constatarea neregulilor, cât și în ceea ce privește stabilirea creanțelor bugetare rezultate din nereguli, ținând seama de natura și frecvența neregulilor constatate și de impactul financiar al acestora asupra proiectului/programului respectiv”.

Acest principiu și-a găsit exprimarea concretă în prevederile Anexei 1 ale O.U.G. nr. 66/2011 în care sunt stabilite procentual corecțiile fiscale pentru fiecare abatere constatată. Este de subliniat, de asemenea, faptul că, potrivit art. 98 alin. 1-2 din Regulamentul CE nr. 1083/2006 al Consiliului din 11 iulie 2006 de stabilire a anumitor dispoziții generale privind Fondul European de Dezvoltare Regională, Fondul Social European și Fondul de Coeziune și de Abrogare a Regulamentului nr. 1260/1999, normă unională la care face trimitere expresă Ghidul pentru determinarea corecțiilor financiare, „ Este în primul rând responsabilitatea statelor membre să caute neregularitățile, să ia măsuri atunci când se constată o schimbare importantă care afectează natura sau condițiile de aplicare sau de control al operațiunilor sau al programelor operaționale și să procedeze la corecțiile financiare necesare. (2) Statele membre procedează la corecțiile financiare necesare pentru neregularitățile individuale sau sistemice constatate în operațiunile sau în programele operaționale. Corecțiile la care procedează statele membre constau în anularea totală sau parțială a participării publice pentru programul operațional. Statele membre țin seama de natura și de gravitatea neregularităților și a pierderii financiare care rezultă pentru fonduri.”

În concluzie, în condițiile în care prin contractul de finanțare s-a prevăzut obligația respectării întocmai a legislației în domeniul achizițiilor publice, cu posibilitatea aplicării unei corecții financiare, nu se poate reține în speța de față nerespectarea principiului neretroactivității legii..

2) În ceea ce privește inexistența unui prejudiciu a arătat următoarele:

Potrivit art. 5 din Contractul de finanțare, „cheltuielile sunt considerate eligibile dacă sunt în conformitate cu Hotărârea Guvernului nr. 759/2007. Conform art. 2 alin. 1 lit. d din acest act normativ „Pentru a fi eligibilă, o cheltuială trebuie să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare”. Aceste dispoziții se completează cu prevederile art. 9 pct. 21 și 22 din Contractul de finanțare, conform căruia:

„(21) Beneficiarul este obligat să respecte prevederile cuprinse în Anexa IV cererea de Finanțare referitoare la asigurarea conformității cu politicile Uniunii Europene și naționale privind achizițiile publice, ajutorul de stat, egalitatea de șanse, dezvoltarea durabilă, informarea și publicitatea (22) în

scopul atribuirii contractelor de servicii, furnizare, execuție de lucrări Necesare pentru implementarea Proiectului care face obiectul prezentului contract, beneficiarul, în calitate de Autoritate Contractantă, are obligația de a respecta prevederile legislației naționale. Nerespectarea prevederilor conduce la neeligibilitatea cheltuielilor astfel efectuate".

Mai mult, așa cum se observă din prevederile contractului încheiat între instituția noastră și UAT Județul Botoșani, finanțarea se acordă sub condiția respectării integrale a prevederilor contractuale. Față de prevederile contractului de finanțare este evident că nerespectarea fondurilor de achiziții constituie o neregulă, prejudiciul fiind în acest caz prezumat prin nerespectarea clauzelor contractuale. Potrivit art. 2 alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 66/2011, neregula reprezintă orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia pene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit".

Potrivit prevederilor legale mai sus enunțate, pentru a fi în prezența unei nereguli, trebuie să existe o abatere, care constă în acțiunea/inacțiune a beneficiarului prin care s-au încălcat prevederile legale în vigoare și ale contractului de finanțare, precum și un prejudiciu ce constă în suma plătită necuvenit. În speță, neregula constă în acțiunea beneficiarului de a se abate de la dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, precum și de la prevederile Contractului de finanțare, prin nerespectarea de către acesta în cadrul procedurii de atribuire a contractului de servicii a prevederilor art. 75 din O.U.G. nr. 34/2006, acțiune ce a condus la atribuirea contractului fără organizarea unei licitații adecvate. Prin regula săvârșită s-a adus astfel prejudiciu atât bugetului Uniunii Europene, cât și bugetului de stat, prin încasarea de către beneficiar a unor sume plătite necuvenit. Dispozițiile art. 2 alin. (4) din O.U.G. nr. 66/2011 stipulează că termenul de prejudiciu are semnificația dată de reglementările incidente și de ghidurile lor de aplicare, emise de Uniunea Europeană/donatorul public internațional.

Art. 2 pct. 7. din Regulamentul (CE) nr. 1083/2006 al Consiliului U.E. "neregularitate" înseamnă orice încălcare a unei dispoziții a dreptului comunitar care rezultă dintr-un act sau dintr-o omisiune a unui operator economic care are sau ar putea avea ca efect un prejudiciu la adresa bugetului general al Uniunii Europene prin imputarea unei cheltuieli necorespunzătoare bugetului general.

Referitor la „existența sau potențialitatea unui efect prejudiciabil al încălcării/abaterii pentru bugetul general al Uniunii Europene...", art. 1 din regulamentul (CE, Euratom) nr. 2988/95 al Consiliului U.E. din 18 decembrie 1995 - privind protecția intereselor financiare ale Comunităților Europene prevede: „(1) în scopul protejării intereselor financiare ale Comunităților Europene, se adoptă prin prezenta o reglementare generală privind controalele uniforme, măsurile și sancțiunile administrative privind abaterile de la dreptul comunitar.

(2) Constituie abatere orice încălcare a unei dispoziții de drept comunitar, ca urmare a unei acțiuni sau omisiuni a unui agent economic, care poate sau ar putea prejudicia bugetul general al Comunităților sau bugetele gestionate de acestea, fie prin diminuarea sau pierderea veniturilor acumulate din resurse proprii, colectate direct în numele Comunităților, fie prin cheltuieli nejustificate."

În concluzie, în acord cu legislația europeană, existența abaterii/neregulii/cheltuielii nejustificate presupune implicit potențialitatea/existența prejudicierii bugetului U.E.

3) În ceea ce privește nerespectarea prevederilor legale din domeniul achizițiilor publice a arătat următoarele:

La momentul verificării procedurii de atribuire a contractului nr. 5354 din 05.04.2011 s-a constatat că reclamanta a restricționat accesul operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului de servicii, prin impunerea în fișa de cate a achiziției a unor cerințe minime de calificare nelegale care contravin principiilor nediscriminării și proporționalității, prevăzute la art. 2 din OUG nr. 34/2006, astfel:

Prin Fișa de date a achiziției la Secțiunea IV.4.3. - Experiența similară a fost specificată cerința obligatorie ca ofertanții să fi finalizat sau să aibă în derulare în ultimii 3 ani împliniți la data termenului limită pentru depunerea ofertei, cel puțin 1 (un) contract de servicii de supervizare modernizare de drum, prestat în cadrul unor proiecte finanțate din fonduri structurale europene.

S-a constatat astfel că, reclamanta a impus prin documentația de atribuire îndeplinirea de către ofertanți a unor criterii de calificare și selecție care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit încălcând astfel prevederile art. 8 din HG 925/2006.

Demonstrarea experienței similare în susținerea exercitării capacității de implementare a proiectului nu trebuie să fie determinată de natura sursei de finanțare ci, mai degrabă, de abilitățile persoanelor implicate, de competențele probate ale acestora și, nu în ultimul rând, de experiența individuală a fiecăruia.

Faptul că personalul propus în vederea derulării contractului de servicii dirigenție a derulat proiecte similare finanțate dintr-o anumită sursă (bugetare, europene, private) nu este relevant în demonstrarea experienței similare, întrucât capacitatea sa profesională nu poate fi influențată de natura acestei surse. Factorul hotărâtor este, pregătirea profesională individuală dublată de experiența individuală, toate acestea fiind probate de implicarea în diverse activități specifice.

Nici prin nota justificativă și nici prin acțiunea formulată reclamanta nu arată de ce o persoană care a mai supervizat lucruri asemănătoare având însă o sursă de finanțare diferită nu ar avea competența necesară supervizării unor lucrări executate din fonduri structurale.

Prin răspunsul la întâmpinare depus la dosarul cauzei, reclamantul a solicitat trimiterea cauzei spre competență soluționare Curții de Apel Suceava, în temeiul art. 10 alin. 1 indice 1 din Legea 554/2004, arătând că nu sunt aplicabile prevederile contractului de finanțare, întrucât acest litigiu nu s-a născut ca urmare a încălcării obiectului contractului de finanțare. Prin sentința nr. 3743 din 27 noiembrie 2013 Tribunalul Botoșani - secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal a admis și a declinat competența de soluționare a cauzei în favoarea Curții de Apel Suceava - secția a II-a civilă. Dosarul a fost înregistrat pe rolul Curții de Apel Suceava sub nr. 2098/40/2013 la data de 24 Ianuarie 2014.

Examinând cererea, Curtea reține că potrivit art. 66 din OUG nr. 66/2011 activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare.

Per a contrario, activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare începute după intrarea în vigoare a OUG nr. 66/2011 sunt supuse prin voința autorității legiuitoare dispozițiilor noii reglementări, atât sub aspect procedural, cât și sub aspect substanțial, iar

verificarea compatibilității acestei soluții legislative cu prevederile art. 15 alin. 2 din Constituție excede controlului de legalitate al instanței de contencios administrativ.

De altfel, art. 66 din OUG nr. 66/2011 este favorabil reclamantului, rațiunea sa fiind dată de faptul că aplicarea OG nr. 79/2003 a generat stabilirea unor debite excesive în sarcina beneficiarilor fondurilor europene, inclusiv a instituțiilor publice finanțate de la bugetul de stat, cu încălcarea principiului de drept european al proporționalității, receptat expres în art. 2 lit. n) și anexa 1 din OUG nr. 66/2011. Așa fiind în mod corect pârâta a dat eficiență prevederilor OUG nr. 66/2011, argumentele aduse de reclamant sub acest aspect fiind nefondate.

Cu privire la neregula constatată în cadrul procedurii de atribuire a contractului de servicii de dirigentare a lucrărilor pentru obiectivul de investiții „Modernizare DJ 291 D, km 18+000- 31+000 Cristinești - Suharău - Oroftiana” se observă că potrivit art. 2 alin. 1 din OUG nr. 66/2011 prin *neregulă* se înțelege orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit.

În fișa de date a achiziției, la pct. IV.4.3. privind experiența similară, s-a solicitat ofertantului, ca cerință obligatorie de calificare, să fi finalizat sau să aibă în derulare în ultimii trei ani împliniți la data termenului limită pentru depunerea ofertei cel puțin un contract de servicii de supervizare modernizare de drum, prestat în cadrul unor proiecte finanțate din fonduri structurale europene.

Or, având în vedere conținutul cerinței de calificare, iar aici cu precădere dispoziția restrictivă de prestare a serviciului similar *numai* în cadrul unor proiecte finanțate din fonduri structurale europene, Curtea constată, asemenea organelor de control, că autoritatea contractantă a creat posibilitatea de distorsionare a procedurii prin afectarea exigențelor de nediscriminare și liberă concurență, factori determinanți pentru asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice.

Nu există nicio justificare rezonabilă pentru care s-a limitat astfel participarea la procedură din moment ce capacitatea ofertanților putea fi evaluată în mod optim și prin raportare la serviciile similare prestate în cadrul altor proiecte, indiferent de sursa de finanțare, iar nu numai din fonduri structurale, a căror accesare a și fost limitată în perioada de referință.

Contrar argumentelor reclamantului, „complexitatea și specificitatea contractului” nu implicau cunoștințe specifice utilizării fondurilor structurale, iar profesionalismul dorit de autoritatea contractantă putea fi dovedit și prin alte mijloace de atestare a competenței, iar nu numai prin deținerea know-how-ului necesar execuției unui contract finanțat din fonduri structurale.

Altfel spus, determinantă nu trebuia să fie natura sursei de finanțare ci, mai degrabă, competența și capacitatea ofertanților de a aduce la îndeplinire obiectul contractului, care nu depindeau în mod necesar de gestionarea anterioară a unui proiect finanțat din fonduri structurale, încurajarea practicii contrare ar constitui o veritabilă frână în accesarea fondurilor structurale, perpetuând înscrierea aceluiași ofertanți sau lipsa oricărui agent economic care să îndeplinească condițiile de eligibilitate în situația ipotetică a unei proceduri cu factor de noutate.

În final trebuie remarcat că deși prin fișa de date a achiziției reclamantul a stabilit cerința restrictivă în mod similar pentru toți potențialii ofertanți, în concret, prin instituirea unei restricții contrare scopurilor și principiilor declarate de art. 2 al OUG 34/2006 procedura în cauză nu a garantat respectarea criteriului de atribuire constând în cel mai scăzut preț. Ca atare prejudiciul există, fiind

dat de aceea că autoritatea contractantă a creat posibilitatea contractării la un preț care nu a fost supus cenzurii liberei concurenței încălcând astfel obligațiile din contractul de finanțare la implementarea proiectului pentru care a accesat fondurile structurale europene.

Prin urmare, autoritatea contractantă a nesocotit prevederile art. 2 alin. 1 și 2 și art. 178 alin.2 din OUG nr. 34/2006 raportat la art. 8 din HG nr. 925/2006, fiind incidente dispozițiile anexei 1 din O.U.G. nr. 66/2011 în care sunt stabilite procentual corecțiile fiscale pentru abaterea imputată.

Față de cele ce preced, în mod corect s-a procedat la respingerea contestației administrative împotriva notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, astfel că, văzând dispozițiile art. 18 din Legea nr. 554/2004 cu trimitere la art. 51 din OUG nr. 66/2011, Curtea va respinge cererea de chemare în judecată ca neîntemeiată, urmând a menține actele contestate în cauză, precum și corecția financiară în sumă de 1 300 lei.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII, HOTĂRĂȘTE:

Respinge, ca neîntemeiată, cererea având ca obiect "*contestație act fiscal*" formulată de reclamantul Județul Botoșani - prin Președintele Consiliului Județean, cu sediul în Botoșani, județul Botoșani, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale Și Turismului - Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene cu sediul în București.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare ce se depune, sub sancțiunea nulității, la Curtea de Apel Suceava. Pronunțată în ședința publică din 3 martie 2014.

Dosar nr. 527/39/2013

CURTEA DE APEL SUCEAVA
SECȚIA a II-a CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 229
Ședința publică din 18 septembrie 2013

Pe rol, pronunțarea asupra acțiunii în contencios administrativ formulată de reclamantul **Județul Botoșani - prin președinte** cu sediul în Botoșani, județul Botoșani, în contradictoriu cu pârâtul **Ministerul Dezvoltării Regionale Și Administrației Publice - Direcția Generală Constatăre Și Stabilire Nereguli Fonduri Europene** cu sediul în București. Dezbaterile asupra cauzei au avut loc în ședința publică din **11 Septembrie 2013**, fiind consemnate în încheierea ședinței de judecată de la acea dată, redactată separat și care face parte integrantă din prezenta sentință și când, din lipsă de timp pentru deliberare, *Curtea* a amânat pronunțarea pentru data de astăzi **18 septembrie 2013**.

După deliberare, CURTEA, asupra acțiunii de față, constată:

Prin cererea înregistrată pe rolul acestei instanțe sub nr.527/39/2013 la data de 19 iulie 2013 reclamantul Județul Botoșani - prin Președinte a solicitat în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale Și Administrației Publice - Direcția Generală Constatăre Și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, ca prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună următoarele:

1. anularea Deciziei nr. 47 din 25.02.2013 a Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, precum și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA95082 din 19.12.2012 aferentă proiectului cod SMIS 994, cu titlu "*Modernizarea DJ 294 MIHALĂȘENI - DN 24C, KM 22+100+29+160*" finanțat din Programul Operațional Regional 2007-2013 - Unitatea Administrativ Teritorială - Județul Botoșani;
2. obligarea pârâtului la restituirea sumei 15.152,57 lei achitată cu O.P. nr. 1242/29.05.2013;
3. obligarea pârâtului la plata dobânzii de referință a Băncii Naționale a României calculată de la data plății și până la restituirea integrală a sumelor achitate, dobândă stabilită în condițiile art. 42 alin. (4) din OG nr.66/2011;
4. obligarea pârâtului la cheltuieli de judecată.

În motivarea cererii, a susținut următoarele:

I. nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. CA nr. 95082/19.12.2012 a fost emisă cu încălcarea următoarelor principii:

1. principiului neretroactivității legii;
2. principiului legalității actelor administrative și a activității organelor administrației publice;
3. principiului previzibilității normelor juridice;
4. principiului încrederii legitime.

II. nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. CA1539/10.01.2012 a fost emisă fără a fi îndeplinite condițiile cumulative ale noțiunii de "neregulă", respectiv :

- a) să existe o abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene sau cu prevederile contractului;
- b) abaterea să conștie într-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene;
- c) acțiunea sau inacțiunea beneficiarului să fi prejudiciat sau să poată prejudicia bugetul Uniunii Europene - existența unui prejudiciu actual sau viitor;
- d) să existe o sumă plătită necuvenit către beneficiarul fondurilor europene.

III. nota de constatare a neregulilor și stabilirea corecțiilor financiare nr. CA95082/19.12.2012 a fost emisă cu interpretarea și aplicarea extensivă și arbitrară a legislației privind achizițiile publice.

Cu referire la constatările din verificările efectuate de echipa de control, a precizat următoarele:

I. Contractul de asistență din partea proiectantului nr. 11317/23.09.2009.

1. Autoritatea contractantă nu a publicat în SEAP criteriile de calificare și selecție; Referitor la faptul că în invitația de participare publicată pe SEAP nu se regăsesc cerințele minime de calificare, încălcându-se astfel principiul transparenței în conformitate cu art. 2 alin.(2) litera d) din OUG 34/2006, în vigoare la momentul derulării procedurii de achiziții, a arătat că pentru această achiziție publică s-a publicat în SEAP invitația de participare nr. 225964 la data 04.09.2009; că pe SEAP, capacitatea de editare a textelor este limitată la un anumit număr de caractere, pentru fiecare rubrică în parte, în momentul în care o autoritate contractantă editează invitațiile/anunțurile în vederea publicării, atunci când se încearcă salvarea informațiilor respective, dacă se depășește numărul maxim de caractere tehnic permis de sistem, inclusiv "spațiile", sistemul generează un mesaj de eroare, marcat cu roșu, de genul "observațiile introduse sunt prea lungi" sau "limita maximă de caractere care pot fi introduse este de ..." și indică numărul maxim de caractere, cu tot cu spații care pot fi introduse în sistem, în fiecare rubrică în parte.

Astfel, în momentul în care introduc anunțurile/invitațiile de participare, autoritățile contractante sunt nevoite, fie să folosească prescurtări și trunchieri de cuvinte și fraze, fie să publice informațiile la modul general, pentru a se putea încadra în capacitatea tehnică oferită de SEAP.; că în Invitația de participare nr. 225964/04.09.2009 informațiile prezentate au fost formulate la modul general, punându-se accent pe cerințele principale, pentru încadrarea în limita maximă permisă de Sistemul Electronic al Achizițiilor Publice. Singura reglementare în acest sens a survenit, prin Legea nr. 279/7.12.2011, prin modificările aduse art. 40, unde se face apel la motivele tehnice imputabile operatorului SEAP.

Conform art. 40 alin.2) din OUG nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, „ *prin excepție de la dispozițiile alin. 1), în situația în care atașarea documentației de atribuire în SEAP nu este posibilă din motive tehnice, autoritatea contractantă are obligația de a pune la dispoziția oricărui operator economic care a înaintat o solicitare în acest sens sau, după caz, căruia i s-a transmis o invitație de participare, a unui exemplar din documentația de atribuire, pe suport hârtie ori pe suport magnetic*”.

Având în vedere că la momentul derulării achiziției, serverul unității administrative era subdimensionat tehnic, nu s-a reușit atașarea completă a documentației de atribuire. Autoritatea contractantă a pus documentația de atribuire la dispoziția oricărui operator economic care a înaintat o solicitare în acest sens, nerestricționând astfel participarea potențialilor ofertanți, asigurând astfel respectarea principiului transparenței. În cazul de față au solicitat și au achiziționat documentația de atribuire gratuit pe suport magnetic de la sediul autorității contractante, un număr de 5(cinci) ofertanți, a căror reprezentanți sunt nominalizați în tabelul ofertanților prezentat în dosarul achiziției.

În ceea ce privește nerespectarea cerințelor privind asigurarea unui grad adecvat de publicitate și transparență, a precizat că, în O.U.G. nr. 66/2011 la punctul 2.1. din Anexa - Corecțiile/Reducerile financiare aplicabile cheltuielilor aferente proiectelor finanțate din fonduri europene și/sau din fonduri publice naționale aferente acestora, în caz de nerespectare a reglementărilor privind achizițiile - Nerespectarea cerințelor privind asigurarea unui grad adecvat de publicitate și transparență, la descrierea abaterii constatate se menționează: „*Contractul a fost atribuit fără lansarea adecvată a unei proceduri competitive, nerespectându-se principiul transparenței.*”

A considerat că nu s-a încălcat principiul transparenței, deoarece, prin punerea la dispoziția celor interesați a tuturor informațiilor referitoare la aplicarea procedurii pentru atribuirea contractelor de achiziție publică, a fost asigurat un grad adecvat de publicitate și transparență așa cum este definit la pct. 2.1.) din Anexa din O.U.G. nr. 66/2011; că s-au respectat toate regulile privind publicitatea și transparența.

2. - autoritatea contractantă a solicitat ca bilanșurile contabile pe anii 2006, 2007 și 2008 să fie vizate la DGFP în raza căruia își desfășoară activitatea agentul economic și ca societatea să aibă profit; Referitor la faptul că s-a solicitat ca societatea să aibă profit, a apreciat că această solicitare a autorității contractante nu poate fi considerată restrictivă, cu atât mai mult cu cât prin art. 9 din H.G. nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare, sunt precizate clar condițiile în care anumite cerințe economico-financiare pot fi considerate restrictive și disproporționate, rezultatul financiar pozitiv, respectiv profitul unei firme, nefiind menționat printre acestea.

Mai mult, prin neinserarea printre condițiile restrictive și disproporționate a profitului unui operator economic, s-a avut în vedere faptul că obținerea de profit este un aspect favorabil, atât pentru activitatea unei firme, cât și a șanselor acesteia de a participa la procedurile de atribuire și de a câștiga contractele respective. Obținerea de profit, nu poate fi considerată o condiție restrictivă și împovărătoare, mai mult prin rezultatul financiar pozitiv un operator economic aduce o dovadă în plus că în anii precedenți a încheiat și derulat contracte în condiții optime. Totodată, împreună cu capacitatea tehnico-profesională, este un garant pentru derularea în viitor, în bune condiții a unui contract de achiziție publică. Autoritatea contractantă nu a cerut un anumit nivel valoric al profitului astfel încât să fie îndeplinite condițiile cu privire la restricționare și disproporționalitate iar pentru anii când operatorul economic nu a desfășurat activitate economică, nu este obligat să depună bilanșuri.

Referitor la faptul că s-a solicitat ca bilanșurile contabile pe anii 2006, 2007 și 2008 să fie vizate la DGFP în raza căruia își desfășoară activitatea agentul economic, considerată ca fiind cerință restrictivă, a invocat dispozițiile art. 180 din Legea nr. 31 din 1990 privind societățile comerciale, apreciind că cerința impusă de autoritatea contractantă nu este restrictivă, din moment ce este evident că operatorii economici de profil au avut posibilitatea de a prezenta bilanșurile contabile pe anii 2006, 2007 și 2008 vizate la DGFP în raza căruia își desfășurau activitatea.

3. Verificatorul de proiecte nu trebuie să fie angajatul operatorului economic - cerință prin care s-a considerat de către echipa de control că s-a restricționat participarea la procedura de atribuire. Referitor la acest aspect, reclamantul a invocat dispozițiile art. 4 și art. 13 din Anexa la HG nr. 925/1995 pentru aprobarea Regulamentului de verificare și expertizare tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor, în vigoare la momentul derulării procedurii de achiziții, susținând că din moment ce nu au existat solicitări de clarificări referitoare la această cerință, autoritatea contractantă a considerat că operatorii economici au înțeles sensul sintagmei respective, nemaifiind necesare alte explicații sau clarificări la documentația de atribuire.

II. Contractul de asistență tehnică (dirigenție de șantier) nr. 7967/09.07.2009.

1. din CV-ul pentru dirigențele de șantier să reiasă o experiență de minim de 3 ani pe contracte de lucrări finanțate din fonduri europene. Referitor la acest aspect, reclamantul a arătat că reprezentantul beneficiarului la execuția lucrărilor este dirigențele de șantier, autoritatea contractantă dorind să se asigure că acesta are experiență în ceea ce privește parcurgerea tuturor etapelor ce presupun urmărirea execuției unui obiectiv finanțat prin fonduri europene și are experiența specifică necesară în rezolvarea problemelor ce apar pe parcursul desfășurării proiectului.

Experiența ofertantului în domeniul serviciilor de dirigentare a unui proiect finanțat prin fonduri europene dovedește beneficiarului că acesta are capacitatea necesară de a constitui un sprijin real în implementarea Proiectului. Experiența în astfel de proiecte asigură familiarizarea prestatorului cu contextul general în care se desfășoară proiectul.

A considerat că susținerile echipei de control referitoare la cerințele formulate de autoritatea contractantă în Fișa de data a achiziției sunt nefondate, deoarece această cerință are legătură cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică, iar natura și complexitatea unui contract de servicii nu se poate stabili strict pe criterii legate de valoarea estimată a acestuia, fără a se avea în vedere și cerințele de ordin tehnic, calitativ și constructiv ale construcției respective.

2. autoritatea contractantă nu a publicat în anunțul de participare în SEAP cerința minimă conform căreia din CV-ul pentru dirigințele de șantier să reiasă o experiență de minim de 3 ani pe contracte de lucrări finanțate din fonduri europene. În ce privește neinclusiunea acestei cerințe în Anunțul de participare, a arătat că pentru procedura de achiziție publică s-a publicat pe SEAP anunțul de participare nr. 76712/04.05.2009; că potrivit fișei de date a achiziției - Secțiunea V.4) Capacitatea tehnică și/sau profesională, se constată că detaliile privind cerințele minime de calificare referitoare la experiență de minim de 3 ani pe contracte de lucrări finanțate din fonduri europene, se regăsesc în documentația de atribuire; că prin declararea fie în documentația de atribuire fapt ce s-a și întâmplat, fie în anunțul de participare, a criteriilor de selecție și factorilor de evaluare, autoritatea contractantă și-a îndeplinit obligația prevăzută de lege.

III. Contractul de servicii de audit nr. 182/08.01.2010.

1. Cerința privind dovada că a mai auditat cel puțin un proiect finanțat din fonduri europene este una restrictivă. Referitor la acest aspect, reclamantul a apreciat că au fost respectate prevederile art. 178 și 179 din OUG nr. 34/2006, așa cum erau în vigoare în anul 2009. A mai arătat reclamantul că documentațiile de atribuire în cauză au fost verificate de ANRMAP care nu a considerat cerințele autorității contractante ca excesive și nerelevante raportate la complexitatea contractelor, fapt care s-a materializat prin publicarea invitațiilor/anunțurilor în SEAP; că toate criteriile de calificare și selecție au fost relevante și proporționale în raport cu natura și obiectul contractelor de achiziție publică, și justificate pentru autoritatea contractantă, prin însăși natura și complexitatea obiectivului de investiție; că cerințele din fișele de date ale achiziției, nu exced prevederilor legislației naționale privind achizițiile publice, cu atât mai mult cu cât nu sunt precizate îngrădiri pentru autoritățile contractante în ceea ce privește dovedirea capacității economico-financiare ori a experienței similare; că cerințele respective nu au avut drept consecință încălcarea principiilor tratamentului egal și al transparenței și nu au restricționat participarea la procedura de atribuire și că acestea au fost formulate în concordanță cu natura și obiectul contractelor de achiziție publică.

Astfel, din justificarea echipei de control nu rezultă foarte clar cum s-au încălcat prevederile legislației achizițiilor publice din acest punct de vedere și încadrarea în prevederile OUG nr.66/2011, respectiv Cap.2 din Anexa, punctele 2.3 și 2.4; nu există specificată o modalitate clară de stabilire și evaluare a acelor situații care conduc la *„aplicarea unor criterii de calificare(„„) care împiedică anumiți ofertanți potențiali să participe la procedura de atribuire din cauza restricțiilor stabilite în documentația de atribuire”*.

Referitor la capetele 2 și 3 din cererea sa, a arătat că în baza pct.14 -16 al Notei de constatare a neregulilor și de aplicare a corecțiilor financiare nr. CA95082/19.12.2012 a fost executată sancțiunea aplicată de pârâtă, fiind achitată suma de 15.152,57 lei cu O.P. nr. 1242/29.05.2013; că nulitatea unui act juridic are ca efect desființarea retroactivă a raportului juridic generat de actul respectiv și restabilirea legalității, iar unul dintre principiile efectelor nulității este repunerea părților în situația anterioară, ceea ce înseamnă că tot ce s-a executat trebuie restituit; că se

impune la suma sus-menționată și acordarea dobânzii de referință a Băncii Naționale a României calculată de la data plății și până la restituirea integrală a sumelor achitate, dobândă stabilită în condițiile art. 42 alin. (4) din OG nr.66/2011, întrucât este parte ale aceluiași raport juridic și aceasta este dobânda datorată de către debitor pentru neachitarea în termen a obligațiilor stabilite prin titlul de creanță.

A solicitat admiterea acțiunii așa cum a fost formulată.

Prin întâmpinare, pârâtul a invocat excepția necompetenței teritoriale a Curții de Apel Suceava de a soluționa prezenta cauză, solicitând admiterea acesteia și declinarea prezentului litigiu la instanța competentă teritorial să-l judece, respectiv Curtea de Apel București - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal. Pe fondul cauzei, a solicitat respingerea acțiunii ca nefondată.

A arătat că în baza Mandatului nr. 69807/19.09.2012 emis de Șeful Autorității de Management - Programul Operațional Regional, echipa de control a procedat la efectuarea unei verificări documentare a cazului de suspiciune de nereguli ce a vizat aspectele menționate în sesizarea Serviciului Verificare Programe și Gestionare Nereguli nr. VT - 65646/05.09.2012 conținând constatări cu implicații financiare cu privire la încălcarea normativelor legale în materie de achiziție publică la atribuirea contractului de asistență din partea proiectantului nr. 11317/23.09.2009, încheiat de către autoritatea contractantă UATJ Botoșani cu SC Drum Proiect SRL, în sesizarea Serviciului Verificare Programe și Gestionare Nereguli nr. VT - 65663/05.09.2012 conținând constatări cu implicații financiare cu privire la încălcarea normativelor legale în materie de achiziție publică la atribuirea contractului de asistență tehnică (dirigenție de șantier) nr.7967/09.07.2009 încheiat de către autoritatea contractantă UATJ Botoșani cu PFA - A. N. și în sesizarea nr. VT-65689/05.09.2012 conținând constatări cu implicații financiare cu privire la încălcarea normativelor legale în materie de achiziție publică la atribuirea contractului de servicii de audit nr. 182/08.01.2010 încheiat de către autoritatea contractantă UATJ Botoșani cu Cabinet Audit Financiar: M D. C.O.

În urma verificărilor efectuate, echipa de control a identificat următoarele abateri:

- Contractul de asistență din partea proiectantului nr. 11317/23.09.2009

1. În invitația de participare nr. 225964, publicată în SEAP la data 04.09.2009 nu sunt publicate informațiile precizate la art. 125 litera d) și litera e) din OUG 34/2006, respectiv nu au fost publicate criteriile minime de calificare, stabilite conform notei justificative nr. 10581/04.09.2009 și nu a fost prezentată o scurtă descriere a obiectului contractului de achiziție publică ce urma să fie atribuit;
2. Autoritatea contractantă a solicitat potențialilor operatori economici ca bilanțurile contabile pe anii 2006, 2007 și 2008 să fie vizate la DGFP în raza căruia își desfășoară activitatea și să aibă profit;
3. Autoritatea contractantă a solicitat potențialilor operatori economici ca verificatorul de proiecte să nu fie angajatul operatorului economic în cauză.

- Contractul de asistență tehnică (dirigenție de șantier) nr. 7967/09.07.2009

1. Autoritatea contractantă a solicitat potențialilor operatori economici ca din CV-ul pentru dirigințele de șantier să reiasă o experiență de minim 3 ani pe contracte de lucrări finanțate din fonduri europene;
2. Autoritatea contractantă nu a publicat anunțul de participare în SEAP, cerința minimă conform căreia din CV-ul pentru dirigințele de șantier să reiasă o experiență de minim de 3 ani pe contracte de lucrări finanțate din fonduri europene.

- Contractul de servicii de audit nr. 182/08.01.2010

Autoritatea contractantă a solicitat potențialilor operatori economici să demonstreze că au mai auditat cel puțin un proiect finanțat din fonduri europene.

Prin intermediul Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-95082/19.12.2012 au fost aplicate corecții financiare pentru cele trei contracte menționate mai sus, cuantumul creanțelor bugetare fiind:

- Contractul de asistență din partea proiectantului nr. 11317/23.09.2009

Valoarea creanței bugetare rezultate din neregulă este de 5.145,02 lei la care se adaugă TVA recuperabilă, după cum urmează:

- contribuție bugetul UE: 4.541,26 lei - 86,5 %;
- contribuție bugetul de stat: 603,75 lei - 11,5%;
- TVA: 1.128,75 lei.

- Contractul de asistență tehnică (dirigenție de șantier) nr. 7967/09.07.2009

Valoarea creanței bugetare rezultate din neregulă este de 4.900 lei, după cum urmează:

- contribuție bugetul UE: 4.325 lei - 86,5 %;
 - contribuție bugetul de stat: 575 lei - 11,5%.
- Contractul de servicii de audit nr. 182/08.01.2010

Valoarea creanței bugetare rezultate din neregulă este de 3.978.80, după cum urmează:

- contribuție bugetul UE: 3.511,9 lei - 86,5 %;
- contribuție bugetul de stat: 466,9 lei - 11,5%.

Împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-95082/19.12.2012 a formulat contestație reclamanta. Contestația a fost soluționată prin intermediul Deciziei nr. 47/25.02.2013 în sensul respingerii acesteia ca nefondată. Referitor la excepția necompetenței teritoriale a Curții de Apel Suceava, pârâtul a invocat dispozițiile art.96 pct.1 Cod proc. civilă și art. 10 alin.(1 ') din Legea nr.554/2004. A menționat că potrivit ultimului articol din Contractul de finanțare nr. 88/26.02.2009 "*în eventualitatea unui litigiu între AMPOR/OI și Beneficiar, survenit în executarea acestui Contract, se va încerca soluționarea acestuia pe cale amiabilă. În situația în care nu se poate ajunge la o înțelegere pe cale amiabilă, litigiul va fi soluționat de către instanțele judecătorești competente material din raza teritorială a Municipiului București*".

Pe fondul cauzei, a susținut că motivele reclamantului din cererea de chemare în judecată nu pot fi reținute. Referitor la punctele 1 și 2 de la punctul I al cererii de chemare în judecată a apreciat că sub aspectul activității de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare, legea nouă - OUG nr.66/2011 este de imediată aplicare, cu excepția situației tranzitorii reglementată de art. 66 din O.U.G. nr. 66/2011: "*Activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare*".

În speță, activitatea de control s-a desfășurat în baza Mandatului nr. 69807/19.09.2012, echipa de control încheind titlul de creanță la data de 19.12.2012, deci după intrarea în vigoare a ordonanței O.U.G. nr. 66/2011, astfel că rezultă indubitabil că acest act normativ nu a fost aplicat retroactiv. Referitor la susținerile făcute de reclamant la punctele 3 și 4 de la punctul I al cererii de chemare în judecată, a considerat că acestea nu pot fi reținute întrucât încălcarea principiului securității juridice ar presupune că UATJ Botoșani nu era în măsură să cunoască în mod neechivoc drepturile și obligațiile sale legate de aplicarea prevederilor privind procedurile de achiziție publică, o asemenea supoziție neputând fi reținută deoarece în conformitate cu termenii din contractul de finanțare nr. 88/26.02.2009 (reclamantul cunoștea obligațiile care îi incubau și de asemenea consecințele care decurgeau din nerespectarea acestora, respectiv prevederile art. 9 punctul (22),

conform căruia : " în scopul atribuirii contractelor de servicii, furnizare, execuție de lucrări necesare pentru implementarea proiectului care face obiectul prezentului Contract, Beneficiarul, în calitate de Autoritate Contractantă, are obligația de a respecta prevederile legislației naționale în domeniul achizițiilor publice. Nerespectarea acestei obligații conduce la neeligibilitatea cheltuielilor astfel efectuate".

Referitor la argumentele prezentate de către reclamant la punctul II al cererii de chemate în judecată a susținut că față de prevederile contractului de finanțare, este evident că nerespectarea procedurilor de achiziții constituie o neregulă, prejudiciul fiind în acest caz prezumat prin nerespectarea clauzelor contractuale.

În speță, neregula constă în acțiunea beneficiarului de a se abate de la dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, precum și de la prevederile contractului de finanțare. În ceea ce privește argumentele reclamantului de la punctul "III" - argumente care vizează constatările echipei de control, a considerat că și acestea trebuie înlăturate. **Prin răspunsul la întâmpinare**, reclamantul a solicitat respingerea excepției necompetenței teritoriale a Curții de Apel Suceava în soluționarea cauzei și admiterea acțiunii așa cum a fost formulată.

Referitor la excepția invocată de pârât a invocat dispozițiile art. 10 alin. (1¹) din Legea nr.554/2004 și art.111 din Codul de proc. civilă, apreciind că din coroborarea celor două texte de lege, având în vedere că sumele acordate prin contract pentru realizarea lucrărilor de construcții reprezintă finanțare nerambursabilă din partea Uniunii Europene, iar decizia a cărei anulare se solicită a fost emisă de către Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - autoritate publică centrală, reiese în speță, competența teritorială aparține Curții de Apel Suceava, întrucât reclamantului îi revine alegerea instanței competente teritorial.

Faptul că prin Contractul de finanțare nr. 88/26.02.2009 s-a stabilit că în eventualitatea unui litigiu survenit în executarea acestui contract, litigiul va fi soluționat de către instanțele judecătorești competente material din raza teritorială a Municipiului București, nu înseamnă că orice litigiu dintre cele două instituții se va soluționa de către Curtea de Apel București.

A precizat că, în speță, litigiul actual nu s-a născut din executarea contractului de finanțare, pentru că așa zisele nereguli în legătură cu desfășurarea contractului nu fac obiectul respectivului contract, ci sunt acte pregătitoare pentru derularea contractului, acte care s-au desfășurat în perioada de licitație și nu în perioada în care s-au realizat efectiv lucrările de construcție pentru care s-a primit finanțare.

Potrivit prevederilor art. 248 alin. 1 din NCP, instanța de judecată se va pronunța mai întâi asupra excepțiilor de procedură și asupra celor de fond care fac de prisos, în totul sau în parte, cercetarea în fond a pricinii.

De urmare, instanța va respinge ca nefondată excepția necompetenței materiale invocată de pârâtă față de prevederile art.52 din OUG nr.66/29.05.2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora și ale art. 10 al. 1¹ din Legea nr.554/2004, care stabilesc că " toate cererile privind acte ce au ca obiect sume reprezentând finanțări nerambursabile din partea Uniunii Europene, indiferent de valoare se soluționează în fond de către de secțiile de contencios administrativ și fiscal ale curților de apel ".

Examinând cererea formulată de reclamant, instanța constată că este întemeiată :

Este de observat că atât în Decizia nr.47/2013 cât și în Nota de Constatăre nr.95082/19.12.2012 contestate, este reținută ca bază legală, OUG nr.66/2011.

Cum în discuție obiectul controlului era reprezentat de contractul de finanțare nr.88/26.02.2009, evident că această OUG nr.66/2011 nu era de aplicare, conform principiului neretroactivității legii civile, consacrat de art. 15 din Constituția României.

În subsidiar, considerăm necesare următoarele precizări :

Chiar și punctual examinând pretensele “abateri” constatate prin actul administrativ atacat, se constată că acestea sunt situate temporal, anterior datei de aplicare a OUG nr.66/2011:

- invitația de participare nr.225964 este publicată în SEAP la data de 4.09.2009, anterior intrării în vigoare a acestui act normativ;
- bilanțurile contabile pretins nevizate de DGFP, vizează anii 2006, 2007 și 2008, de asemenea, sunt în afara perioadei de aplicare a OUG nr.66/2011;
- contractul de asistență tehnică în legătură cu care s-au reținut abateri vizând nepublicarea în SEAP a condițiilor de experiență minimă necesară de îndeplinit pentru dirigintele de șantier, este datat de asemenea anterior punerii în aplicare a OUG nr.66/2011, respectiv la 9.07.2009.

Cum și contractul de servicii de audit nr. 182/08.01.2010 este de asemenea situat în afara perioadei de aplicare a OUG nr.66/2011, evident că acest text de lege nu era de aplicare. Cum de altfel și art.66 din OUG nr.66/2011 stabilește că activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare aflate în desfășurare la data intrării în vigoare a OUG nr.66/2011 se valorifică cu aplicarea prevederilor OG nr.79/2003 aprobată cu modificări prin Legea nr.529/2003, este evident că OUG nr.66/2011 a fost greșit aplicată.

De urmare, conform art. 18 alin.4 din Legea nr.554/2004, instanța va anula Nota de Constatăre a Neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA95082/2012 și Decizia nr.47/2013.

Cu referire la cererea vizând plata dobânzilor vizând suma de 15.125,57 lei achitată la data de. 29.05.2013 ,instanța o respinge ca nefondată. contractul de finanțare neprevăzându-le.

De altfel, pârâtul nu se află în culpă pentru nerestituirea sumei, față de existența notei de constatare.

CURTEA, HOTĂRĂȘTE:

Respinge, ca nefondată, excepția. Admite (în parte) acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul **Județul Botoșani - prin președinte** cu sediul în Botoșani, județul Botoșani, în contradictoriu cu pârâtul **Ministerul Dezvoltării Regionale Și Administrației Publice - Direcția Generală Constatăre Și Stabilire Nereguli Fonduri Europene** cu sediul în București.

Anulează Decizia nr.47/2013 precum și Nota de Constatăre a Neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA95082/2012.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din 18 septembrie 2013.

Dosar nr. 5996/40/2012

CURTEA DE APEL SUCEAVA
SECȚIA A II - A CIVILĂ, DE CONȚENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 145
Ședința publică din 22 aprilie 2013

Pe rol, pronunțarea asupra acțiunii având ca obiect „contestație act fiscal” formulată de reclamantul Județul Botoșani - prin Președinte, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare. Cauza a avut termen la data de 15 aprilie 2013, încheierea ședinței de la acea dată, redactată separat făcând parte din prezenta hotărâre, când din lipsă de timp pentru deliberare, instanța a amânat pronunțarea pentru astăzi.

DUPĂ DELIBERARE, CURTEA, ASUPRA CAUZEI DE FAȚĂ, CONSTATĂ:

Prin cererea înregistrată pe rolul Tribunalului Botoșani la data de 02.10.2012, reclamantul Județul Botoșani prin Președinte în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare, a solicitat: anularea Deciziei nr. 25/26.03.2012 a Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, obligarea pârâtei la restituirea sumei de 56.903,27 lei, la plata dobânzii aferente și a cheltuielilor de judecată.

În motivarea cererii a arătat:

În data de 29.01.2010 s-a încheiat contractul de finanțare nr. 625 pentru proiectul „Amenajarea și reabilitarea unității de Asistență Medico - Socială Mihăileni”, cu o perioadă inițială de implementare de 18 luni (30.01.2010 - 30.07.2011), între Ministerul Dezvoltării Rurale și Turismului în calitate de Autoritate de Management pentru Programul Operațional Regional, Agenția pentru Dezvoltare Regională Nord Est în calitate de Organism Intermediar și Parteneriatul dintre Unitatea Administrativ Teritorială - Județul Botoșani și Unitatea de Asistență medico-socială Mihăileni, proiect finanțat prin Programul Operațional Regional - Axa Prioritară 3 - „Îmbunătățirea Infrastructurii sociale, Domeniul major de intervenție 3.2. - Reabilitarea/modernizarea/dezvoltarea și echiparea infrastructurii serviciilor sociale pe baza indicatorilor tehnico-economici aprobați prin Hotărârea Consiliului Județean Botoșani nr. 132 din 27.11.2008 (Anexa 1).

În data de 18.03.2010, în cadrul proiectului menționat, Consiliul Județean Botoșani organizează procedura de licitație deschisă privind atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect Amenajarea și reabilitarea unității de Asistență Medico - Socială Mihăileni, cod CPV 45200000-9, cu publicarea anunțului de participare nr. 96404 și a documentației de atribuire aferente (Anexa 2).

Documentația de atribuire (Anexa 3) a fost solicitată de 22 de participanți, iar în Procesul-verbal de deschidere a ofertelor pentru atribuirea contractului de lucrări (Anexa 4) și în Raportul procedurii nr. 4746/14.05.2012 (Anexa 5), comisia de evaluare a consemnat depunerea a 11 oferte valide, iar în urma evaluării ofertelor (după faza de clarificări și solicitări de documente suplimentare) a fost selectată oferta SC DELTA CON SRL ca fiind câștigătoare, aspect consemnat în raportul procedurii. În urma selectării ofertei câștigătoare, s-a încheiat contractul de achiziție lucrări nr. 5434/02.06.2010 (Anexa 6), consemnându-se valoarea totală a lucrărilor de 188.030,70 lei cu TVA, cu o durată de execuție de 11 luni.

Prin Nota de constatare nr. CA — 1539/10.01.2012 s-a considerat că acest debit se datorează faptului că „Beneficiarul nu a respectat în totalitate prevederile legislației privind achizițiile publice, impunând prin documentația de atribuire a contractului de lucrări, cerințe minime de calificare și

selecție care au restricționat participarea la procedura de achiziție a altor potențiali participanți/candidați. Totodată a fost afectată și respectarea principiului transparenței(???) stipulat la art. 2 lit. b) din OUG 34/2006".

Pe cale de consecință, prin Nota de constatare suma de 45.857,39 lei a fost declarată neeligibilă, această sumă constituind o creanță bugetară rezultată din nereguli (astfel cum sunt definite de OUG 66/2011) care i-ar fi imputabilă, fiind reținută de către Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri cu titlu de cheltuieli neeligibile aferente proiectului cod SMIS 4610, „Amenajarea și reabilitarea Unității de Asistență Medico - Socială Mihăileni, județul Botoșani". Împotriva acestei Note de constatare Consiliul Județean a formulat contestație potrivit prevederilor OUG nr. 66/2011, înregistrată sub numărul 1322/27.02.2012 (Anexa 8), care a fost respinsă prin Decizia nr. 25/26.03.2012 a Ministerului Dezvoltării Regionale și a Turismului (Anexa 9).

Reclamantul a susținut încălcarea principiului neretroactivității legii motivat de faptul că în ceea ce privește contractul de lucrări nr. 5434/2.06.2010 ce constituie sursa prezentului litigiu a fost încheiat și executat integral înainte de intrarea în vigoare a OUG nr. 66/2011. Pe de altă parte, contractul de finanțare nr. 625 s-a încheiat între părți la data de 29.01.2010, dată la care era în vigoare OG nr. 79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător, ordonanță care - de altfel - a fost abrogată expres prin art. 65 din OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/ sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, publicată în MO nr. 461/30.06.2011.

A mai arătat că textul constituțional, dublat în prezent de texte din Noul Cod Civil, instituie regula conform căreia actele și faptele juridice încheiate înainte de intrarea în vigoare a legii noi nu pot genera alte efecte decât cele prevăzute de legea în vigoare la data încheierii sau, după caz, a săvârșirii ori a producerii lor. Astfel, din moment ce faptele reținute prin Nota de control au fost săvârșite înainte de intrarea în vigoare a OUG nr. 66/2011, apreciază că erau aplicabile dispozițiile OG nr. 79/2003, așa cum de altfel se prevede și art. 21 - LEGEA APLICABILĂ din contractul de finanțare.

A opinat că în speța de față autoritatea pârâtă a încălcat și principiul legalității actelor administrative în primul rând prin aplicarea dispozițiilor OUG nr. 66/2011 unor fapte săvârșite înainte de intrarea sa în vigoare, cu ignorarea principiului neretroactivității, din această perspectivă, abaterile reținute în sarcina lui și sancțiunile aplicate fiind nelegale. Reclamantul s-a plâns de asemenea cu privire la încălcarea principiului previzibilității normelor juridice, a principiului încrederii legitime. A susținut că fapta imputată, descrisă în cele ce preced nu se circumscrie dispozițiilor art. 2 lit. a, u din OUG 66/2011.

Referitor la restricționarea participării la procedura de achiziție a altor potențiali participanți, prin introducerea cerinței formulate la Cap. V.4.5.) arată următoarele:

Echipa de control susține că prin cerințele formulate la Cap. V. 4.5) - Lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani din Fișa de dată a achiziției s-a restricționat participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică a altor potențiali ofertanți, acestea fiind nejustificate și disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului ce urmează a fi atribuit și exced prevederilor legislației achizițiilor. Or, după publicarea anunțului de participare, în conformitate cu detaliile menționate de către autoritatea contractantă la Cap. VI.3 - Alte informații din anunțul de participare, a pus gratuit la dispoziția oricărui operator economic care a înaintat o solicitare în acest sens sau, după caz, căruia i s-a transmis o invitație de participare, un exemplar din documentația de atribuire, pe suport de hârtie ori pe suport magnetic. În acest sens, un număr de 22 de potențiali

operatori economici și-au manifestat intenția de a participa la procedura de atribuire și, ca urmare, au solicitat autoritățile contractante documentația de atribuire.

Din Tabelul cu ofertanți, întocmit de autoritatea contractantă, se poate observa că s-a pus la dispoziția tuturor operatorilor economici interesați de această procedură de atribuire, CD-ul conținând documentația aferentă derulării licitației, acest fapt fiind confirmat de solicitările sosite pe adresa Consiliului Județean Botoșani precum și de semnăturile de primire din partea celor care au ridicat documentația. Toți cei 22 de potențiali ofertanți au transmis adresele respective și au fost consemnați în tabelul cu ofertanți.

Totodată, pe parcursul perioadei cuprinse între data publicării anunțului de participare și data deschiderii ofertelor, autoritatea contractantă a transmis tuturor celor 22 de potențiali participanți la procedura de atribuire toate clarificările solicitate aferente documentației de atribuire. Acest lucru este confirmat și de adresele transmise de autoritatea contractantă celor 22 de operatori economici prin e-mail, poștă, fax etc. și publicate pe SEAP. În ceea ce privește desfășurarea efectivă a procedurii de selecție a ofertelor din cadrul procedurii, reiterează că la data deschiderii ofertelor, erau depuse oferte valabile din partea unui număr de 11 operatori economici, reprezentând jumătate din cei 22 potențiali ofertanți, ceea ce demonstrează încă o dată în plus faptul că nu s-a restricționat participarea la procedura de atribuire. A se admite o interpretare contrară, în lumina celor prezentat de echipa de control în cuprinsul Notei de constatare, ar însemna că orice operator economic care ar fi avut în obiectul de activitate lucrări de construcții complete sau parțiale și lucrări publice (raportate la codul CPV 45200000 - 9) ar fi putut participa la această procedură de achiziții, indiferent dacă ar fi avut experiență pe acest segment sau nu.

Face aceasta mențiune pentru a sublinia faptul că amenajarea și reabilitarea unei unități de asistență medico-socială, încadrată în categoria a II-a de folosință a clădirilor necesită în mod imperativ un constructor cu o experiență de acest gen, care să garanteze execuția lucrării sale și prin prisma experienței similar, nu doar prin demonstrarea unei capacități exclusiv tehnice. Astfel, susținerea echipei de control că prin impunerea acestei cerințe beneficiarul a restricționat participarea la procedura de achiziție a altor potențiali participanți este nefondată, din moment ce această cerință a fost stabilită EXCLUSIV pentru a se asigura de faptul ca potențialul contractant al lucrării are posibilitatea de a demonstra - prin experiență și referințele sale - calitatea, durabilitatea și rezistența unor astfel de lucrări (inclusiv prin experiența de profil) care să-l pună la adăpost de eventuale lipsuri de conformitate, la momentul exploatării acestei construcții.

Referitor la neincluderea cerinței formulate la Cap. V.4.5.) - Lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani. în Anunțul de participare menționează că la acea dată, din punct de vedere tehnic, pe SEAP, capacitatea de editare a textelor era limitată la un anumit număr de caractere, cu tot cu spații pentru fiecare rubrică în parte. Astfel, în momentul în care o autoritate contractantă editează anunțurile în vederea publicării, atunci când se încearcă salvarea informațiilor respective, dacă se depășește numărul maxim de caractere acceptate de către sistem (aici fiind incluse și "spațiile" dintre cuvinte), sistemul generează un mesaj de eroare, marcat cu roșu, de genul "observațiile introduse sunt prea lungi" sau limita maximă de caractere care pot fi introduse este de ... " și indică numărul maxim caractere, cu tot cu spații, care pot fi introduse în sistem, în fiecare rubrică în parte.

Pornind de la aceste aspect, în momentul introducerii anunțurilor/invitațiilor de participare, autoritățile contractante erau nevoite, fie să folosească prescurtări și trunchieri de cuvinte și fraze, fie să publice informațiile la modul general, pentru a se putea încadra în capacitatea tehnică oferită de SEAP. Astfel și în Anunțul de participare nr. 96404/18.03.2010 informațiile prezentate au fost formulate la modul general, punându-se accent pe cerințele principale, pentru încadrarea în limita maximă permisă de Sistemul Electronic al Achizițiilor Publice. La data de 27.07.2009, prin HG nr. 834/2009, prevederile art. 29 din HG nr. 925/20061 au fost abrogate. Nu același lucru s-a întâmplat

și cu anexele din HG nr. 925/2006 unde sunt prevăzute principalele elemente și informații pe care trebuie să le cuprindă anunțurile de participare, iar în SEAP nu a fost adaptată capacitatea tehnică la noile prevederi ale HG nr.925/2006.

După cum se observă, anunțul de participare nr. 96404/18.03.2010 cuprinde toate informațiile cerute prin această anexă la HG nr. 925/2006, valabilă la data prezentei contestații, inclusiv "Lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani". La data publicării Anunțului de participare, nu era obligația autorităților contractante de a stabili capacitatea tehnică permisă de SEAP, astfel că motivația echipei de control conform căreia nu se regăsește precizată în nici un document ANRMAP sau CNMSI" nici o informație referitoare la capacitatea de editare a textelor pe SEAP, nu sunt imputabile autorității contractante și, mai mult, sunt tardive și nefondate.

În acest sens s-a pronunțat și Curtea de Apel Bacău prin Decizia nr. 1063/2009 (Anexa 12) în care se precizează că „...responsabilitatea deciziilor și măsurilor luate în cursul aplicării procedurii revine autorității contractante, în timp ce responsabilitatea pentru corecta funcționare a Sistemului Electronic de Achiziții Publice revine operatorului acestui sistem, conform dispozițiilor art. 50 din Hotărârea Guvernului nr. 1660/2006”, iar în publicația INFO ANRMAP nr. 16 din decembrie 2011 se precizează faptul că SEAP se confruntă cu „numeroase inconveniente tehnice ” (Anexa 13). A fost și este obligația operatorului SEAP de a asigura, cu sau fără anumite documente și/sau reglementări legale, capacitatea tehnică necesară, astfel încât autoritățile contractante să poată publica toate informațiile necesare derulării procedurilor de achiziții, fără trunchieri de informații și alte prescurtări ale acestora, care, în opinia echipei de control, ar putea conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire a potențialilor ofertanți.

De altfel, prin faptul că autoritatea contractantă a făcut public prin anunțul de participare, respectiv la Cap. VI.3 - Alte informații despre modul în care operatorii economici pot intra în posesia documentației de atribuire și toți operatorii economici interesați au primit documentația respectivă, fără restricții și nu s-au înregistrat contestații și alte mențiuni cu privire la acest aspect, nu se poate afirma că din cauza neincluzerii în anunțul de participare a cerințelor referitoare la "Lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani" s-a restricționat participarea la procedura de atribuire a potențialilor operatori economici. Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal prin Decizia civilă nr. 2406/2008 (Anexa 14) a specificat că „...nu va reține obiecția că anunțul de participare nu cuprinde toate elementele indicate în documentația de atribuire, deoarece anunțul de participare are un caracter general ...orice operator economic interesat a avut posibilitatea să cunoască, prin achiziționarea documentației de atribuire, toate informațiile privind procedura de atribuire.”

Suplimentar, prevederile pct. 1.5 din Anexa la OUG nr. 66/2011 menționează este considerată abatere și atrage aplicarea unei corecții financiare „Nedeclararea tuturor criteriilor de selecție și a factorilor de evaluare în documentația de atribuire sau în anunțul de participare”. Din interpretarea gramaticală a dispoziției citate, rezultă că obligația beneficiarului de a declara toate criteriile de selecție și toți factorii de evaluare, în documentația de atribuire sau în anunțul de participare, prin folosirea de către legiuitor a conjuncției „sau” leagă noțiuni care se exclud ca alternative. Prin urmare, prin declararea fie în documentația de atribuire, fie în anunțul de participare, a criteriilor de selecție și factorilor de evaluare, autoritatea contractantă își îndeplinește obligația prevăzută de lege.

Referitor la afirmația că prin nemotivarea cerinței de la Cap. V. 4.5) în Nota justificativă și prin obligația impusă operatorilor economici de a prezenta cel puțin 3 contracte reprezentative de lucrări de construcții social - administrative executate în ultimii 5 ani, cerința este una restrictivă și nejustificată. atât în privința numărului, cât și a naturii lucrărilor reprezentative face mențiunea că obiectivul specific al POR 2007-2013, Axa Prioritară 3, DMA. 3.2, îl constituie **îmbunătățirea calității**

infrastructurii pentru serviciile sociale, prin sprijin acordat în mod echilibrat pe întreg teritoriul țării, pentru asigurarea unui acces egal al cetățenilor la astfel de servicii.

Furnizorii de servicii sociale, beneficiarii de finanțare în cadrul acestui domeniu major de intervenție vor trebui să asigure actualizarea certificatului de acreditare (în cazul de față autorizația de funcționare eliberată de Autoritatea pentru sănătate publică) ori de câte ori este necesar pe durata de implementare a proiectului și 5 (cinci) ani după finalizarea implementării. Beneficiarul, respectiv UAMS Mihăileni este obligat să prezinte celor de la OI și AM POR, o autorizație de funcționare valabilă odată cu ultima cerere de rambursare, în caz contrar, AM POR nu va mai rambursa tranșa finală. Dacă pe durata celor 5 (cinci) ani care urmează implementării proiectului, UAMS MIHĂILENI nu reușește să asigure prelungirea/ înnoirea ori de câte ori este necesar, a autorizației de funcționare, furnizorul de servicii sociale respectiv devine neeligibil, acest fapt conducând la rezilierea atât a contractului de finanțare, cât și a actelor subsecvente întocmite, și la măsuri de recuperare a finanțării publice.

Referitor la afirmația organelor de control precum că cerințele din Cap. V.4.5) - Lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani din Fișa de date a achiziției exced prevederilor legislației privind achizițiile publice. Avându-se în vedere prevederile art. 188, alin. 3, lit. a) din OUG nr. 34/2006, în formularea de la data de 18.03.2010 când a fost publicat anunțul de participare nr. 96404 precum și formularea din Fișa de date a achiziției solicită instanței să aibă în vedere următoarele:

- toți participanții la procedură au depus documente referitoare la experiența lor similară. Din documentele lor rezultă că beneficiarii acelor lucrări sunt atât clienți privați, cât și autorități contractante;
- toți participanții la procedură s-au încadrat și în partea a doua a cerinței, respectiv au depus și alte contracte de lucrări similare însoțite de documente doveditoare, procese - verbale de recepție, recomandări din partea beneficiarilor.

După cum se observă și din adresele prin care s-au solicitat clarificări operatorilor economici, precum și din raportul procedurii de atribuire, nu s-au solicitat clarificări referitoare la cerințele din Cap. V.4.5) - Lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani din Fișa de date a achiziției, iar aceste cerințe nu s-au numărat printre motivele de respingere a ofertelor ca fiind neconforme.

Referitor la cerința formulată în cadrul CAP. V. 4.6) - Lista cu experiența similară din fișa de date a achiziției arată că la acest capitol din fișa de date a achiziției, s-au solicitat următoarele:

"Cerință obligatorie: Ofertantul va trebui să facă dovada ca a încheiat și finalizat în ultimii 5 ani, cel puțin un contract similar care a avut ca obiect execuția de lucrări similare celor ce fac obiectul procedurii de achiziție publică în domeniul social - administrativ. Similaritatea contractelor constă în execuția lucrărilor de intervenții și consolidări la clădiri. "

Echipa de control susține că prin această cerință s-au încălcat prevederile art. 8 alin. 1) din HG nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare, respectiv s-au introdus cerințe minime care sunt disproporționate și nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică și prin care autoritatea contractantă a restricționat participarea la procedura de atribuire. Or, în Raportul de expertiză tehnică întocmit pentru UAMS Mihăileni, referitor la construcția în sine, se menționează o serie de concluzii, de la care se decide să se mai introducă o serie de lucrări în cadrul Devizului general al obiectivului de investiții, respectiv deviz CONSOLIDARE CORP EXISTENT-Evaluare nr. I. Proiectantul de specialitate a preluat informațiile din expertiza tehnică și studiul de fezabilitate, și, prin caietele de sarcini și proiectul tehnic prezentat, a menționat că prin expertiza tehnică s-au depistat și alte deficiențe constructive pe care corpurile de clădiri CI și C2 le-au suferit în timp (deplasarea fundației și peretelui de nord - vest la corpul CI, deteriorarea învelitorii a condus la infiltrații ce au determinat putrezirea unor elemente de

șarpantă și grinzi din planșee) și a apreciat că se impun lucrări de consolidare la corpurile de clădire existente.

În documentațiile de specialitate de mai sus, nu au fost prevăzute alte condiționări speciale referitoare la procedurile de lucru pentru realizarea lucrărilor de consolidare și alte criterii legate de executantul lucrărilor respective. Singura condiție obligatorie a fost realizarea acestor tipuri de lucrări, fără de care se pune în pericol siguranța în exploatarea a clădirii. Având în vedere cele descrise mai sus, autoritatea contractantă a considerat relevant să solicite operatorilor economici experiență similară pe lucrări de intervenții și consolidări la clădiri, deoarece:

- aceste lucrări urmau a se efectua la o construcție veche, care a suferit degradări grave în timp și era pusă în pericol siguranța în exploatarea acesteia,
- au legătură directă cu natura și complexitatea contractului de achiziție public (complexitatea contractului de achiziție publică, nu este dată numai de ponderea valorică a acestor tipuri de lucrări în totalul lucrărilor care urmează a fi executate, ci de importanța și scopul social al acestor tipuri de construcții).
- chiar din expertiza tehnică efectuată, studiul de fezabilitate și proiectul tehnic întocmit, rezultă foarte clar de ce este necesară și prioritară execuția lucrărilor de consolidare la acest obiectiv, indiferent de valoarea estimată a acestora.

Prin această cerință nu s-a restricționat participarea operatorilor la procedura de atribuire, în primul rând pentru că în documentația de atribuire, respectiv memoriul tehnic și caietele de sarcini, care au fost puse la dispoziția operatorilor economici, sunt precizate foarte clar lucrările care urmau a fi executate, inclusiv cele de consolidare și listele de cantități aferente și de ce sunt necesar a fi executate.

Referitor la informațiile privind personalul tehnic de specialitate din fișa de date a achiziției susține că în cadrul procedurii de atribuire și conform documentației aferente, autoritatea contractantă a solicitat copii după cărțile și/sau extras după cărțile de muncă ale personalului tehnic de specialitate din Fișa de date a achiziției din următoarele motive:

- a dorit să se asigure că este personalul angajat al operatorului economic, așa cum și echipa de control susține prin afirmația "prezentarea angajamentului ferm al acestora în cadrul personalului operatorului economic "
- prin enunțarea unui număr de lucrări similare, știut fiind faptul că lucrările de execuție în domeniul construcțiilor se derulează pe o anumită perioadă de timp, destul de lungă, s-a urmărit în special experiența în domeniul respectiv, pe care a dobândit-o acel angajat ca urmare a lucrărilor în care a fost implicat.

De altfel, este de notorietate faptul că în cartea de muncă nu se specifică obiectivele/contractele la care angajatul respectiv a lucrat, acesta fiind de fapt motivul pentru care s-au cerut CV-urile aferente personalului care urma să aibă responsabilitatea realizării lucrărilor. Pe parcursul evaluării ofertelor, s-a constatat că CV-urile din care să rezulte experiența profesională a personalului angajat, au fost formulate la modul general, fără referire foarte clară la experiența solicitată, drept pentru care s-au solicitat clarificările de rigoare, din al căror text rezultă următoarele:

- clarificările au fost formulate în conformitate cu prevederile art. 72, alin. 2, lit. b) coroborat cu art. 78 din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, inclusiv H.G. 834 /2009;
- clarificările au avut aceeași formulare, către toți operatorii economici, fără alte adăugiri sau precizări speciale, au avut prevăzut același termen de răspuns pentru toți ofertanții;
- din conținutul acestor clarificări rezultă foarte clar că s-a dorit verificarea respectării de către ofertanți a cerințelor de calificare și în acest sens s-a explicat într-un mod suficient de clar explicit și detaliat cerințele autorității contractante;

- atât timp cât au avut în text formularea "Cu privire la personalul de specialitate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, în conformitate cu cerințele Cap. V.4.I. - Informații privind personalul tehnic de specialitate din Fișa de date a achiziției se solicită următoarele... rezultă foarte clar respectarea art. 78 din HG nr. 925/2006. În sensul că acestea au fost clarificări și completări formale sau de confirmare a informațiilor cuprinse în CV-urile și Declarațiile pe proprie răspundere depuse de operatorii economici.

În concluzie, apreciază ca nu s-au cerut documente în plus în cadrul procedurii de atribuire, cu atât mai mult cu cât chiar echipa de control susține că aceste clarificări și completări formale „pot fi încadrate în categoria celor prevăzute la art. 201 din OUG nr. 34/2006, art. 11, alin 3 și art. 78 din HG nr. 925/2006”.

Referitor la afirmațiile echipei de control referitoare la încălcarea prevederilor art. 11. alin. 4 din HG nr. 925/2006 și la interzicerea de facto a posibilității de subcontractare arată că în cuprinsul art. 11 alin. 4 din HG nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare, sunt prevăzute următoarele: "Pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, ofertantul are dreptul de a prezenta inițial doar o declarație pe propria răspundere, semnata de reprezentantul său legal, prin care confirmă că îndeplinește cerințele de calificare astfel cum au fost solicitate în documentația de atribuire. Declarația va fi însoțită de o anexa în care ofertantul trebuie să menționeze succint, dar precis, modul concret de îndeplinire a respectivelor cerințe - inclusiv, dacă au fost solicitate, diverse valori, cantități sau altele asemenea."

Afirmația echipei de control conform căreia nu s-a dat posibilitatea explicită operatorilor economici de a-și demonstra capacitatea tehnică și/sau profesională utilizând de aceste prevederi legale, este nefondată, deoarece - așa cum rezultă și din textul respectivei prevederi legale - este un drept legal al operatorilor economici, de care ei se pot folosi, indiferent dacă este prevăzut sau nu în mod explicit în Fișa de date a achiziției. Prin adresa nr. 3398/01.04.2010 prin care autoritatea contractantă a formulat clarificări referitoare la documentația de atribuire, la răspuns nr. 1 se menționează și următoarele: "... pentru evitarea oricăror neînțelegeri și confuzii, recomandăm participanților la procedura de atribuire, să intre în posesia O.U.G. nr. 34/2006 și a HG. nr. 925/2006, ambele cu toate modificările și completările la zi". Astfel, se consideră că operatorii economici au cunoștință de prevederile legale ale art. 11 alin. 4 din HG nr. 925/2006, cu atât mai mult cu cât textul respectiv este formulat în avantajul lor, iar autoritățile contractante nu au obiecțiuni în acest sens. Faptul că nu s-a formulat în mod explicit în fișa de date, nu înseamnă că autoritatea contractantă a îngăduit această posibilitate legală.

Echipa de control susține că "autoritatea contractantă a interzis practic dovedirea, spre exemplu a experienței necesare prin includerea în ofertă a eventualei participări a unui subcontractant specializat în lucrări de consolidări". Această afirmație este nefondată, deoarece în Fișa de date a achiziției, la Cap. V.4.4 - Informații privind subcontractanții/asociații, au fost incluse informațiile referitoare la posibilitatea de subcontractare și/sau asociere. Mai, mult există și informația conform căreia "în cazul asocierii mai multor operatori economici, criteriile de calificare privind situația personală și înregistrarea (Cap. V.1 și V.2) trebuie îndeplinite de fiecare asociat, iar celelalte criterii de calificare privind situația economico-financiară și capacitatea tehnico-profesională (Cap. V.3 și V.4), trebuie să fie îndeplinite prin cumul de grupul de asociați.

În ceea ce privește declararea ofertei înaintată de S.C. DELTA CON S.R.L. ca fiind conformă susține că solicitările de clarificări de la toți participanții la procedura elimină de plano premiza că prin aceste solicitări ar fi putut fi favorizați anumiți participanți la procedură, în detrimentul celorlalți. Mai mult decât atât, în Manualul Operațional editat de ANRMAP la Secțiunea 1.7 - Cerințe privind capacitatea tehnică și/sau profesională, ca documente care pot fi solicitate pentru evaluarea capacității tehnice și /sau profesionale a ofertanților/candidaților, la Lucrări se menționează

următoarele: "Informații privind studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru execuția lucrărilor ", iar ca documente suport:

- CV-uri ale persoanelor responsabile pentru îndeplinirea contractului de servicii,
- Documente suplimentare prin care se confirmă competențele și abilitățile declarate în CV-urile prezentate."

În cazul lui, face mențiunea ca până la data și ora stabilite pentru răspunsul la clarificări, doi ofertanți au răspuns acestora, respectiv SC DELTA CON SRL și SC DIOCONSTRUCT SRL în urma analizei documentelor prezentate de ofertanții SC DIOCONSTRUCT SRL și SC DELTA CON SRL în completarea CV-urilor, comisia de evaluare a stabilit că se îndeplinesc cerințele de calificare luând în considerare orice alte documente care au dovedit, îndeplinirea condițiilor impuse și a procedat apoi la analiza ofertelor tehnice și financiare, pentru care s-a mai solicitat o rundă de clarificări cu adresa nr. 4641/10.05.2010 și 4648 11.05.2010.

Afirmația echipei de control precum și precizarea autorității contractante din adresa nr. 18367/16.17.2011: „Dacă ofertanții cărora le-au fost solicitate completarea CV-urilor cu documente doveditoare asupra experienței similare considerau că acestea sunt mai greu de obținut sau nu au timpul necesar sau considerau că au anumite piedici pentru obținerea acestora, puteau solicita fie prelungirea termenului de depunere a completărilor, fie clarificări suplimentare, fie puteau aduce în demonstrarea experienței lor orice alte documente pe care le considerau relevante în acest sens" cuprinde ...aspecte nereglementate și fără șanse clare de reușită pentru operatori", este nefondată, având în vedere prevederile art. 11 din HG nr. 925/2006 eu modificările și completările ulterioare, care precizează că ofertanții pot demonstra îndeplinirea criteriilor de calificare și prin alte documente, „în măsura în care acestea pot fi considerate edificatoare de către autoritatea contractantă."

Ofertantul SC DIOCONSTRUCT SRL Botoșani nu a răspuns în termenul solicitat de comisia de evaluare la cea de a doua rundă de clarificări, fiind astfel respins de la procedură. Ca urmare, singurul ofertant care a prezentat o ofertă admisibilă a fost SC DELTA CON SRL și a fost declarat câștigător de comisia de evaluare, autoritatea contractantă încheind cu acesta contractul de lucrări. În concluzie, toate criteriile de calificare și selecție au fost relevante și proporționale în raport cu natura și obiectul contractului de achiziție publică și justificate pentru autoritatea contractantă, prin însăși natura și complexitatea obiectivului de investiție. Acest lucru este justificat și prin cerințele impuse de POR 2007-2013, Axa Prioritară 3 "Infrastructura serviciilor sociale", Domeniul Major de Intervenție 3.2 "Reabilitarea / modernizarea / dezvoltarea și echiparea infrastructurii serviciilor sociale". Din faptul că s-a acceptat finanțarea prin semnarea contractului de finanțare, rezultă fără putință de tăgadă că autoritatea contractantă a depus toate diligentele și si-a manifestat întreg interesul pentru îndeplinirea cerințelor din cuprinsul cererii de finanțare.

Pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului a depus întâmpinare prin care a solicitat respingerea acțiunii, ca nefondată pentru următoarele motive:

În ce privește susținerea reclamantului referitoare la încălcarea principiului neretroactivității legii civile arată că, sub aspectul actului normativ aplicabil în speță și al încălcării principiului neretroactivității legii civile, urmează a fi avut în vedere art. 66 din OUG nr.66/2011, potrivit căruia „activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare".

Raportat la prevederile articolului mai sus menționat este evident faptul că O.G. 79/2003 ar fi fost aplicabil în speță numai în situația în care controlul ar fi fost deja început la data intrării în vigoare a

O.U.G. nr.66/2011. Indiferent de momentul identificării neregulilor în utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, încălcarea legii se sancționează. Abaterile de la prevederile legislației naționale și comunitare sunt sancționate în baza legii specifice aplicabile la data efectuării controlului, însă calificarea abaterii se realizează prin raportare la dispozițiile legale incidente la momentul la care faptele și actele juridice s-au produs.

Interpretarea acestor prevederi legale rezultă din situația de excepție a activității de control, controlul având caracter ulterior, inclusiv înlăuntrul termenului de prescripție extinctivă. Având în vedere că efectuarea controlului s-a făcut ulterior intrării în vigoare a OUG 66/2011, apreciază că doar acest act normativ poate fi aplicabil în speță. Precizează că, în cazul constatării unei abateri de la legalitate, sancțiunea prevăzută de OG nr. 79/2003 ar fi fost declararea ca neeligibile a cheltuielilor efectuate în cadrul rectului, cu alte cuvinte o corecție de 100%.

Neregulile săvârșite în procedura de utilizare și administrare a fondurilor comunitare fondurilor de cofinanțare aferente, așa cum sunt definite prin art.2 lit.a) din O.G. nr. 3/2003, sunt sancționate cu restituirea sumelor plătite din fondurile comunitare și/sau din cofinanțarea aferentă, costurile bancare, inclusiv accesoriile acestora, precum și a altor sume stabilite de lege în sarcina debitorului, în conformitate cu art. -4 din actul normativ sus menționat, acestea fiind considerate creanțe bugetare și asimilate creanțelor bugetare (art.2 lit.d și art.4 alin.2 din ordonanță). Aplicarea în timp a O.G. nr. 79/2003 a generat stabilirea unor debite excesive în sarcina beneficiarilor fondurilor europene, inclusiv a instituțiilor publice finanțate de la de stat, ca urmare a restituirii integrale a sumelor de care au beneficiat în mod necuvenit.

Art. 2 lit. n) din O.U.G. nr. 66/2011 consacră principiul proporționalității în sensul că orice măsură adoptată trebuie să fie adecvată, necesară și corespunzătoare scopului urmărit atât în ceea ce privește resursele angajate în constatarea neregulilor, cât și în ceea ce privește stabilirea creanțelor bugetare rezultate din nereguli, ținând seama de natura și frecvența neregulilor constatate și de impactul financiar al acestora asupra proiectului/programului respectiv". Acest principiu și-a găsit exprimarea concretă în prevederile Anexei 1 ale O.U.G. nr. 66/2011 în care sunt stabilite procentual corecțiile fiscale pentru fiecare abatere constatată. Art. 15 alin.2 din Constituția României consacră principiul neretroactivității legii, sens în care prevede că „legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile".

Aplicarea principiului constituțional mai sus enunțat, la specificul raporturilor fiscale, cu referire expresă la aplicarea în timp a legii fiscale, comportă o serie de distincții, respectiv:

În marea lor majoritate, normele fiscale au un caracter imperativ, ceea ce face ca acestea să se înscrie în situațiile juridice obiective. Aceste situații fac delimitarea de situațiile juridice subiective în care subiectele de drept au posibilitatea opțiunii aplicării normelor juridice fiscale. Referitor la susținerea potrivit căreia Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 1539/10.01.2012 a fost emisă fără a fi îndeplinite condițiile cumulative ale noțiunii de neregulă arată că această susținere a reclamantului nu poate fi reținută raportat la următoarele considerente:

În sensul art. 2 alin. (1), lit. a) din O.U.G. nr. 66/2011, *neregula* reprezintă "orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții; ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit".

Potrivit prevederilor legale mai sus enunțate, pentru a fi în prezența unei nereguli, trebuie să existe o abatere, care constă în acțiunea/inacțiune beneficiarului prin care s-au încălcat prevederile legale în vigoare și ale contractului de finanțare, precum și un prejudiciu ce constă în suma plătită necuvenit. Dispozițiile art. 2 alin. (4) din O.U.G. nr. 66/2011, stipulează că termenii de "prejudiciu" au semnificația dată de reglementările incidente și de ghidurile lor de aplicare, emise de Uniunea Europeană/donatorul public internațional".

Art. 2 pct. 7. din Regulamentul (CE) nr. 1083/2006 al Consiliului U.E "neregularitate" înseamnă orice încălcare a unei dispoziții a dreptului comunitar care rezultă dintr-un act sau dintr-o omisiune a unui operator economic care are sau ar putea avea ca efect un prejudiciu la adresa bugetului general al Uniunii Europene prin imputarea unei cheltuieli necorespunzătoare bugetului general.

Referitor la faptul că Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 9/10.01.2012 a fost emisă cu interpretarea și aplicarea extensivă și arbitrară a legislației privind achizițiile publice" se arată că documentația de atribuire, reclamanta a solicitat potențialilor ofertanți la pct. Lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani din Fișa de date a achiziției cerință obligatorie: „Se va prezenta lista principalelor lucrări executate în care să se regăsească cel puțin 3 contracte de construcții social - administrative ..." fără a include această cerință în Anunțul de participare, în conformitate cu prevederile art. 11(1) din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare și art. 178 alin 1 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, precum și fără motivarea acestei cerințe în Nota justificativă nr. 2764/15.03.2010 (doc. 8) potrivit art. 8 alin. 2 din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Referitor la restricționarea participării la procedura de achiziție a altor potențiali participanți, prin introducerea cerinței formulate la Cap. V.4.5" apreciază că susținerile reclamantei vizând faptul că la procedură și-au manifestat intenția de a participa 22 de "potențiali operatori economici" care au solicitat UATJ Botoșani documentația de atribuire, precum și faptul că nu au existat contestații sau sesizări - nu au relevanță raportat la conținutul constatării. Referitor la neinclusiunea cerinței formulate la Cap. V.4.5) (...) în anunțul de participare" reclamanta susține că neinclusiunea acestei cerințe s-a datorat limitării la un anumit număr de caractere care se datora capacității tehnice limitate a SEAP.

Raportat la acesta susținere a UATJ Botoșani, învederează faptul că nu poate fi reținută, întrucât în aceeași perioadă au existat alte autorități contractante care au încadrat în capacitatea limitată a SEAP de la acea dată și mai mult decât atât, în speță este vorba de respectarea unei prevederi legale. Referitor la afirmația că prin nemotivarea cerinței de la Cap. V.4.5) în Nota justificativă și prin obligația impusă operatorilor economici de a prezenta cel puțin 3 antracte reprezentative de lucrări de construcții social-administrative executate în ultimii ani, cerința este una restrictivă și nejustificată, atât în privința numărului, cât și a naturii lucrărilor reprezentative"

Solicită instanței să constate faptul că precizările formulate de reclamantă privind: "obiectivul specific al POR 2007 - 2013"; "Ghidul solicitantului"; "actualizarea certificatului de acreditare"... - nu prezintă relevanță în raport cu impunerea solicitată operatorilor economici prin Fișa de date. În altă ordine de idei, indicarea codului CPV 45200000-9 - Lucrări de construcții complete sau parțiale și lucrări publice în anunțul de participare reprezenta o condiție obligatorie și suficientă pentru ofertanți ca această activitate să se regăsească în obiectul lor de activitate. Realizarea unui obiectiv de construcții cu utilizare/exploatare social-administrativă nu diferă decât în mică măsură de cel cu utilizare civilă uzuală, în domeniul privat sau de stat.

Deși reclamanta vorbește în speță de o cerință relevantă și justificată, aceasta nu a motivat de ce această cerință este "relevantă și justificată" (a se vedea Nota justificativă 2764/15.03.2010), nerespectând astfel prevederile art. 8 alin. 2 din HG nr. 925/2006. În ceea ce privește afirmațiile

tendențioase ale reclamantei vizând lipsa de specializare în domeniul construcțiilor" a echipei de control, solicită instanței să constate că acestea depășesc cadrul procesual, în speță fiind vorba de respectarea unor prevederi legale în materia achizițiilor, dar în măsura în care UATJ Botoșani beneficia de concursul unor asemenea specialiști cum afirmă în cererea de chemare în judecată.

Referitor la afirmația organelor de control precum că cerințele din Cap. V.4.5) lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani din Fișa de date a achiziției exced prevederilor legislației privind achizițiile publice" menționează că susținerile reclamantei de la acest punct nu pot fi reținute întrucât, condiția impusă excede prevederilor legislației privind achizițiile publice în raport de dispozițiile art. 8 din 1 din HG nr. 925/2006 și art. 178 alin. 2 din OUG nr. 34/2006, UATJ Botoșani nefiind în măsură să justifice nici abaterea de la aplicarea dispozițiilor art. 8 alin. 2 din hotărârea menționată anterior.

În ceea ce privește cerința formulată în cadrul Cap. V.4.6 - Lista cu experiență similară din fișa de date a achiziției" arată următoarele: UATJ Botoșani a solicitat potențialilor ofertanți la Cap. V.4.6 - Lista cu experiență filară din fișa de date a achiziției: „Ofertantul va trebui să facă dovada că a încheiat și finalizat în ultimii 5 ani cel puțin h contract similar care a avut ca obiect execuția de lucrări similare celor ce fac obiectul procedurii de achiziție publică în domeniul social - administrativ. Similaritatea constă în execuția lucrărilor de intervenții și consolidări la clădiri", fără a include acest criteriu în anunțul de participare, cu încălcarea art. 178 alin. 1 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare și art. 11 alin. 1) din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare și fără motivarea acestei cerințe în Nota justificativă nr. 164/15.03.2010, potrivit art. 8 alin.2 din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Solicită respingerea susținerilor reclamantei de la acest punct, raportat la următoarele considerente:

- UATJ Botoșani nu a motivat în conținutul Notei justificative nr. 2764/15.03.2010 de acest criteriu are o legătură determinantă cu complexitatea contractului atribuit. Impunerea acestui criteriu privind similaritatea, și anume exclusiv pe execuția de lucrări de intervenții și consolidări la clădiri socio-administrative, nu era definitiv în calificarea ofertanților, având în vedere faptul că, potrivit Studiului de fezabilitate și Proiectului Tehnic, lucrările de intervenții și consolidări dețineau o pondere semnificativ mică raportat la valoarea totală a achiziției de lucrări. Conform acestor documente prezentate de reclamantă în nota de răspuns), procentul real al lucrărilor strict de consolidări este mai mic de 15,2% din total (197.982/1.302.526) pentru că în respectiva valoare sunt cuprinse și reparații la șarpanta acoperișului, planșee din grinzi de lemn, transporturi auto și săpături.

Ofertații puteau fi departajați și prin factorul tehnic și calitativ, autoritatea contractată ar fi fost în măsură să punteze, într-o manieră transparentă, performanțele oprii fiecărui operator economic legate de acest aspect. Prin impunerea acestei cerințe disproporționate și irelevante, UATJ Botoșani a încălcat prevederile art. 8 alin. (1) și 8 alin.(2) din HG nr. 925/2006 și 178 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

UATJ Botoșani, la faza de clarificări în conformitate cu prevederile art. 78 din HG 925/2006 a solicitat tuturor operatorilor economici care au depus ofertă, actualizată în cadrul verificărilor legate de cerințele formulate la pct. V 4.1 - Informații privind personalul tehnic de specialitate, următoarele:

- copii (după caz legalizate) după Centralizatorul cheltuielilor pe obiecte confirmate de beneficiarii lucrărilor, aferente obiectivelor la care a participat ... cuprinse în CV-ul depus în cadrul ofertei, din care să rezulte că au fost prevăzute lucrări de intervenții și consolidări la clădiri". În Fișa de date a achiziției, pct. V 4.1.) Informații privind personalul tehnic de specialitate, în raport cu prevederile art. 188 alin (3) lit. c) unde este stipulat „dreptul autorității contractante de a solicita operatorilor

„...numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului ...c)informații privind studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și a persoanelor responsabile pentru execuția lucrărilor", echipa de control a constatat că pentru personalul cheie (șef șantier, șef de punct de lucru, inginer specialist pentru instalații) s-a solicitat:

- prezentarea angajamentului ferm al acestora în cadrul personalului operatorului economic, dovedit prin extras de carte de muncă la operator sau copii certificate după cartea de muncă, în care să fie consemnat faptul că au ocupat funcții omoloage pentru 3, respectiv 2 lucrări similare;
- declarații de exclusivitate și disponibilitate pentru lucrarea supusă licitației;
- CV-uri în original semnate sub incidența Codului penal.

Fără a da posibilitatea explicită operatorilor economici de a-și demonstra capacitatea tehnică și/sau profesională utilizând de prevederile art. 11 alin.(4) din HG. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, privind ...dreptul ofertantului de a prezenta inițial doar o declarație pe proprie răspundere beneficiarul formulează ulterior către cei 11 operatori care au depus oferta, cerința prezentării de Centralizatoare de cheltuieli pe obiecte, confirmate de beneficiarii lucrărilor, în care să fie cuprinse lucrări de consolidări, identice cu cele prezentate în CV-ul persoanelor responsabile.

Raportat la aspectele prezentate, solicitări suplimentare formulate operatorilor economici în raport cu cerințele inițiale (fișă de date, anunț de participare) sunt cerințe noi și chiar dacă pot fi încadrate la categoria de clarificări sau confirmări, potrivit prevederilor art. 201 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare și art. 11 alin.(3) și art.78 din HG 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, sunt excesive și disproporționate în raport cu prevederile art. 8 alin.(1) din HG 925/2006 și art. 179 din OUG 34/2006.

În ceea ce privește declararea ofertei înaintată de S.C. DELTA CON S.R.L ca fiind conformă arată că în urma controlului efectuat, s-a constatat faptul că, în speță, Comisia de evaluare a constatat conformă oferta înaintată de SC DELTA CON SRL, în pofida faptului că prin răspunsul solicitărilor de clarificări, nu s-a respectat nici cerința impusă prin fișa de date a achiziției pct.V.4.1.) Informații privind personalul tehnic de specialitate și nici solicitarea suplimentară privind prezentarea Centralizatorului de cheltuieli pe obiecte. Echipa de control a analizat și a fost de acord cu aspectele constatate prin intermediul Raportului de control al ANRMAP nr. 16401/23.12.2010.Confonn acestuia, s-au reținut următoarele:

- „întrucât niciunul dintre cei 11 ofertanți nu a făcut dovada neechivocă a îndeplinirii acestei cerințe de calificare, autoritatea de contractantă, pentru o riguroasă verificare, a solicitat tuturor operatorilor implicați în procedura de atribuire prezentarea copiilor după „centralizatorul pe obiecte" aferent lucrărilor indicate ca reprezentând experiența personalului.

În urma formulării și transmiterii clarificărilor, au răspuns doar 3 ofertanți, niciunul nefiind în măsură, din cauze obiective, să prezinte documentele solicitate. Autoritatea contractantă a declarat calificați 2 operatori economici dintre cei care au răspuns solicitării. Deși aceștia nu au depus întocmai documentele solicitate, autoritatea contractantă a luat în considerare documentele depuse (recomandări/confirmări din partea unor beneficiari) ca fiind concludente/relevante în vederea îndeplinirii cerințelor de calificare. Autoritatea contractantă trebuia să comunice și ofertanților care nu au răspuns Solicitărilor de clarificare posibilitatea prezentării oricăror alte documente prin care să confirme îndeplinirea criteriilor de calificare și, prin aceasta, să aplice cât mai corect principiul tratamentului egal între operatorii economici participanți la atribuirea contractului.

Întrucât autoritatea contractantă a omis să comunice tuturor ofertanților posibilitatea prezentării oricăror documente concludente/relevante în scopul îndeplinirii cerinței de calificare cu privire la

experiența similară a personalului responsabil cu derularea contractului s-a adus atingere principiului tratamentului egal prevăzut de art.2 alin.(2) lit. b) din OUG nr. 34/2006. Mai mult decât atât, ANRMAP a și sancționat UATJ Botoșani, astfel că susținerile reclamantei în sensul că declararea ofertei înaintată de S.C. DELTA CON S.R.L. ca fiind conformă, a fost făcută în mod corect - nu se susțin. La termenul de judecată din data de 27 februarie 2013 instanța a invocat din oficiu excepția lipsei competenței sale materiale.

Prin sentința nr. 684 din 27 februarie 2013 Tribunalul Botoșani a admis excepția lipsei de competență materială a instanței și a declinat competența de soluționare a cauzei privind pe reclamantul Județul Botoșani prin Președinte, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare, în favoarea Curții de Apel Suceava - Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

S-a reținut în motivare că prin acțiune se solicită anularea Deciziei nr. 25/26.03.2012 a Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, obligarea pârâtei la restituirea sumei de 56.903,27 lei, la plata dobânzii aferente și a cheltuielilor de judecată. Instanța a constatat că decizia contestată privește executarea contractului de finanțare încheiat între Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului și Parteneriatul dintre Unitatea Administrativ Teritorială Județul Botoșani și Unitatea de Asistență Medico-Socială Mihăileni. Acest contract are ca obiect acordarea finanțări nerambursabile de către Autoritatea Contractantă pentru implementarea proiectului intitulat Amenajarea și Reabilitarea Unității de Asistență Medico-Socială Mihăileni.

Așa cum reiese din identificarea autorității contractante, rezultată din preambulul contractului anterior menționat, aceasta este Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului. Ca urmare, autoritatea contractantă este în mod indubitabil o instituție centrală. Acest contract întrunește elementele actului administrativ asimilat, definit ca atare prin disp. art. 2 lit. c din Legea nr. 554/2004, întrucât are ca obiect executarea lucrărilor de interes public, respectiv Amenajarea și Reabilitarea Unității de Asistență Medico-Socială Mihăileni. Decizia ce constituie obiectul acțiunii de față este emisă în baza acestui contract, neputând fi disociată de actul administrativ asimilat, motiv pentru care instanța a apreciat că aceeași instanță de contencios administrativ este competentă să soluționeze litigiile legate de executarea contractului administrativ, în temeiul art. 8 aliniat 2 din Legea nr. 554/2004, inclusiv cele referitoare la actele emise în baza acestuia, prin raportare la prevederile art. 10 aliniat 1 din aceeași lege.

Totodată, prin art. 10 alin. 3 pct. 1 indice 1 din Legea 554/2004 - așa cum a fost modificată prin legea 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii 134/2010 - se arată că „toate cererile privind actele administrative emise de autoritățile publice centrale care au ca obiect sume reprezentând finanțarea nerambursabilă din partea Uniunii Europene, indiferent de valoare, se soluționează în fond de secțiile de contencios administrativ și fiscal ale curților de apel”. Pentru toate aceste considerente, având în vedere disp. art. 3 punct 1 Cod procedură civilă, potrivit căroră cererile privitoare la actele autorităților și instituțiilor publice centrale sunt de competența curților de apel, dispoziție prevăzută și de disp. art. 10 aliniat 1 din Legea nr. 554/2004 - în temeiul art. 158-159 Cod procedură civilă, instanța a admis excepția formulată și a declinat competența de soluționare a cauzei în favoarea Curții de Apel Suceava-Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal. Examinând cererea, Curtea o apreciază ca întemeiată pentru cele ce urmează:

Referitor la încălcarea principiului neretroactivității legii:

Retroactivitatea legii a fost definită în literatura de specialitate ca o „ficțiune de preexistență a legii”. Principiul neretroactivității tinde să interzică o astfel de ficțiune. Legea dispune numai pentru viitor, ea nu poate statua „ex post facto”, adică nu poate reveni „asupra unui fapt împlinit”. Cu alte cuvinte, legea nu poate aduce atingere drepturilor câștigate înainte de intrarea ei în vigoare. Totodată, cât timp principiul este de natură legislativă, el se impune judecătorului și

administrațiilor, deci sfera lui este restrânsă la aplicarea legii, interdicțiile pe care el le impune legiutorului rezultând din cerința protejării drepturilor câștigate sau a situațiilor juridice create înainte de intrarea legii în vigoare și având caracter de excepție, în timp ce constituționalizarea îl face opozabil și legiutorului.

Curtea reamintește că principiul neretroactivității legii are în sistemul român valoare constituțională încă din anul 1991 (art. 15 al. 2 din Constituție) moment de la care acesta se transformă dintr-o regulă de interpretare valabilă doar pentru judecător (art. 1 Cod civil) într-o regulă obligatorie și pentru legiutor, acesta neputând adopta acte cu încălcarea lui), și pentru administrație. În concret, raportând considerațiunile teoretice expuse la situația dedusă analizei, instanța observă că în ceea ce privește corecția financiară aplicată reclamantului, ea s-a întemeiat pe dispozițiile OUG 66/2011, act normativ ce nu era în vigoare la momentul contractului de finanțare 625/29.01.2010, demarării procedurii de licitație, respectiv semnării contractului de lucrări nr. 5434/2.06.2010, raporturile juridice generate de acestea fiind guvernate de OG 79/2003.

Deși pârâtul s-a apărut invocând că dispozițiile OUG 66/2011 preiau dispozițiile OG 79/2003, instanța va respinge alegațiile făcute pentru cele ce preced și, de asemenea, reținând, față de jurisprudența constantă a ÎCCJ că principiul neretroactivității este valabil pentru orice lege, indiferent de domeniul de reglementare al acesteia, singurele excepții îngăduite de norma constituțională vizând legea penală sau contravențională, excepții ce nu sunt date în cauză. Față de caracterul ferm al jurisprudenței evocate (decizia 26/18.01.2012 a ÎCCJ, Decizia 228/2007, Decizia 90/99 a ÎCCJ, publicate în M.Of), văzând și argumentele ce preced, nuanțările pârâtului în legătură cu acest aspect exced cadrului legal și vor fi respinse. Se constată că în cauză controlul efectuat încalcă principiul neretroactivității legii, în acest sens amintim și Decizia Curții Constituționale nr. 26/2012 în care se subliniază că un act normativ nu poate avea efecte retroactive, respectiv să se aplice și contractelor legal încheiate înainte de intrarea în vigoare a acestuia deoarece se încalcă principiul libertății contractuale.

Considerăm că abordarea problemei principiului neretroactivității legii, cu toate valențele analizate răspunde și criticilor reclamantului vizând încălcarea principiului previzibilității normelor juridice, a principiului legalității actelor administrative și a activității organelor administrației publice și a principiului încrederii legitime, motiv pentru care instanța nu le va mai analiza punctual.

În subsidiar, Curtea va proceda la tratarea celorlalte rațiuni ce au condus la emiterea actelor administrative de autoritate atacate prin prezenta acțiune, în ordinea invocării. Cu privire la restricționarea participării la procedura de achiziție a altor potențiali participanți, prin introducerea cerinței formulate la Cap. V.4.5. Prin aceasta s-a solicitat participanților la procedură să prezinte lista principalelor lucrări executate (...), în care să se regăsească cel puțin 3 contracte de construcții social - administrative (...)" Niciunul dintre cei 22 de potențiali participanți la procedura de atribuire nu a formulat solicitări de clarificări, nu a depus contestații și nici nu au existat sesizări referitoare la faptul că informațiile cuprinse pe CD nu ar putea fi citite. În plus, procesul - verbal de deschidere a ofertelor a fost semnat fără obiecțiuni și fără alte mențiuni din partea operatorilor economici referitoare la documentația de atribuire.

Curtea observă că această cerință preia în fapt prevederile art. 188 al.3 lit. a din OUG 34/2006 modificată și completată care stipulează „în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea lucrărilor ce urmează să fie executate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului: *lista a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări și care vor conține valori, perioada și locul execuției lucrărilor, modul de îndeplinire a obligațiilor.*

Astfel cum în mod judicios a arătat petenta, la stabilirea acestei cerințe s-au avut în vedere și Ordinul Ministrului Transporturilor, construcțiilor și turismului nr. 2230/27.12.2005 (anexa 1) care, calificând construcțiile, o clasează pe cea ce constituie soriginea litigiului de față în clasa a II-a de importanță deosebită (reabilitarea unei unități de asistență medico-socială) „la care se impune limitarea avariilor având în vedere consecințele acestora”.

Curtea alege în sensul respectării legislației în vigoare de către reclamant, înlăturând apărările pârâtului și în legătură cu acest aspect, mai ales că echipa de control reproșează în fapt comportamentul contestatoarei care, în această privință, s-a bazat pe exigență și responsabilitate, în limitele și cu respectarea întocmai a legii.

Cu ușurință echipa de control a afirmat că „realizarea unui obiectiv de construcții cu utilizare/exploatare socio-administrativă nu diferă decât în mică măsură de cel cu utilizare civilă uzuală, oprindu-și raționamentul la acest nivel, nemaiprocând la denudarea conținutului alegației „nu diferă decât în mică măsură”. Nu apreciem că cerința impusă are caracter restrictiv.

Cu privire la neinclusiunea cerinței formulate la Cap. V.4.5. - Lista cu principalele lucrări executate în ultimii 5 ani în Anunțul de participare, reclamantul nu a negat acest aspect, însă l-a justificat prin prisma unor rațiuni ce țin de tehnologie. De altfel a susținut că documentația de atribuire a fost comunicată gratuit tuturor persoanelor interesate de procedură și că niciuna din oferte nu a fost respinsă ca neconformă sub acest aspect. Pârâtul nu a contrazis aceste apărări. De altfel, practica judiciară a statuat că anunțul de participare are caracter general și, așa cum am arătat, orice operator economic a avut posibilitatea să cunoască prin achiziționarea documentației de atribuire toate informațiile privind procedura. Mai mult, există o obligație de diligență în acest sens, ca măsură a interesului manifestat în participarea la procedură. De aceea, criticile aduse de pârât sub acest aspect vor fi înlăturate, vătămarea vreunui din participanți, în lipsa unor probe concrete rămânând una virtuală.

Cu privire la afirmația că prin nemotivarea cerinței de la Cap. V.4.5. în Nota justificativă și prin obligația impusă operatorilor economici de a prezenta cel puțin 3 contracte reprezentative de lucrări de construcții social-administrative executate în ultimii 5 ani, cerința este una restrictivă și nejustificată. atât în privința numărului, cât și a naturii lucrărilor reprezentative. În abordarea acestei probleme Curtea precizează că rațiunile ce au dus la eficientizarea apărărilor reclamantului sunt comune cu cele de la punctul 2 și se completează cu cele ce urmează: Echipa de control se subrogă în fapt în dreptul autorității contractante de a aprecia în concordanță cu obiectivul general și specific al proiectului derulat, ignorând în fapt obligația asumată de aceasta din urmă prin contractul de finanțare (respectiv de a se asigura că ofertantul câștigător va putea derula în bune condiții lucrările de amenajare și reabilitare a UAMS Mihăileni.

Nesustenute de probe sau de indicarea în concret a textului de lege încălcat, criticile pârâtului rămân simple aprecieri subiective. Cu privire la afirmația organelor de control precum că cerințele din Cap. V.4.5. - Lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani din Fisa de date a achiziției exced prevederilor legislației privind achizițiile publice. Așa cum am arătat, această cerință constituie transpunerea fidelă a art. 188 al. 3 din OUG 34/2006. Nu s-a demonstrat producerea unei vătămări în rândul participanților. Mai mult, toți au depus documente referitoare la experiența lor similară. Din documentele lor rezultă că beneficiarii acestor lucrări sunt atât clienți privați, cât și autorități contractante. Toți participanții s-au încadrat și în partea a doua a cerinței, respectiv au depus și alte contracte de lucrări similare însoțite de documente doveditoare, procese-verbale de recepție, recomandări din partea beneficiarilor. Și în tratarea acestui aspect înțelegem să invocăm rațiunile ce au fost expuse la pct. 2.

Cu privire la cerința formulată în cadrul Cap.V.4.6 - Lista cu experiența similară din fisa de date a achiziției. La acest capitol din fișa de date a achiziției s-au solicitat:

„Cerința obligatorie: Ofertantul va trebui să facă dovada că a încheiat și finalizat în ultimii 5 ani cel puțin un contract similar care a avut ca obiect execuția de lucrări similare ce fac obiectul procedurii de achiziție publică în domeniul social-administrativ”. Similaritatea contractelor constă în execuția lucrărilor de intervenții și consolidări la clădiri. Deși echipa de control susține că această cerință încalcă prevederile art. 8 din HG 925/2006, Curtea alege în sens contrar. Astfel, exigența pretinsă e reclamată și justificată prin raportul de expertiză tehnică întocmit de UMAS Mihăileni care a apreciat ca necesară consolidarea corpului de clădire preexistent datorită deplasării fundației și peretelui din partea N-V la corpul CI, deteriorarea șarpantei etc.

Instanța concluzionează că față de natura și complexitatea lucrărilor, caracterul clădirii (aspect abordat în cele de mai sus) cerința nu este disproporționată și nici restrictivă, și nici nelegală, relevând doar atenția și preocuparea autorității contractante în realizarea unei lucrări de bună calitate. Importantă apare împrejurarea că echipa de control însăși apreciază cerința ca fiind „parțial irelevantă”, această exprimare demonstrând existența dubiului asupra constatărilor făcute. De subliniat apare faptul că cerința analizată a fost adusă la cunoștința participanților și niciunul dintre ei nu a contestat-o.

Referitor la informațiile privind personalul tehnic de specialitate din fisa de date a achiziției (copii de pe cărțile de muncă ale personalului tehnic, CV-uri etc.) apreciem că s-a urmărit verificarea experienței în domeniu al acestuia, condiție esențială în executarea unei lucrări de bună calitate. Se constată respectarea prevederilor art. 72 al.2 lit. b rap. la art. 78¹¹ din HG 925/2006. Referitor la încălcarea prevederilor art. 11 al. 4 din HG 925/2006 și la interzicerea posibilității de subcontractare.

Art. 11 al. 4 din HG 925/2006 modificată prevede: Pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, ofertantul are dreptul de a prezenta inițial doar o declarație pe propria răspundere, semnată de reprezentantul său legal, prin care confirmă că îndeplinește cerințele de calificare astfel cum au fost solicitate în documentația de atribuire. Declarația va fi însoțită de o anexă în care ofertantul trebuie să menționeze succint, dar *precis, modul concret de îndeplinire a respectivelor cerințe - inclusiv, dacă au fost solicitate, diverse valori, cantități sau altele asemenea.*

Curtea constată că la Cap. V.4.4 intitulat „Informații privind subcontractanții/asociații” au fost incluse informații privind posibilitatea de subcontractare/asociere stipulându-se cu claritate „ în cazul asocierii mai multor operatori economici, criteriile de calificare trebuie îndeplinite de fiecare asociat (cap. V.1 și V.2, V.3, V.4). Cu privire la declararea ofertei înaintată de SC DELTA CON SRL ca fiind conformă se constată respectarea de către autoritate a dispozițiilor art. 11 al. 3 din HG 925/2006, 72 al.2, 79 din HG 925/2006.

Cu privire la încălcarea principiului tratamentului egal, se constată că nu s-au formulat cerințe de calificare și selecție diferite de la un ofertant sau altul și nu s-au solicitat documente, clarificări și completări diferențiate de la un ofertant sau altul. Aceeași formulare a fost folosită pentru toți ofertanții astfel că nu se poate afirma că a determinat apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant. Singurele diferențieri au fost denumirea operatorului economic, numele și prenumele personalului de specialitate.

Pentru cele ce preced în baza dispozițiilor art. 38 lit. f din OG 66/2001, Curtea va admite cererea, va anula decizia nr. 25/2012 emisă de MDRT și va obliga pârâtul să restituie reclamantului suma de 56.903, 27 lei și dobânda aferentă acesteia calculată de la data reținerii sumei și până la restituirea integrală.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Admite cererea având ca obiect „contestație act fiscal” formulată de reclamantul Județul Botoșani - prin Președinte, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare. Anulează Decizia nr. 25/2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului. Obliga pârâtul să restituie reclamantului suma de 56.903,27 lei și dobânda aferentă acesteia calculată de la data reținerii sumei și până la restituirea integrală.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din 22 aprilie 2013.

Dosar nr. 1024/39/2012

CURTEA DE APEL SUCEAVA
SECȚIA a II-a CIVILĂ DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA nr. 182
Ședința publică din 4 iunie 2013

Pe rol se află pronunțarea asupra acțiunii în contencios administrativ formulată de către Unitatea Administrativ Teritorială - Municipiul Botoșani prin Primar, cu sediul în Botoșani, județul Botoșani și Primăria Municipiului Botoșani prin Primar, cu același sediu, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Contestare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București, cu sediul în București, sector 5. Dezbaterile au avut loc în ședința publică din 21 mai 2013, susținerile părților fiind consemnate în încheierea ședinței de la acea dată, redactată separat și când, pentru a da posibilitatea părților de a depune la dosar concluzii scrise, instanța a amânat pronunțarea pentru, 28 mai 2013 iar atunci pentru astăzi 4 iunie 2013.

CURTEA, asupra acțiunii de față constată următoarele:

Prin cererea adresată Curții de Apel Suceava - Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal la data de 21.12.2012 și înregistrată sub nr. 1024/39/2012, reclamantele Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul Botoșani prin primar și Primăria Municipiului Botoșani prin primar, în contradictoriu cu intimata Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, a solicitat ca, prin hotărârea ce se va pronunța să se constate că Decizia nr. 194/20.11.2012 prin care a fost soluționată contestația nr. 79761/25.10.2012 împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA - 70109/20.11.2012, aferentă contractului de finanțare nr. 823/19.08.2010 pentru proiectul cod SMIS 7432, este nelegală și netemeinică, să se dispună anularea Deciziei nr. 194/20.11.2012 emisă de Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, admiterea contestației așa cum a fost formulată și exonerarea de la plata corecțiilor financiare aplicate.

În motivarea acțiunii, contestatoarea a arătat că soluția pronunțată prin Decizia nr. 194/20.11.2012 de Comisia de Soluționare a Contestației este nelegală și netemeinică, nefiind reținute toate elementele de fapt și de drept expuse de Municipiul Botoșani în motivarea contestației. Astfel, reclamanta a apreciat că, în raport de reglementările incidente în cauză - art. 15 alin. 2 din Constituția României, O.U.G. 66/2011, art. 2 alin. 2 din Regulamentul 2998/18 12 1995 privind protecția intereselor financiare ale UE - actele și datele furnizate de procedura de achiziție finalizată prin contractele de achiziție, nota de constatare este nelegală și netemeinică întrucât au fost încălcate: principiile neretroactivității legii, principiul legalității și principiul previzibilității și predictibilității legii.

Reclamanta a mai susținut că prin nota de constatare se rețin în sarcina pentru abateri, nici una dintre acestea neîndeplinind condițiile cumulative ale noțiunii de neregulă, așa cum este definită prin art. 2 lit. a din OUG 66/2011 și că, pentru nici una dintre abateri prin nota de constatare nu se indică suma plătită necuvenit, cuantumul plății, data efectuării acestei plăți necuvenite, impactul financiar cu potențial păgubitor asupra bugetelor europene, această din urmă condiție fiind definitorie pentru a se putea retine săvârșirea unei abateri, fapt care alături de criticile ce vor fi dezvoltate mai jos se impune anularea notei de constatare.

A. Reritor la contractul de achiziție nr. 13394/21.07.2009, s-a reținut că autoritatea contractantă a restricționat accesul operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului de servicii, prin impunerea în fișa de date a achiziției a unor cerințe minime de calificare nelegale și care contravin principiilor nediscriminării proporționalității, prevăzute la art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 - abaterea astfel calificată fiind încadrată în dispozițiile prevăzute la pct. 1.7 din Anexa la OUG 66/2011.

Prin nota de control s-a constatat că autoritatea contractantă a introdus ca cerință minimă de calificare obligativitatea prezentării a cel puțin unei documentații tehnice pentru proiecte finanțate prin POR, respectiv a cel puțin unui contract de servicii pentru autorități publice locale pentru proiecte finanțabile prin POR, în condițiile în care achiziția a fost derulată în perioada martie - iulie 2009, iar POR a fost lansat la finele anului 2007 - prin aceasta autoritatea contractantă restricționând accesul operatorilor economici deoarece exista un număr destul de restrâns de operatori economici care să fi întocmit la acel moment o astfel de documentație tehnico-economică. Această restricționare s-a realizat și prin solicitarea unui manager de proiect cu experiență în coordonarea de documentații tehnice pentru proiecte de finanțare aferente POR - AXA 1.1, pentru cel puțin trei administrații publice locale.

Reclamanta însă a susținut că, în mod greșit s-a apreciat că faptele menționate constituie abateri de natura sa atragă o corecție financiară potrivit cu pct 1.7 din Anexa la OUG 66/2011 de 25% din valoarea contractului, având în vedere complexitatea serviciului și scopul acestuia, pentru a reduce riscul de neîndeplinire a obligațiilor contractuale datorită lipsei experienței în executarea unor astfel de contracte. Autoritatea contractantă a dorit să se asigure că ofertantul câștigător deține experiența necesară elaborării unor astfel de documentații, astfel încât să nu fie periclitată finanțarea proiectelor. De asemenea, procedurile de lucru cu Autoritățile publice locale sunt diferite de cele din mediul privat, iar un ofertant fără experiență în lucru cu instituțiile publice ar fi putut provoca greșeli și întârzieri în derularea contractului. În ceea ce privește domeniile menționate (infrastructură drumuri și infrastructură socială), acestea au fost 2 din domeniile de proiectare în cadrul contractului, iar un ofertant consorțiu ce nu ar fi deținut aceasta experiență nu ar fi putut elabora documentații pe acest gen de proiecte (spre ex. un ofertant cu experiență doar în domeniul instalațiilor nu ar fi putut realiza un proiect în domeniul infrastructurii de drumuri).

Referitor la condiția considerată restrictivă - privind experiența managerului de proiect, s-a considerat ca managerul de proiect va putea gestiona toate proiectele din cadrul contractului, numai dacă acesta deține experiență relevantă în coordonarea de proiecte aferente POR și în lucru cu aceeași categorie de beneficiari - autorități publice locale. Astfel, cerințele minime de calificare privind obligativitatea prezentării a cel puțin unei documentații pentru proiectele finanțate prin POR, respectiv a cel puțin unui contract de servicii pentru autorități publice locale pentru proiecte finanțate POR au apărut ca o necesitate de a asigura beneficiarul că ofertantul selectat va avea cunoștințele și experiența necesară ducerii cu succes la îndeplinire a contractului.

B. Referitor la contractul de achiziție nr. 2662/30.01.2009, încheiat cu S.C."Avensa Consulting" S.R.L., având ca obiect servicii de consultanță, cu o perioadă de implementare de 1,5 luni, în valoare de 1.400.000 lei fără TVA s-a reținut că autoritatea contractantă a restricționat accesul operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului de servicii, prin impunerea în fișa de date a achiziției a unor cerințe minime de calificare nelegale și care contravin principiilor nediscriminării și proporționalității, prevăzute la art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 - abaterea astfel calificată fiind încadrată în dispozițiile prevăzute la pct. 1.7 din Anexa la OUG 66/2011.

Prin nota de control s-a constatat că autoritatea contractantă a solicitat operatorilor să facă dovada faptului că au întocmit cel puțin o documentație tehnico-economică pentru o administrație publică în vederea obținerii de finanțări prin POR a cărui valoare de investiție este de minim 10.000.000 Euro și care a fost aprobată de comisiile de evaluare POR. De asemenea, autoritatea contractantă a solicitat pentru dovedirea experienței similare ca proporția de realizare a contractelor să fie de minim 50% și cel puțin 15 din persoanele care lucrează în echipele de proiect să fie angajați proprii ai ofertantului (cumulat pentru membrii asocierii), în trei domenii relevante pentru contract. Astfel, în mod greșit s-a apreciat că faptele menționate constituie abateri de natură să atragă o corecție financiară potrivit cu pct. 1.7 din Anexa la OUG 66/2011 de 25% din valoarea contractului, având în

vedere complexitatea planului integrat împreună cu proiectele ce urmau a fi identificate în urma întocmirii acestuia - fapt ce impunea alegerea unui operator economic ce ; putea să susțină prin propria experiență întocmirea documentațiilor tehnico-economice în conformitate cu Ghidul solicitantului. Aceasta experiență putea fi demonstrată prin stabilirea unui prag valoric apropiat de estimările autorității contractante pentru pachetul de proiecte, cât și prin demonstrarea succesului documentațiilor tehnico-economice depuse în cadrul asemenea procedurile de lucru cu autoritățile publice locale sunt diferite de cele din mediul privat, iar un ofertant fără experiență în lucru cu instituțiile publice ar fi putut provoca greșeli și întârzieri în derularea contractului.

Datorită termenului limită de depunere (31. Martie 2009), de către beneficiar, a aplicației în vederea obținerii finanțării aferentă Axei 1.1 POR, operatorul economic selectat trebuia să aibă capacitate reală de a susține și a îndeplini contractul în termenii stabiliți, fapt susținut prin aceea că liderul consorțiului să dețină măcar jumătate din experiența necesară pentru o bună îndeplinire a contractului - autoritatea contractantă apreciind că îndeplinirea acestei cerințe ar fi condus la un succes al aplicației, în sensul obținerii finanțării.

C. Referitor la contractul de achiziție nr. 20202/25.10.2010, încheiat cu S.C."Avensa Consulting" S.R.L., s-a reținut că Autoritatea contractantă a restricționat accesul operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului de servicii, prin impunerea în fișa de date a achiziției a unor cerințe minime de calificare nelegale și care contravin principiilor nediscriminării și proporționalității, prevăzute la art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 - abaterea astfel calificata fiind încadrată în dispozițiile prevăzute la pct. 2.3 din Anexa la OUG 66/2011.

Prin nota de control s-a constatat că, potrivit fișei de date achiziției la „capacitatea tehnică și profesională” pct. V.4 și a clarificării publicată în SEAP în data de 05.10.2010 autoritatea contractantă - prin cerințele solicitate potențialilor ofertanți, ca cerințe minime de calificare - a restricționat accesul operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului prin solicitarea experienței specifice în implementarea de proiecte de infrastructură publică finanțate din POR cu atât mai mult cu cât achiziția a fost derulată în perioada septembrie - octombrie 2010, primele contracte finanțate POR fiind semnate, în derulare în 2009.

Consideră reclamanta că în mod greșit s-a apreciat că faptele menționate constituie abateri de natură să atragă o corecție financiară potrivit cu pct 2.3 din Anexa la OUG 66/2011 de 10% din valoarea contractului, pentru următoarele motive: Solicitarea de clarificări din partea SC"Avensa Consulting" SA a fost înregistrată în data de 05.10.2010. Din dorința de a nu îngrădi participarea la procedură a operatorilor economici și în conformitate cu obligațiile prevăzute la art. 79 alin (2) din OUG 34/2006, autoritatea contractanta a emis răspunsul la solicitarea operatorului economic în aceeași zi, afișarea sa în SEAP permițând primirea acestuia de către toți operatorii economici interesați, înainte de data limită de depunere a ofertelor. S-a precizat, de asemenea, că în momentul emiterii solicitării de clarificare de către SC"Avensa Consulting" SRL, autoritatea contractantă nu avea cunoștință despre potențialii ofertanți și că, prin modificarea acceptată, a fost mai permisivă pentru posibii ofertanți față de cerința din Fișa de date a achiziției.

Nu se poate vorbi de o modificare a acestui criteriu cu doar 3 zile înainte, ci el intervine ca un răspuns, prompt, la solicitarea de clarificare a unui operator economic în termenul impus de OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, în speță art. 79 alin (2), care obliga autoritatea contractanta să emită răspunsul în cel mai scurt timp. Ca dovadă, solicitarea de clarificare a fost primită în data de 05.10.2010. Autoritatea Contractanta a vrut să se asigure că ofertantul câștigător cunoaște procedura specifică acestui program și are experiența implementării cu succes a cel puțin unui contract de aceeași valoare de investiție, conform prevederilor art. 188 alin. 2 din OUG 34/2006.

Așa cum s-a specificat și în Nota justificativă nr. 13217130.06.2010 absolut tot personalul implicat în proiect trebuie să aibă experiență în domeniul implementării proiectelor și infrastructurii publice finanțate din fonduri europene pentru ca, atât documentele cât și activitatea ce o vor desfășura în cadrul proiectului să fie conformă cerințelor din Ghidul solicitantului. Cerința privind apartenența din punct de vedere profesional la organisme legal constituite privind consultanță și management - prin această cerință Autoritatea contractantă se asigură că ofertantul câștigător a fost certificat/acceptat de către asociații/organizații din domeniul consultanței, astfel neputând fi contestată capacitatea ofertantului de a implementa cu succes un proiect de asemenea anvergură.

D. Referitor la contractul de achiziție nr. 2468/25.01.2011, încheiat cu Asociația (...) S.A. având ca obiect execuție lucrări cu o perioadă de implementare de 28 de luni, în valoare de 22.710.872,95 lei fără TVA., s-a reținut că Autoritatea contractantă a modificat un criteriu de calificare și/sau selecție, ca urmare a unei contestații depuse, fără a modifica și anunțul de participare în JOUE, fiind încălcat astfel principiul transparenței privind desfășurarea procedurilor de achiziție publică, prevăzut de legislația în vigoare - abaterea astfel calificată a fost încadrată în dispozițiile prevăzute la pct 1.5 din Anexa la OUG 66/2011.

Prin nota de control s-a constatat că Autoritatea contractantă nu a modificat anunțul de participare publicat în JOUE, anunț care în mod obligatoriu trebuie să cuprindă criteriile care stau la baza evaluării ofertelor primite, așa cum rezultă din prevederile art. 44 din Directiva 2004/18/EC, conform cărora contractele se atribuie după verificarea respectării criteriilor referitoare la capacitatea economică și financiară, la cunoștințele sau capacitățile profesionale și tehnice menționate în anunțul de participare, anunț care cuprinde nivelurile minime ale acestora. În consecință, neconcordanța substanțială între anunțul de participare publicat în JOUE și criteriile de calificare avute în vedere pentru evaluarea ofertelor a condus la informarea necorespunzătoare a tuturor potențialilor ofertanți în special dacă se iau în vedere cei care urmăresc anunțurile de participare publicate în JOUE, fiind astfel încălcat principiul transparenței privind desfășurarea procedurilor de achiziție publică, prevăzut de legislația în vigoare.

Consideră reclamanta că în mod greșit s-a apreciat că faptele menționate constituie abateri de natura sa atragă o corecție financiară potrivit cu pct. 1.5 din Anexa la OUG 66/2011 de 10% din valoarea contractului, întrucât Municipiul Botoșani, a demarat procedura de licitație deschisă pentru "Reabilitarea și modernizarea străzilor inelului principal de circulație din municipiul Botoșani" prin publicarea în SEAP a anunțului de participare cu nr. 110.894/09.11.2010 cu corespondent în JOUE nr. 2010/S 219- 335709; că, urmare a Deciziei 6079/C3/7107 din 3.12.2010 a Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor a emis Măsura de remediere, pe care a publicat-o în SEAP, la secțiunea clarificări, pentru a putea fi luată la cunoștință de toți operatorii economici, cerințele care au fost corectate fiind din Fisa de date a achiziției, așa cum de altfel se specifică și în anunțul măsurii.

Prin publicarea în SEAP, a fost asigurată de către autoritatea contractantă atât ducerea la îndeplinire a hotărârii CNSC, a prevederilor art. 256*3 alin (1) din OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, cât și asigurarea transparenței prin aducerea la cunoștința publicului a tuturor informațiilor referitoare la aplicarea procedurii, având acces astfel și toți operatorii economici interesați, inclusiv cei care urmăresc anunțurile de participare publicate în JOUE. Susținerea auditorilor, că operatorii economici din țările membre ale U.E. nu au fost informați corespunzător este eronată, întrucât prin accesarea adresei de internet precizată la nivelul anunțului de participare publicat, orice potențial ofertant are posibilitatea de a consulta atât documentația de atribuire cât și clarificările aduse la documentație, inclusiv măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă, toate atașamentele documentației de atribuire conferind datele obligatorii pentru constituirea ofertei.

Dovada că operatorii economici interesați au luat cunoștință de toate documentele atașate de autoritatea contractată este confirmată de ofertă depusă de către un operator din afara țării. Având în vedere că, potrivit prevederilor art. 179 alin. 4 din OUG 36/2006 orice modificare și/sau completare a criteriilor de clasificare și selecție precizate conform alin. 3 conduce la anularea procedurii de atribuire, cu excepția modificărilor dispuse prin decizia C.N.S.C, autoritatea contractantă nu era îndreptățită să modifice criteriile de calificare și selecție precizate în cadrul documentației de atribuire.

Concluzionând, reclamanta solicită ca, reanalizându-se faptele considerate abateri și în raport de criticile formulate, să fie admisă contestația, cu consecința anulării actului administrativ ca nelegal și netemeinic, în sensul înlăturării corecțiilor aplicate conform cu pct 1.7, 2.3 și respectiv 1.5 din Anexa la O.U.G. 66/2011, prin măsurile stabilite la pct I,II, III, și IV din cap 9, ca fiind lipsite de temei legal și să se dispună exonerarea de plata corecțiilor financiare aplicate și restituirea sumelor reținute în contul acestora. Intimatul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene a formulat întâmpinare, prin care a solicitat respingerea acțiunii ca neîntemeiată, motivând că echipa de control a confirmat nereguli/în sensul art.2, alin.1 lit. a) din O.U.G. nr. 66/2011.

În speță, neregula constă în acțiunea beneficiarului de a se abate de la dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, precum și de la prevederile contractului de finanțare, prin nerespectarea de către acesta în cadrul procedurii de atribuire a contractului de lucrări a prevederilor art. 36 alin. 1) lit. b) din H.G. nr. 925/2006, acțiune ce a condus la atribuirea contractului fără organizarea unei licitații adecvate - prin neregula săvârșită fiind prejudiciat atât bugetul Uniunii Europene cât și bugetul de stat, prin încasarea de către beneficiar a unor sume plătite necuvenit. Prin încheierea contractului de finanțare, beneficiarul a acceptat finanțarea nerambursabilă și s-a obligat. Potrivit art. 9 alin. 22), să respecte prevederile legislației naționale în domeniul achizițiilor publice, nerespectarea acestor obligații conducând la neeligibilitatea cheltuielilor astfel efectuate. Intimatul a mai susținut că nu pot fi reținute motivele de nelegalitate invocate de reclamant, actele administrative atacate în cauză fiind emise cu respectarea normelor legale în vigoare.

Contestația este neîntemeiată și va fi respinsă pentru următoarele considerente:

Pornind de la definiția legală a termenului de neregulă (conform art.2 din O.U.G. nr.66/2011), reclamanta dezvoltă două direcții de argumentare, una pe tărâmul inexistenței abaterilor de la legalitate, dezvoltată separat pentru fiecare contract în parte și cealaltă pe tărâmul neîndeplinirii condițiilor de existență a neregulii, mai exact de cerința creării sau posibilității creării unui prejudiciu bugetului Uniunii Europene, bugetelor donatorilor internaționali și/sau fondurilor publice naționale printr-o sumă plătită necuvenit. Întrucât analiza existenței abaterii de la legalitate este în mod natural anterioară analizei creării/posibilității de creare a unui prejudiciu, instanța va inversa ordinea de argumentare propusă de reclamantă, referindu-se mai întâi la existența abaterii la fiecare din cele 4 contracte ce au făcut obiectul notei de constatare contestate, apoi la existența neregulii, pentru ca pe final să analizeze și celelalte susțineri ale contestatoarei.

A. contractul de achiziție nr. 13394/21.07.2009.

1. Cerințele minime de calificare considerate restrictive de Direcția Generală Contestare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene:

- a) să facă dovada faptului că au întocmit cel puțin o documentație tehnică (faza de proiect tehnic) pentru proiecte finanțate din Programul Operațional Regional a cărui valoare individuală de investiție este de minim 5.000.000 euro;
- b) să facă dovada faptului că au derulat cel puțin un contract de servicii de elaborare de documentații tehnice (care să conțină obligatoriu faza de proiect tehnic) pentru autorități publice locale pentru proiecte finanțabile prin Programul Operațional Regional, cu o valoare minimă de până la 240.000 lei fără TVA;

c) să pună la dispoziție un manager de proiect cu experiență în coordonarea de documentații tehnice pentru proiecte de finanțare aferente POR - axa 1.1. pentru cel puțin trei administrații publice locale.

2. Abaterea contestată - încălcarea art. 178 alin.2, 179 și 188 alin.2 din O.U.G. nr.34/2006 și a art.8 din H.G. nr.925/2006.

3. Analiza cerințelor considerate restrictive:

a) Instituirea obligației de a dovedi că a întocmit cel puțin o documentație tehnică pentru proiecte finanțate prin programul Operațional Regional, a cărui valoare individuală de investiție este cel puțin 5.000.000 Euro, este un criteriu restrictiv pentru suficientul motiv că împiedică accesul la acest gen de contracte a unor operatori economici importanți, cu personal competitiv și experiență în alte domenii, pretinzând în mod abuziv că un operator economic aflat la început de drum în acest domeniu nu poate să facă față într-un asemenea proiect, ignorând realitatea că experiența este în fond a oamenilor care activează în cadrul firmei și nu a firmei însăși și că fiecare firmă a fost la început lipsită de experiență în materia elaborării de documentații pentru accesarea de fonduri europene. Iar această cerință este cu atât mai restrictivă cu cât limitează „experiența” solicitată doar la proiecte finanțate prin Programul Operațional Regional, în condițiile în care acest program fusese lansat de foarte puțin timp și nu prezintă o specializare de nișă, diferită esențial de cea necesară pentru întocmirea altor proiecte de accesare a unor fonduri europene. În fine, pentru a constata o dată în plus absurdul situației, nu trebuie decât să ne imaginăm că ne aflăm la primul proiect finanțat prin Programul Operațional Regional și că nu există nici o firmă care să aibă experiență de felul celei solicitate.

b) Dublarea obligației de dovedire a experienței prin întocmirea unei documentații cu cea de derulare a cel puțin unui contract pentru autorități publice locale pentru proiecte finanțabile prin Programul Operațional Regional este totodată o nouă restricție de calificare, pentru că, în mod natural, în cei mai puțin de doi ani de la derularea Programul Operațional Regional în România, nu numai că trebuie întocmită o documentație pentru un proiect extrem de important, dar acest proiect mai trebuie și finalizat.

c) În fine, obligația de a pune la dispoziție un manager de proiect cu experiență în coordonarea de documentații tehnice, tot pentru Programul Operațional Regional, tot pentru administrațiile publice locale și în cuantum de nu mai puțin de 3 contracte este cireașa de pe tortul care celebrează denaturarea oricărei concurențe pentru participarea la o asemenea procedură de achiziție publică, fiind interesant de lecturat o statistică cu agenți economici din România, care îndeplineau la data efectuării procedurii de achiziție publică aceste criterii de calificare.

Și ca un corolar al acestor considerații, Curtea observă că lipsa de experiență a unor operatori economici, lipsă de care autoritatea contractantă a încercat atât de precaut să se ferească, ar fi fost evidentă în întocmirea documentației, atrăgând probabil descalificarea ofertelor în faza analizării conformității acestora. Fiind constatat caracterul restrictiv al cerințelor de calificare, Curtea constată că dispozițiile art. 1.7. din anexa la O.U.G. nr.66/2011 sunt incidente în cauză, astfel încât, în mod legal s-a aplicat corecția financiară de 25%.

B) Contractul de achiziție nr.2662/30.01.2009.

1. Cerințele minime de calificare considerate restrictive de Direcția Generală Contestare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene.

a) să facă dovada faptului că au întocmit cel puțin o documentație tehnico-economică pentru administrație publică în vederea obținerii de finanțări prin Programul Operațional Regional a cărui valoare de investiție este minim 10.000.000 euro și care a fost aprobată de comisiile de evaluare

POR. Pentru demonstrarea experienței se vor atașa copii după deciziile comisiilor POR privind evaluarea tehnico-financiară;

b) pentru dovedirea experienței similare, s-a solicitat ca proporția de realizare a contactelor să fi fost de minim 50%;

c) cel puțin 15 dintre persoanele care lucrează în echipele de proiect să fie angajați proprii ai ofertantului (cumulat pentru membrii asocierii), în trei domenii relevante pentru contract.

3. Analiza instanței.

Cerința fiind similară celei de la pct.A 1 a), caracterul restrictiv al cerinței de la pct.B 1 a), rezultă din argumentele expuse la pct.A 3 a).

a) Spre deosebire de contractul analizat la litera A, pentru acest contract, autoritatea contractantă a stabilit o realizare a cel puțin unui contract în proporție de minim 50%, cerință care, față de intervalul de timp ce poate fi luat în calcul, maxim un an și trei luni, rămâne excesivă și, sub aspectul asigurării accesului la procedură, restrictivă.

b) Așa cum a reținut și organul de control, impunerea unei condiții referitoare la calitatea de angajat propriu pentru cel puțin 15 persoane care lucrează în echipele de proiect este excesivă și restrictivă atâta vreme cât asigurarea personalului se poate face și în alte condiții decât prin încheierea unui contract de muncă cu ofertantul.

Fiind constatat caracterul restrictiv al cerințelor de calificare, Curtea reține că în speță erau incidente dispozițiile art.I .7. din anexa la O.U.G. nr.66/2011 și în consecință aplicarea corecției de 25% din valoarea contractului este legală și temeinică.

C. Contractul de servicii nr.20202/25.10.2010.

1. Cerințele minime de calificare, considerate restrictive de Direcția Generala Contestate și Stabilire Nereguli Fonduri Europene.

a) să facă dovada derulării în ultimii 3 ani a 1-maxim 3 contracte pentru implementarea de proiecte de infrastructură publică finanțate din fonduri europene, din care, cel puțin un contract pentru un proiect finanțat prin Programul Operațional Regional cu o valoare a investiției de cel puțin 15.000.000 lei fără TVA;

b) prezentarea de documente edificatoare care să dovedească foram de atestare ori apartenența din punct de vedere profesional la organisme constituite privind consultanța în management (de ex. AMCOR, ROCA, altele).

2. Abaterea contestată - încălcarea art. 178 alin.2, 179 și 188 alin.2 din O.U.G. nr.34/2006 și a art.8 din H.G. nr.925/2006.

a) Cu unica precizare că autoritatea contractantă a observat de această dată singură că solicitarea ca experiență de derulare de proiecte poate fi concludentă indiferent de ce fel de fonduri europene este vorba, argumentele vizând caracterul restrictiv al cerinței expuse la pct. A3 a) sunt aplicabile și în ce privește cerința de la pct. C1 a).

b) Nefiind obligatorie potrivit legii, cerința de prezentare de documente care să dovedească forma de atestare ori apartenența din punct de vedere profesional la organisme constituite privind consultanța în management restricționează nejustificat accesul la contractul de achiziție a unor agenți economici care nu sunt membri în astfel de organisme profesionale.

Fiind constatat caracterul restrictiv al cerințelor de calificare, Curtea reține că în speță erau incidente disp. art.2.3 din Anexa la O.U.G. nr.66/2011 și în consecință, aplicarea corecției de 10% din valoarea contractului este pe deplin justificată.

D. Contractul de lucrări nr.2468/25.01.2011.

1. Neregula contestată - modificarea unui criteriu de calificare și/sau selecție ca urmare a unei contestații depuse, fără a modifica și anunțul de participare în J.O.U.E.

2. Abaterea constatată - încălcarea art.50 alin.2 din O.U.G. nr.34/2006 și a art.26 din H.G nr.925/2006.

3. Analiza instanței.

Procedura de achiziție publică a fost inițiată prin publicarea în JOUE a anunțului de participare nr. JOUE 2010/S 219-335709 din data de 11.11.2010 respectiv în SEAP a anunțului de participare nr. 110894/09.11.2010. Data limită pentru depunerea ofertelor a fost stabilită pentru 21.12.2010. În urma Deciziei CNSC nr. 6079/C3/7107 din data de 03.12.2010, Autoritatea Contractantă a fost obligată să modifice documentația de atribuire și, prin urmare, a eliminat cerința prin care se solicita ca experiență similară încheierea a cel puțin un contract de execuție finanțat din fonduri europene privind reabilitarea străzi urbane în valoare de cel puțin 5.000.000 lei (Fișa de date a achiziției punctul V.4 - Capacitatea Tehnică și/sau profesională - Informații privind experiența similară). Autoritatea contractantă a modificat anunțul din S.E.A.P., dar nu a modificat anunțul de participare în J.O.U.E.

Fără îndoială, urmare a admiterii contestației depuse la C.N.S.C. prin care s-a modificat un criteriu de calificare, măsura de remediere dispusă trebuia publicată în S.E.A.P. sau în S.E.A.P. și J.O.U.E., în funcție de valoarea estimată a contractului, în cauza de față, această valoare impunând cea de a doua soluție. Aceasta pentru că, indiferent de modificarea intervenită în textul OUG nr. 34/2006 prin introducerea art. 50¹, la data publicării anunțului erau în vigoare dispozițiile art. 50 alin. 2 care prevedea că anunțul publicat la nivel național nu trebuie să conțină alte informații față de cele existente în anunțul publicat în JOUE. Iar dispozițiile art. 26 din H.G. 925/2006, în vigoare la data publicării anunțului, nu făceau altceva decât să stabilească mai precis modul în care această obligație este îndeplinită în cazul în care, după publicarea anunțului intervin anumite modificări față de informațiile deja publicate, respectiv prin publicarea unui anunț tip erată la anunțul inițial (în paranteză fie spus, într-adevăr trimiterea la directivă este superfluă în condițiile în care aceasta este transpusă în dreptul național, evident cu excepția situației în care vorbim de obligația de interpretare conformă).

În consecință întrucât obligativitatea autorității contractante de a publica arata în JOUE nu s-a născut din decizia CNSC nr. 6079/C3/7107 din 3.12.2010, ci este legată de modificarea unui criteriu de calificare și de valoarea contractului (care depășește pragul prevăzut la art. 55 alin. 2 din ordonanță) Curtea constată că reclamanta a încălcat dispozițiile legale menționate, corecția financiară stabilită în conformitate cu dispozițiile art. 15 din Anexa la OUG nr. 66/2011 fiind legală și oportună, gravitatea redusă a abaterii justificând stabilirea procentului de 5%.

II. Neîndeplinirea condițiilor de existență a neregulii.

Potrivit art. 2 alin. 1 lit. a din OUG nr. 66/2011, neregula reprezintă „orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit”.

Față de criticile formulate de reclamantă, ne vom opri în analiză la sintagma „care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene printr-o sumă plătită necuvenit”. În lipsa definirii noțiunii de prejudiciu în reglementarea Uniunii Europene sau în alte reglementări incidente în raport cu aceasta sau alt donator public - noțiunile la care legiuitorul trimite prin prevederile art. 2 alin. 4 din OUG nr. 66/2011, reclamanta apreciază că în cauză se aplică noțiunea prejudiciului așa cum este aceasta în Noul Cod Civil, inclusiv în ceea ce privește obligația dovedirii existenței și cuantumului acestuia.

Analizând definiția dată de legiuitor neregulii prin dispozițiile legale susmenționate, Curtea ajunge la o altă concluzie. În primul rând, este observat că textul impune ca abaterea să aibă drept consecință prejudicierea efectivă a bugetului Uniunii Europene/donatorilor publici, constituind neregulă și posibilitatea prejudicierii acestor bugete. Iar distincția este importantă. De ce? Pentru că ceea ce s-a imputat reclamantei în Nota de constatare contestată este că a restricționat accesul la procedura de achiziție prin impunerea unor cerințe de calificare exagerate, ceea ce a făcut în fapt, în cadrul primei proceduri să fie desemnată câștigătoare oferta cea mai mare (ceilalți doi participanți fiind respinși pentru neîndeplinirea cerințelor de la punctele A1 b și c), în cadrul celei de-a doua și a treia proceduri să participe un singur ofertant, iar în cazul celei de-a patra proceduri să participe doi ofertanți. Or, dacă în realitate procedura s-a desfășurat cu un singur ofertant în 3 dintre situații și cu doi ofertanți în cea de-a doua, situație care poate fi pusă chiar și numai parțial, pe seama stabilirii unor cerințe de calificare extrem de restrictive, este evident că în fapt, criteriul ofertei celei mai avantajoase financiar sau a prețului cel mai scăzut a devenit o metaforă. Pentru că pentru a putea alege prețul cel mai mic ar trebui să poți compara două prețuri, ceea ce în primele trei proceduri nu a fost posibil. Or tocmai în aceasta constă prejudiciul potențial pentru bugetul Uniunii Europene/altor donatori publici, în suma de bani care era posibil a fi salvată prin asigurarea unei concurențe nedenaturate de cerințe de calificare excesive.

Iar această argumentație nu intră în contradicție cu jurisprudența înaltei Curți invocată de contestatoare, pentru suficientul motiv că hotărârea instanței supreme vizează situația aplicării necorespunzătoare a unor elemente auxiliare procedurii de atribuire - art. 1.12 din Anexa I la OUG nr. 66/2011, textul citat exemplificând cu nerespectarea obligației de publicare a anunțului de 8 atribuire a contractului, în vreme ce în cauză este în discuție restricționarea accesului la procedura de achiziție, situație în care prezumarea prejudiciului este pe deplin justificată.

III. Alte susțineri

1. Problema transunerii directivelor.

Într-adevăr, așa cum arată reclamanta, în cazul în care directivele europene sunt transpuse în dreptul național în termenul prevăzut de acestea, trimiterea la textul directivei nu este necesară ci, mai mult decât atât, este nejuridică, analiza prevederilor unui asemenea act de legislație europeană fiind impusă doar când se ridică problema obligației de interpretare conformă sau în cazul netransunerii în termen ori a transunerii defectuoase a directivei. Însă raportat la cauza de față, această dispută nu are decât valențe teoretice, actul administrativ contestat fiind emis în baza legislației naționale de transpunere a directivei.

2. Problema raportului de audit

Reclamanta afirmă că pârâta avea obligația de a organiza ea însăși activitatea de constatare a neregulilor și stabilire a creanțelor bugetare și nu putea să-și însușească fără nici o verificare recomandările din raportul autorității de audit.

Critica este neîntemeiată și acesta în primul rând pentru că în discuție este o Chestiune de exprimare. Faptul că în concluziile activității de verificare, organul de control folosește pentru două contracte sintagma „în conformitate cu recomandările autorității de audit și a constatărilor proprii”

în timp ce pentru celelalte două contracte sintagma utilizată este „în conformitate cu recomandările autorității de audit”, nu are nici un efect asupra legalității controlului, pentru suficientul motiv că emițând nota de constatare, autoritatea de control a asumat o verificare proprie. Și chiar dacă această verificare a fost efectuată pe baza actelor trimise de autoritatea de audit, chiar dacă documentele cercetate de Serviciul de Constatare și Stabilire Nereguli sunt cele indicate de autoritatea de audit, reclamanta a avut posibilitatea să pună în discuție orice aspecte considerate relevante pentru justificarea poziției sale, atât în procedura administrativă de contestare cât și în fața instanței, fără a proba însă că verificarea în discuție a fost prejudiciabilă pentru că nu a aparținut în mod direct organului de control.

3. Culpă autorității care a aprobat cererile de pre-finanțare.

Într-adevăr, potrivit art. 9 lit. B pct. 35 din Contractul de finanțare, „OI are obligația de a verifica realitatea, legalitatea și conformitatea tuturor documentelor ce însoțesc cererea de pre-finanțare/rambursarea”, dar această obligație trebuie văzută în corelație cu obligațiile ce revine beneficiarului conform art. 9 lit. a pct. 21 și 22 din contract: „(21) Beneficiarul este obligat să respecte prevederile cuprinse în Anexa IV - Cererea de finanțare, referitoare la asigurarea conformității cu politicile Uniunii Europene și naționale, privind achizițiile publice, ajutorul de stat, egalitatea de șanse, dezvoltarea durabilă, informarea și publicitatea; (22) în scopul atribuirii contractelor de servicii, furnizare, execuție și lucrări necesare pentru îndeplinirea proiectului care face obiectul prezentului contract, Beneficiarul, în calitate de Autoritate Contractantă, are obligația de a respecta prevederile legislației naționale în domeniul achizițiilor publice. Nerespectarea acestei obligații conduce la neeligibilitatea cheltuielilor astfel efectuate”

Interpretând coordonat aceste prevederi contractuale, Curtea observă că organismul intermediar (OI), nu are nici o atribuție în ce privește organizarea procedurii de achiziție publică, astfel încât neeligibilitatea cheltuielilor sau riscul unei corecții financiare născut din nerespectarea legislației naționale în domeniul achizițiilor publice aparțin exclusiv beneficiarului finanțării.

4. Nemenționarea motivelor pentru care au fost respinse susținerile beneficiarului.

Potrivit art. 21 alin. 21 din OUG nr. 66/2011 „procesul-verbal de constatare (...) trebuie să conțină următoarele elemente: (...), mențiuni privind punctul de vedere al debitorului și poziția exprimată de structura de control competentă, ca urmare a aplicării prevederilor alin. 14 și 15”.

Examinând nota de constatare, Curtea observă că la punctul 1 lit. b (pagina 2) din actul administrativ există precizarea că echipa de control a transmis beneficiarului constatările și concluziile misiunii de verificare, beneficiarul răspunzând printr-o adresă. Deși într-adevăr nota nu conține un punct anume dedicat poziției structurii de control cu privire la apărările beneficiarului, Curtea consideră că această poziție a fost exprimată în analiza neregulilor fiecărui contract iar reclamantei i-a fost asigurat dreptul la apărare prin analiza susținerilor sale atât în procedura administrativă cât și în fața instanței de judecată.

5. Nerespectarea principiului proporționalității

OUG nr. 66/2011 având ca obiectiv, printre altele, tocmai implementarea principiului proporționalității, în absența căruia au fost și putea fi stabilite în continuare debite excesive în sarcina beneficiarului fondurilor europene (legiitorul are desigur în vedere faptul că, până la intrarea în vigoare a OUG nr. 66/2011, în vederea recuperării fondurilor europene era aplicabilă OUG nr. 79/2003, în filozofia căreia orice abatere era sancționată cu recuperarea integrală a sumelor acordate, în cazul descoperirii unor nereguli) verificarea respectării acestui principiu constă în a analiza dacă, față de procentele prevăzute în Anexa I la OUG nr. 66/2011, organul de control a aplicat o corecție adecvată.

Or, analizând nota de constatare din această perspectivă, Curtea observă că pentru primele două contracte erau aplicabile dispozițiile art. 1.7 din anexă, procentul de corecție fiind de 25%, care poate fi doar majorat până la 100%, pentru cel de-al treilea contract corecția a fost de 10%, conform art. 2.3 din Anexă (cuantumul maxim fiind justificat față de gravitatea abaterii-cerința de calificare constând în dovada derulării de 1-3 contracte din care cel puțin 1 contract prin POR în valoare de 15.000.000 lei fiind mai mult decât restrictivă-așa cum s-a arătat la punctul I. C 3 a) cu trimitere la punctul C 1 a) din considerentele hotărârii), iar pentru cel de-al patrulea contract, corecția a fost în cuantumul minim, respectiv de 5% conform art. 1.5 din Anexa I.

6. Încălcarea principiului neretroactivității

Întrucât această instanță s-a pronunțat deja, cu privire la această chestiune într-o speță similară, apărările intimatelor (filele 25-26 dosar) constituind o copie fidelă a considerentelor instanței, Curtea va reproduce această argumentare doar pentru a servi instanței de control judiciar în eventualitatea formulării unui recurs: Contestatoarea a reclamat încălcarea de către pârâtă, a principiului de rang constituțional al neretroactivității legii prevăzut de art. 15 (2) din Constituția României, în sensul că OUG 66/2011, deși intrată în vigoare la 30 iunie 2011, a fost aplicată unor acte / fapte petrecute și integral consumate în anul 2009 - deci anterior intrării în vigoare a OUG 66/2011.

Pentru verificarea susținerilor reclamantei, Curtea va face o analiză comparativă a dispozițiilor - de interes pentru prezenta cauză - cuprinse în OG 79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător - publicată în Monitorul Oficial nr. 622 din 30 august 2003 - aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003 - cu modificările și completările ulterioare - și OUG 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și / sau fondurilor publice naționale aferente acestora - publicată în Monitorul Oficial nr. 461 din 30 iunie 2011.

De interes pentru problematica enunțată de reclamantă, se observă că, neregulile săvârșite în procedura de utilizare și administrare a fondurilor comunitare și a fondurilor de cofinanțare aferente - așa cum sunt definite prin art. 2 lit. a) din OG 79/2003 - sunt sancționate cu restituirea sumelor plătite din fondurile comunitare și / sau din cofinanțarea aferentă, costurile bancare, inclusiv accesoriile acestora, precum și a altor sume stabilite de lege în sarcina debitorului - în conformitate cu art. 4 din OG - acestea fiind considerate creanțe bugetare și asimilate creanțelor fiscale (art. 2 lit. d) și art. 4 alin. 2 din OG).

Constatându-se că aplicarea în timp a OG 79/2003 a generat stabilirea unor debite excesive în sarcina beneficiarilor fondurilor europene, inclusiv a instituțiilor publice finanțate de la bugetul de stat, ca urmare a restituirii integrale a sumelor de care au beneficiat în mod necuvenit, OUG 66/2011, consacră prin art. 2 lit. n) principiul proporționalității - în sensul că, „orice măsură adoptată trebuie să fie adecvată, necesară și corespunzătoare scopului urmărit atât în ceea ce privește resursele angajate în constatarea neregulilor, cât și în ceea ce privește stabilirea creanțelor bugetare rezultate din nereguli, ținând seama de natura și frecvența neregulilor constatate și de impactul financiar al acestora asupra proiectului / programului respectiv”. Acest principiu și-a găsit exprimarea concretă în prevederile Anexei 1 ale OUG în care sunt stabilite procentual corecțiile fiscale pentru fiecare abatere constatată.

Art. 15 (2) din Constituția României consacră principiul neretroactivității legii, sens în care prevede că „legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile”.

Aplicarea principiului constituțional enunțat mai sus la specificul raporturilor fiscale, cu referire expresă la problematica evocată de reclamantă și care vizează în esența sa, aplicarea în timp a legii

fiscale, comportă, o serie de distincții după cum urmează: În marea lor majoritate, normele fiscale au un caracter imperativ, ceea ce face ca acestea să se înscrie în situațiile juridice obiective.

Aceste situații fac delimitarea de situațiile juridice subiective în care subiectele de drept au posibilitatea opțiunii aplicării normelor juridice fiscale. Prevederile de natură fiscală ale celor două Ordonanțe, reglementează în mod evident situații juridice obiective, așa încât, aplicarea unor corecții fiscale mai favorabile reglementate de legea nouă - OUG 66/2011 - unor situații juridice obiective (nereguli) consumate sub imperiul legii vechi - OG 79/2003, nu încalcă principiul constituțional invocat și nici principiul legalității consacrat în materie fiscală.

Diferit de reglementările de ordin fiscal, cele două Ordonanțe conțin și norme de procedură fiscală (ex: constatarea neregulilor, căile de atac), așa încât, sub aspectul activității de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare, legea nouă este de imediată aplicare, cu excepția situației tranzitorii reglementată de art. 66 din OUG 66/2011.

Din perspectiva considerentelor expuse mai sus, Curtea constată legalitatea măsurilor adoptate de pârâtă care a dat eficiență prevederilor OUG 66/2011 - considerată ca fiind lege mai favorabilă reclamantei sub aspectul stabilirii și aplicării corecțiilor fiscale - așa încât, observațiile formulate, în acest sens de reclamantă, vor fi respinse ca nefondate.

Ca o consecință a respingerii acțiunii în anularea actelor administrative, capătul de cerere vizând obligarea pârâtului la restituirea sumelor de bani reprezentând cota parte din valoarea corecțiilor financiare va fi respins ca nefondat.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII, HOTĂRĂȘTE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către Unitatea Administrativ Teritorială - Municipiul Botoșani prin Primar, cu sediul în Botoșani, județul Botoșani și Primăria Municipiului Botoșani prin Primar, cu același sediu, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Contestare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București, cu sediul în București, sector 5.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din data de 4 iunie 2013.

CURTEA DE APEL SUCEAVA
SECȚIA A II - A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 121
Ședința publică din 28 martie 2012

Pe rol, pronunțarea asupra acțiunii în contencios administrativ având ca obiect „contestație act administrativ fiscal” formulată de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul Botoșani - prin Primar cu sediul în Botoșani, județul Botoșani în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția de Control și Verificarea Utilizării de Fonduri Comunitare cu sediul în București. Dezbaterile au avut loc în ședința publică din 21 martie 2012, susținerile părților fiind consemnate în încheierea ședinței de la acea dată, redactată separat, care face parte integrantă din prezenta hotărâre și când, pentru a da posibilitatea reclamantei - prin avocat - să depună concluzii scrise, instanța a amânat pronunțarea pentru astăzi.

DUPĂ DELIBERARE, CURTEA, ASUPRA ACȚIUNII DE FAȚĂ, CONSTATĂ:

Prin cererea înregistrată la aceasta instanță la data de 06.01.2012, reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Botoșani în contradictoriu cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului Direcția de Control și Verificarea Utilizării de Fonduri a solicitat ca prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună:

1. Anularea în parte a Notei de Constatare a Neregulilor și de Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. CA-7284 8/30.09.2011 emisa de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului Direcția Control și Verificare, Utilizare Fonduri Comunitare, și a Deciziei nr. 21 din 14.11.2011 emisa de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului în soluționarea contestației împotriva Notei de Constatare a Neregulilor și de Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. CA- 72848/30.09.2011;
2. Anularea în tot a Notei de Constatare a Neregulilor de Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. CA - 87348/25 nov 2011, emise de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului Direcția Control și Verificare, Utilizare Fonduri Comunitare;
3. Exonerarea de plata sumei de 680.998,24 lei, corecție financiară nelegal stabilită prin nota de constatare nr. CA - 87348/25 nov 2011;
4. Obligarea paratei la plata cheltuielilor de judecată.

În prezentarea situației de fapt, reclamanta arată că în fapt autoritatea emitentă a procedat la efectuarea unei verificări ce a avut drept scop investigarea aspectelor semnalate prin sesizarea Direcției Generale Autoritatea de Management - Programul Operațional Regional - Serviciul Verificare Conformitate Programe și Gestionare Nereguli nr VT 63784/25 08 2011 cu privire la nerespectarea procedurii de atribuire a contractului de lucrări prin impunerea de criterii de calificare și selecție restrictive, respectiv impunerea unui procent de subcontractare. Precizează că au fost avute în vedere :

- contractul de finanțare 83/26.02.2009 cod SMIS 973 în baza căruia a fost asigurată procedura de achiziție a proiectului Reabilitarea și modernizare străzi urbane în Municipiul Botoșani cu o perioadă de implementare de 30 de luni cuprinse între 27 02 2009 - 27 08 2011, bugetul total al investiției conform contractului de finanțare fiind de 43.666.036,14 lei din care: - 30.868.269,90 Lei valoare eligibilă acordată prin FEDR (86.5%), 4.103.874,03 lei valoare eligibilă nerambursabilă din bugetul național (11,5%), 713.717,23 lei contribuția beneficiarului la valoarea eligibilă a proiectului (2%) plus valoare totală TVA aferentă cheltuielii eligibile de 6.688.005,69 lei, beneficiarul proiectului fiind unitatea administrativ teritorială Mun. Botoșani, lucrare în curs de finalizare. În urma verificării documentelor contractului de finanțare și a dosarului achiziției publice, autoritatea administrativă reține că în fișa de date a achiziției la punctul 5.4.4. "Informații privind

subcontractanții asociații", subscrisa în calitatea de autoritate contractantă a impus ca cerința minimă "ofertantul nu va subcontracta lucrări în proporție mai mare de 40 %".

1. Reține emitentul actului administrativ că prin aceasta ar fi fost nesocotite dispozițiile art. 178 alin 2 din OUG 34/2006 potrivit cu care se interzice autorității contractante de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/ sau la capacitatea tehnică și profesională care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire.

2. Se reține de asemeni că și în situația în care impune o cerința minimă de calificare, subscrisa trebuia să fie în măsură să motiveze aceasta cerința prin elaborarea unei note justificative care se atașează la dosarul achiziției publice conchizând ca deși exista o asemenea notă justificativă aceasta nu asigură o motivare /justificare suficientă fapt care determină reținerea unei restricționări a participării la procedura de achiziție a celor interesați.

3. De asemeni se reține ca autoritatea contractanta nu a precizat în anunțul de participare 75805/17 04 2009 nici o informație în legătura cu impunerea unui procent de subcontractare potrivit cu art. 178 alin 1 din OUG 34/2006.

Urmare acestor constatări, apreciate ca nereguli, subscrisa este sancționată prin aplicarea unei corecții financiare de 3.404.001,21 lei adică aprox. 784.560. Euro. S-a avut în vedere corecția /sanctiunea cuprinsă între 5%- 25% din valoarea contractelor atribuite pentru neregula prevăzută de pct. 1.5 din Anexa I din OUG 66/2011 constând în nedeclararea tuturor criteriilor de calificare și selecție a factorilor de evaluare în documentația de atribuire sau în anunțul de participare pentru nedeclararea tuturor criteriilor de calificare și selecție , conform principiului transparenței. S-a avut în vedere corecția /sanctiunea de 25% din valoarea contractelor atribuite pentru neregula prevăzută de pct. 1.7 din Anexa I din OUG 66/2011 constând în stabilirea în documentația de atribuire sau anunțul de participare a unor criterii de calificare și selecție sau a unor factori de evaluare nelegali pentru stabilirea unor criterii de calificare nelegale. Considerându-se constatate mai multe încălcări în cadrul aceleiași proceduri de achiziție, corecțiile financiare necumulându-se, s-a aplicat corecția maximă indicată la pct. 1.7 la Anexa I de 25 % 3.404.001,21 lei ce urmează a fi plătiți din bugetul local în termen de 30 zile de la comunicarea notei ce are valoare de titlu executor fără somație ori alte proceduri prealabile.

Împotriva notei de constatare - act de autoritate - reclamanta arată că a formulat contestația administrativă prevăzută de OUG nr. 66/2011 înregistrată sub nr. 79398/ 25 oct 2011 la Comisia de soluționare a contestației din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului. Ulterior înregistrării contestației a solicitat suspendarea executării notei de constatare prin cererea ce formează obiectul dosarului 1088/39/2011 pe rolul Curții de Apel Suceava, iar prin decizia 21/14 nov 2011 Comisia de soluționare a contestației din cadrul Min. Dezvoltării Regionale și Turismului a admis în parte contestația și a înlăturat neregula privind limitarea subcontractării la 40% din valoarea contractului ca justificată prin referatele tehnice de specialitate existente în dosarul de achiziție.

S-a menținut însă nota de constatare inițială cu privire la neregula privind încălcarea principiului transparenței conform cu art. 2 alin 2 lit. d) din OUG nr. 34 din 2006, neregulă pt. care s-a stabilit o corecție financiară în cuantum de 5% conform cu pct. 1.5 din Anexa I la OUG 66/2011, corecție a cărui cuantum a fost stabilit la nivelul sumei de 680 998.24 lei compusă din corecția financiară efectivă plus TVA aferent. În baza Deciziei 21/14 nov 2011, Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare, a emis cea de a doua Nota de Constatare a Neregulilor și de Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. CA- 87348/25 nov 2011, prin care i s-a aplicat corecția financiară în cuantum 680 998,24 lei. Precizează că împotriva celei de a doua note de constatare nu se mai poate formula contestație întrucât este rezultatul unei contestații soluționate prin decizia Comisiei de Soluționare a Contestației (conform OUG 66/2011 și

a adresei emise de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului și înregistrata la Primăria Botoșani sub nr. 23325/2 dec 2011).

Prin sentința Curții de Apel Iași pronunțată la 19 dec 2011 în dosarul 1088/39/2011 s-a dispus suspendarea executării celor doua note de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare.

Cauzele de nelegalitate prezentate de reclamantă:

1. Încălcarea principiului neretroactivității legii, a principiului legalității incriminării și a principiului previzibilității și predictibilității legii. Se susține ca OUG nr. 66/2011 are ca obiect sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene astfel cum rezulta din titlul sau, aplicarea retroactiva a unor masuri sancționatorii prevăzute de aceasta reglementare pentru acte și fapte produse anterior intrării ei în vigoare, reprezintă o violare a principiului legalității incriminării și a principiului neretroactivității legii. Potrivit cu art. 15 alin. 2 din Constituția României "legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile". Principiul neretroactivității legii civile este regula juridică potrivit căreia o lege civilă se aplică numai situațiilor ce se ivesc în practica după adoptarea ei, iar nu și situațiilor anterioare, trecute. Principiul aplicării imediate a legii civile noi este regula de drept potrivit cu care de îndată ce a fost adoptată legea nouă se aplică tuturor situațiilor ivite după intrarea ei în vigoare, potrivit adagiului *tempus regit actum*.

Principiul legalității incriminării presupune ca sancțiunea aplicată indiferent de natura ei să fie prevăzută de lege la data săvârșirii faptei, în speța la data producerii neregulii, nimeni neputând să fie expus consecințelor unei sancțiuni care nu era prevăzută de lege în momentul producerii faptei sancționabile. Respectarea principiului legalității incriminării se impune urmare a caracterului sancționator al OUG nr. 66/2011 ce rezulta din chiar titlul sau (OUG 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora).

Acest principiu se regăsește înscris în art. 2 alin. 2 din Regulamentul 2998/18.12.1995 privind protecția intereselor financiare ale UE conform cu care "Nicio sancțiune administrativă nu poate fi impusă în absența unor dispoziții în acest sens prevăzute într-un act comunitar emis anterior abaterii respective. În cazul modificării ulterioare a dispozițiilor care, impun sancțiuni administrative și care sunt incluse în normele comunitare, se aplică retroactiv dispozițiile mai favorabile". Astfel cum rezultă din Notele de constatare, temeiul legal al constatării neregulilor și aplicării corecțiilor financiare îl constituie OUG nr. 66/2011, dispoziții legale ce nu erau în vigoare la data încheierii: contractului de finanțare 83/26.02.2009 cod SMIS 973, nici la data declanșării procedurii de achiziție publică și nici la data finalizării procedurii prin încheierea contractelor pentru cele trei loturi.

În continuare, reclamanta constată ca OUG nr. 66/2011 intrată în vigoare la 30.06.2011 a fost aplicată unor acte și fapte juridice încheiate anterior apariției legii, fapt ce încalcă principiul neretroactivității legii, principiul legalității incriminării, principiul predictibilității și previzibilității legii, justificând solicitarea noastră de a dispune anularea acesteia. În acest sens, reclamanta mai invocă Recomandarea 2004/5 a Comitetului de Miniștri UE cu privire la compatibilitatea legii naționale cu practicile administrative și standardele CEDO; art. 7 CEDO; art. 2 din Codul Penal; art. 15 alin 2 Constituția României; art. 1, art. 2 din OG 2/2001, care impun principiul legalității normei de sancționare indiferent de natura acesteia.

Mai susține că înlăturarea acestei apărări prin Decizia 21 din 14.11.2011 este nejustificată și atrage nelegalitatea în parte a deciziei care, nesocotind principiul neretroactivității legii civile a făcut aplicarea dispozițiilor art. 1 pct. 5 din Anexa la OUG nr. 66/2011, în condițiile în care la data

săvârșirii pretinsei abateri ordonanța de stabilire Corecțiilor financiare nu erau în vigoare. Afirmă că încălcarea principiului neretroactivității legii civile și al nelegalității incriminării, fie ca este vorba de sancțiuni penale sau civile (ca în cazul de fata), s-a produs și cu ocazia emiterii celei de a doua nota de constatare prin care s-a reținut doar o singură neregulă și s-a aplicat corecția financiară prevăzută de pct. 1.5 din Anexa la OUG 66/2011 reprezentând 5% din valoarea contractului de finanțare plus TVA, fapt ce constituie de asemeni o cauză de nelegalitate și al celui de al treilea act de autoritate emis de pârâtă.

2. Neîndeplinirea condițiilor cumulative ale noțiunii de neregulă prevăzute de art. 2 lit. a din OUG nr. 66/2011. În susținerea acestei cauze de nelegalitate reclamanta pornește de la definiția de la art. 2 lit. a din OUG nr. 66/2011 care prin neregula înțelege "orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit". Pentru a fi în ipoteza textului, pe lângă acțiunea sau omisiunea de la legalitate sau regularitate se impune condiția prejudicierii efective sau crearea premizelor iminente ca fondurilor europene să fie expuse prejudicierii printr-o sumă plătită necuvenit.

Numai în măsura în care sunt îndeplinite cumulativ aceste condiții există justificarea aplicării unei sancțiuni de natura corecției stabilite de autoritatea administrativă. Practic Notele de Constatate se opresc doar la a identifica pretinse abateri fără a analiza dacă acestea au vreun impact asupra bugetului Uniunii sau dacă urmare a pretinselor săvârșiri a lor s-a produs plata vreunei sume necuvenite de către beneficiar și în ce cuantum. Nu orice abatere de la regularitate poate să atragă sancțiunea corecției impusă prin Anexa I la lege ci doar acele abateri cu potențial prejudiciabil sau care au produs efectiv un prejudiciu constând într-o sumă plătită necuvenit. Din prezentarea de motive a legii rezulta că sunt urmărite situații ce presupun conflicte de interese așa cum s-au semnalat în presa de specialitate, ceea ce nu este cazul în speță.

Faptul că din dosarul de achiziții nu rezulta contestarea de către ofertanți a nici uneia dintre împrejurările ce au fost considerate nereguli este o dovadă a faptului că nu s-a produs lezarea unui drept sau interes legitim al acestora și cu atât mai puțin lezarea fondurilor europene protejate prin adoptarea dispozițiilor OUG nr. 66/2011. Reclamanta apreciază că a fost nesocotit și principiul proporționalității definit de art. 2 lit. n din OUG 66/2011 conform cu care orice măsură administrativă adoptată trebuie să fie adecvată, necesară și corespunzătoare scopului urmărit, atât în ceea ce privește resursele angajate în constatarea neregulilor, cât și în ceea ce privește stabilirea creanțelor bugetare rezultate din nereguli, ținând seama de natura și frecvența neregulilor constatate și de impactul financiar al acestora asupra proiectului/programului respectiv. Cum un asemenea impact nu a fost relevat prin nici una din Notele de constatare și nici prin Decizia de soluționare a contestațiilor aplicarea corecției financiare este nejustificată și atrage nelegalitatea celor 3 acte de autoritate emise de pârâtă.

3. Interpretarea și aplicarea greșită a dispozițiilor sancționatorii prevăzute prin pct.1.5 din anexa I la OUG 66/2011. Pentru a susține această cauză de nelegalitate, reclamanta precizează că prin decizia 21/14.11.2011 Comisia de soluționare a contestației a reținut că întemeiate criticile formulate de subscrisa cu privire la inexistența unei neregularități privind impunerea cerinței ca subcontractarea să nu depășească 40% din valoarea achiziției criteriu considerat prin nota de constatare inițială că ar conduce la restricționarea participării în dezacord cu art. 178 alin. 2 din OUG nr. 34/2006, fiind înlăturată această neregularitate.

Afirma că în mod eronat atât prin prima Nota de Constatare cât și prin decizia de soluționare a contestației și Nota de Constatare subsecventa, pârâta reține fără temei, existența neregulii constând în nedeclararea tuturor criteriilor de calificare și selecție în anunțul de participare, omisiune sancționată conform cu pct. 1.5 din Anexa I la OUG 66/2011.

Potrivit cu pct. 1.5 din Anexa I OUG 66/2011, pot atrage aplicarea unei corecții financiare nedeclararea tuturor criteriilor de calificare și selecție și a factorilor de evaluare în documentația de atribuire SAU în anunțul de participare. Potrivit textului nedeclararea criteriilor este considerată săvârșită în măsura în care acestea nu se găsesc fie în documentația de atribuire fie în anunțul de participare. Per a contrario atunci când criteriul este indicat în unul din documentele alternative impuse de lege, condiția publicității și a respectării principiului transparenței este îndeplinită.

În Fisa de date a achiziției ce face parte din documentația de atribuire este indicat la pct. 5.4.4 din Fisa de date "Informații privind subcontractanții" cerința minimă: Ofertantul nu va subcontracta lucrările în proporție mai mare de 40 %". Documentația de atribuire în care se găsește fisa de achiziție (vol I pag 14/131) a fost pusă la dispoziția tuturor persoanelor interesate. Faptul că pe SEAP nu a fost înscris acest criteriu nu s-a datorat vreunei culpe a reclamantei, ci a limitelor de atunci a semnelor grafice admise în sistemul informatizat de publicitate. Mai mult decât atât, neindicarea acestui criteriu din motivul precizat anterior, nu s-a constituit vreoa cauză de restricționare de natură să aducă atingere vocației celor interesați de a se înscrie în procedura de achiziție publică. Cei interesați de achiziția publicată pe SEAP au luat cunoștința de toate criteriile de calificare care erau înscrise în documentația de atribuire considerată o modalitate de publicitate de natură să asigure îndeplinirea principiului transparenței reținut în mod greșit ca încălcat. În drept, reclamanta a invocat Legea nr. 554/2004 și OUG nr. 66/2011. În dovedire a solicitat administrarea probei cu înscrisuri.

Prin întâmpinare, pârâtul a solicitat să se respingă ca rămas fără obiect capătul de cerere care vizează anularea în parte a Notei de Constatare a Neregulilor nr. 72848/30.09.2011 și să respingă ca nefondate capetele de cerere care vizează anularea Notei de Constatare a Neregulilor nr. 87348/25.1.1.2011, anularea în parte a Deciziei nr. 21/14.11.2011 și exonerarea de la plată sumei de 680.998,24 lei. Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul Botoșani a formulat Contestație împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA - 72848/30.09.2011 aferentă contractului de finanțare 83/26.02.2009 cod SMIS 973, cu titlul "Reabilitarea și modernizare străzi urbane în Municipiul Botoșani" care a fost înregistrată la Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului sub nr. 79398/25.10.2011. Contestația formulată de către Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul Botoșani împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA - 72848/30.09.2011 a fost soluționată prin intermediul Deciziei nr. 21/14.11.2011.

Conform Deciziei nr. 21/14.11.2011 s-a dispus: "anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA - 72848/30.09.2011 contestate (...) emiterea unei Note de constatare care să țină cont strict de considerentele Deciziei Comisiei de soluționare a Contestației, urmând a se stabili o corecție în cuantum de 5%". Raportat la aspectele prezentate, pârâtul susține faptul că Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA - 72848/30.09.2011 a cărei anulare în parte se solicită în prezenta speță a rămas fără obiect.

1. Cu privire la principiul neretroactivității legii civile conform căruia o lege civilă se aplică numai situațiilor care se ivesc în practică după intrarea ei în vigoare arată ca OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, a fost publicată în M.O. nr.461/30.07.2011, data la care a fost abrogată OG nr. 79/2003.

În art. 65 din ordonanța se precizează că "orice referire în actele normative existente la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență la Ordonanța Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare, și orice trimitere la actul normativ menționat se vor considera ca referire/trimitere la prezenta ordonanță de urgență și/sau la secțiunile corespunzătoare din prezenta ordonanță de urgență, după caz", precum și faptul că art. 66 precizează că "Activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare".

Deoarece O.U.G. nr. 66/2011 a intrat în vigoare la data de 03.07.2011, legea aplicabilă controlului Direcției Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare, efectuat în baza Ordinului ministrului nr. 2286/29.08.2011, în perioada 29.08.2011-30.09.2011, este OUG 66/2011, și nu Ordonanța Guvernului nr. 79/2003. Mai precizează paratul că sancțiunea din Ordonanța Guvernului nr. 79/2003, în cazul constatării unei abateri de la legalitate, ar fi fost declararea ca neeligibile a cheltuielilor efectuate în cadrul proiectului, cu alte cuvinte o corecție de 100%.

Indiferent de momentul identificării neregulilor în utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, încălcarea legii se sancționează. Abaterile de la prevederile legislației naționale și comunitare sunt sancționate în baza legii specifice aplicabile la data efectuării controlului, însă calificarea abaterii se realizează prin raportare la dispozițiile legale incidente la momentul la care faptele și actele juridice s-au produs. Interpretarea acestor prevederi legale rezultă din situația de excepție a activității de control, controlul având caracter ulterior, inclusiv înlăuntrul termenului de prescripție extintivă.

2. În legătură cu cauza de nelegalitate prezentată la punctul 2 din acțiune, pârâțul susține, în esență că, afirmația reclamantei că abaterea săvârșită nu trebuia să atragă sancțiunea corecției întrucât nu a avut impact asupra bugetului Uniunii nu poate fi reținută, întrucât în conformitate cu prevederile art. 21 din OUG 66/2011, activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare/corecțiilor financiare se desfășoară de către structurile/echipele de control ca urmare a sesizărilor primite de autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care privesc programele pe care le gestionează.

3. Cu referire la cauzele de nelegalitate prezentate de reclamanta la punctul 3, paratul arată ca în urma controlului s-a constatat încălcarea principiului transparenței în conformitate cu art. 2 alin. 2 lit. d din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, deci este nefondată susținerea faptului că constituie abatere nedeclararea tuturor criteriilor de calificare și selecție în măsura în care acestea nu se regăsesc fie în documentația de atribuire fie în anunțul de participare.

4. Constatându-se încălcarea legislației privind achizițiile publice și, pe cale de consecință, abaterea de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, (aplicabile la momentul derulării procedurii de achiziție), s-a identificat o neregulă în conformitate cu prevederile art.2 alin. 1 lit. a din OUG nr. 66/2011, după efectuarea plăților către beneficiari și în conformitate cu prevederile art. 28 din ordonanță s-a calculat valoarea creanței bugetare prin aplicarea procentului de corecție de 5% la sumele care au fost plătite deja beneficiarului, în conformitate cu OUG nr. 66/2011 — punctul 1.5 din Anexa.

Analizând actele și lucrările dosarului, precum și dispozițiile legale aplicabile cauzei, instanța reține: La data de 26.02.2009 între părți s-a încheiat Contractul de finanțare cu nr. 86 prin care pârâțul a acordat reclamantului o finanțare nerambursabilă în valoare totală de 43.666.036,14 lei pentru implementarea proiectului nr. cod SIMS 973 intitulat „Reabilitare și modernizare străzi urbane în municipiul Botoșani” (art. 2 și 3 din contract - filele 64-78 dosar). Prin același art. 2 din Contract s-a

stabilit ca începerea implementării proiectului este ziua următoare intrării lui în vigoare, iar perioada de implementare este de 30 luni. Pentru executarea lucrărilor, reclamantul a urmat procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, prin „licitație deschisă” potrivit reglementarilor din OUG nr. 34/2006, finalizată prin încheierea a trei contracte la data de 23.07.2009.

La data de 23.09.2011, Direcția de Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare, în urma verificărilor făcute asupra procedurii de atribuire a contractului de lucrări, a emis Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA - 72848/30.09.2011 (filele 9-17 dosar). Prin acest act s-a constatat că s-au încălcat dispozițiile art. 45 alin. 1 și 2 din OUG nr. 34/2006 prin faptul că reclamantul, în calitate de autoritate contractantă, în fișa de date a achiziției, la punctul 5.4.4. „Informații privind subcontractantul/asociații” a prevăzut o cerință minimă de calificare, și anume că „ofertantul nu va subcontracta lucrările în proporție mai mare de 40%” și această cerință nu este menționată în nota justificativă nr. 7270/15.04.2009. Structura de control a concluzionat că în aceasta modalitate s-a încălcat principiul transparenței prevăzut de art. 2 alin. 2 lit. d din OUG nr. 34/2006, ca aceasta abatere de la reglementările în vigoare constituie o neregulă în utilizarea fondurilor europene și se impune aplicarea de corecții financiare.

Ca urmare, nedeclararea tuturor criteriilor de calificare și selecție, conform principiului transparenței, în anunțul de participare, s-a considerat a fi abaterea prevăzută de pct. 1.5 din Anexa la OUG nr. 66/2011 constând în „Nedeclararea tuturor criteriilor de clasificare și selecție și a factorilor de evaluare la documentația de atribuire sau în anunțul de participare”, iar stabilirea unor criterii de calificare nelegale s-a considerat a fi abaterea prevăzută de pct. 1.7 din Anexa la OUG nr. 66/2011, constând în „Stabilirea în documentația de atribuire sau în anunțul de participare a unor criterii de calificare și selecție sau a unor factori de evaluare nelegali”. Corecția financiară pentru prima abatere fiind de 5%-25% iar pentru cea de-a doua de 25% s-a aplicat corecția maximă de 25%, însemnând 3.404.991,20 lei.

Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA - 72848/30.09.2011, a fost contestată în procedura administrativă și prin Decizia nr. 21/14.11.2011, Comisia de soluționare a contestației numită prin Ordin de Ministru Dezvoltării Regionale și Turismului a admis capătul de cerere privind limitarea subcontractării și a respins ca nefondat capătul de cerere privind încălcarea principiului transparenței. Totodată s-a înlăturat corecția financiară pentru abaterea prevăzută de pct. 1.7 din Anexa la OUG nr. 66/2011 și s-a stabilit o corecție de 5% pentru abaterea prevăzută de pct. 1.5 din Anexa la OUG nr. 66/2011. Prin aceeași Decizie nr. 21/14.11.2011 s-a dispus: „anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA - 72848/30.09.2011 contestate (...) emiterea unei Note de constatare care să țină cont strict de considerentele Deciziei Comisiei de soluționare a Contestației, urmând a se stabili o corecție în cuantum de 5%”.

În consecință, Direcția de Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare a emis Nota de Constatare a Neregulilor de Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. CA - 87348/25.11.2011. Pornind de la faptul că Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA - 72848/30.09.2011 a fost anulată prin decizia de soluționare a contestației, pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului a invocat excepția lipsei de obiect a acestui capăt de cerere. Legat de acest aspect, instanța reține că potrivit prevederilor art. 112 pct. 3 Cod procedura civilă, cererea de chemare în judecată trebuie să cuprindă, printre altele, obiectul cererii, prin care se înțelege pretenția concretă a reclamantului.

Nerespectarea dispozițiilor procedurale privitoare la conținutul cererii de chemare în judecată atrage consecința prevăzută în art. 133 alin. 1 Cod procedura civilă, respectiv anularea cererii. Deci, lipsa obiectului, ca element esențial al cererii, este sancționată în mod expres cu nulitatea cererii

introduse de instanță. Lipsa de obiect, ca motiv de respingere a unei acțiuni, intervine și atunci când pe parcursul soluționării cauzei, pârâtul realizează pretenția concretă dedusă judecății. Dar o asemenea realizare, adică anularea actelor supuse controlului de legalitate nu a avut loc nici până la depunerea întâmpinării și nici până la soluționarea în fond a cauzei. Or, interesul reclamantului este de a supune controlului de legalitate, toate actele administrativ fiscale emise de pârât, cu atât mai mult cu cât în ipoteza anularii Deciziei date în soluționarea contestației și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare subsecvente, s-ar supune riscului repunerii în vigoare a notei inițial întocmite.

Față de aceste împrejurări, se apreciază că excepția lipsei de obiect nu este întemeiată și va fi respinsă ca atare.

1. Prima cauza de nelegalitate abordată de reclamantă se refera la Încălcarea principiului neretroactivității legii, a principiului legalității incriminării și a principiului previzibilității și predictibilității legii. Pentru a clarifica acest aspect, respectiv al existenței sau inexistenței unui conflict de legi în timp se impun a fi făcute mai multe precizări. Contractul de finanțare nr. 86 s-a încheiat între părți la data de 26.02.2009, data la care era în vigoare OG nr. 79/2003. Prin art. 65 din OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, publicată în MO nr. 461/30.06.2011, OG nr. 79/2003 a fost abrogată expres.

Este adevărat că potrivit art. 66 din OUG nr. 66/2011 *Activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare* dar, în opinia instanței acest articol are aplicare numai în privința procedurii de constatare și raportare a neregulilor, organizării și stabilirii atribuțiilor structurilor/echipelor de control, condițiilor de fond și formă ale procesului-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare, a căilor de atac împotriva acestor acte administrative, etc.

În același sens, este și voința legiuitorului care în art. 2 alin 6 și 7 stabilește că *“Notei de constatare a neregulilor și de aplicare a corecțiilor financiare i se aplică toate prevederile prezentei ordonanțe de urgență aplicabile procesului-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare. Activității de stabilire a corecțiilor financiare i se aplică toate prevederile prezentei ordonanțe de urgență aplicabile activității de stabilire a creanțelor bugetare”*, ceea ce înseamnă că s-a făcut o distincție clară între procedurile de constatare a neregulilor și încălcarea obligațiilor asumate de beneficiarul fondurilor nerambursabile.

Controversa poartă însă asupra sancțiunii aplicabile unei încălcări a dispozițiilor contractuale, calificată ca „neregulă” săvârșită înainte de intrarea în vigoare a OUG nr. 66/2011, și anume în perioada derulării procedurii de achiziție publică, finalizată la data, de 23.07.2009. Potrivit art. 15 alin. 2 din Constituție „Legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile”. Potrivit regulii constituționale, în doctrina juridică s-a afirmat că o lege nouă nu poate aduce atingere situațiilor juridice definitiv formate (constituite, modificate sau stinse) și nici efectelor produse înainte de intrarea ei în vigoare. S-a afirmat de asemeni că dispozițiile unei legi noi se aplică doar actelor și faptelor juridice încheiate, produse sau săvârșite după intrarea ei în vigoare.

Așa cum prevede textul constituțional, de la principiul neretroactivității legii există și excepții și anume legea penală sau contravențională mai favorabilă. Pentru a stabili dacă sancțiunea corecțiilor financiare se încadrează în situația de excepție prevăzută în teza finală a art. 15 alin. 2 din Constituție, instanța reține că potrivit definiției date de art. 2 lit. o din OUG nr. 66/2011 corecțiile financiare sunt **„măsurile administrative luate de autoritățile competente, în**

conformitate cu prevederile prezentei ordonanțe de urgență, care constau în excluderea de la finanțarea din fonduri europene și/sau fonduri publice naționale aferente acestora a cheltuielilor pentru care a fost constatată o neregulă".

Aceste măsuri administrative au fost reglementate pentru săvârșirea de către beneficiarul fondurilor nerambursabile a unor „nereguli în aplicarea de către beneficiari a prevederilor privind procedurile de achiziție publică, fie în raport cu reglementările naționale în vigoare în domeniul achizițiilor publice, fie cu procedurile specifice de achiziții aplicabile beneficiarilor privați” împrejurare în care „se emit note de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare”, așa cum prevede art. 27 din ordonanță.

Abaterile pentru care se aplică corecții financiare sunt descrise în anexa la OUG nr. 66/2011 și nu au fost reglementate în dispozițiile ordonanței abrogate. Din textele menționate rezultă că aplicarea măsurilor administrative deși, sunt urmarea unor abateri de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit (conform definiției date de art.2 lit. a din ordonanță) reprezintă un ilicit juridic diferit de ilicitul penal sau contravențional.

Prin urmare, teza finală a art. 15 alin. 2 din Constituție, nu poate fi considerată ca aplicabilă. Inaplicabilitatea sancțiunilor administrative prevăzute de OUG nr. 66/2011, este impusă și de dispozițiile art. 2 alin. 2 din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2988/95 al Consiliului din 18 decembrie 1995 privind protecția intereselor financiare ale Comunităților Europene, aplicabil conform art. 148 alin. 2 din Constituție. Potrivit acestor dispoziții „Nici o sancțiune administrativă nu poate fi impusă în absența unor dispoziții în acest sens prevăzute într-un act comunitar emis anterior abaterii respective. În cazul modificării ulterioare a dispozițiilor care impun sancțiuni administrative și care sunt incluse în normele comunitare, se aplica retroactiv dispozițiile mai favorabile”. Or, sancțiuni administrative sub forma corecțiilor financiare și descrierea faptelor ce constituie abateri, nu au avut o reglementare anterioară, pentru a se pune problema aplicării legii mai favorabile.

Legat de acest aspect, instanța nu poate reține caracterul mai favorabil al aplicării corecțiilor financiare față de restituirea integrală a fondurilor nerambursabile, aplicată ca sancțiune pentru săvârșirea unei nereguli și prevăzută în OG nr. 79/2003. Aceasta pentru că efectele aplicării celor două sancțiuni sunt diferite. Astfel, în baza dispozițiilor OG nr. 79/2003 constatarea unei nereguli era urmată de obligarea beneficiarului fondurilor nerambursabile la restituirea integrală a fondurilor obținute. Dar, restituirea fondurilor era urmarea rezilierii/rezoluțiunii unilaterale a contractului de finanțare, ceea ce presupune desființarea contractului, și deci încetarea efectelor lui (îndeplinirii drepturilor și obligațiilor corelative).

În reglementarea OUG nr. 66/2011, corecțiile financiare sunt sancțiuni care nu au efect asupra efectelor contractului, părțile fiind ținute în continuare să-și îndeplinească drepturile și obligațiile asumate. De altfel, aplicării corecțiilor financiare stabilite de OUG nr. 66/2011, i se opune și principiul stabilității securității juridice care impune ca o dispoziție legală să permită celor interesați să cunoască cu exactitate întinderea obligațiilor ce le sunt impuse. Cei cărora o dispoziție legală li se adresează, trebuie să aibă posibilitatea să își cunoască în mod neechivoc drepturile și obligațiile și să procedeze în consecință.

CJCE a statuat că „Imperativul securității juridice se impune cu o rigoare deosebită în cazul în care o reglementare poate avea implicații financiare (Cauza C-94/05, pct. 43). Or, reclamanta nu era în

măsură să cunoască în mod neechivoc drepturile și obligațiile sale legate de aplicarea prevederilor privind procedurile de achiziție publică, deoarece obligația de a implementa Proiectul „ în conformitate cu prevederile prezentului contract și ale legislației naționale și comunitare în vigoare” exprimă obligații generice și mult prea vagi față de specificitatea abaterilor descrise în anexa la ordonanța de urgență.

În același sens s-a exprimat și CJCE în Cauza C-158/06: „atunci când condițiile de acordare a unui sprijin financiar oferit de UE unui stat membru sunt enunțate în decizia de acordare, dar nu au fost nici publicate, nici comunicate de acest stat membru beneficiarului final al sprijinului, dreptul comunitar nu se opune aplicării principiului securității juridice în sensul împiedicării restituirii de către acest beneficiar al sumelor plătite necuvenit, cu condiția să fie constatată buna - credință a beneficiarului menționat”. Dar, în aceeași cauză s-a apreciat că nu există culpa beneficiarului (și în consecință nici reaua-credință) atunci când beneficiarul nu a avut posibilitatea de a cunoaște în mod neechivoc, cu exactitate, drepturile și obligațiile care îi revineau. În consecință, aplicarea unei corecții financiare, pentru o abatere ce nu era descrisă la data încheierii contractului și nici la data derulării procedurii de achiziție publică, încalcă atât dispozițiile art. 15 alin. 2 din Constituție cât și dispozițiile art.2 alin. 2 din Regulamentul nr. 2988/95 precum și principiul securității juridice.

2. A doua cauză de nelegalitate invocată de reclamantă se referă la neîndeplinirea condițiilor cumulative ale noțiunii de neregulă, așa cum este definită de prevăzute de art. 2 lit. a din OUG nr. 66/2011 și aplicarea greșită a dispozițiilor pct. 1.5 din același act normativ. Potrivit acestui text de lege prevăzute de art. 2 lit. a din OUG nr. 66/2011 prin neregulă se înțelege *„orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o suma plătită necuvenit”*.

Din textul enunțat rezultă că pentru a atrage răspunderea beneficiarilor fondurilor nerambursabile este necesară îndeplinirea mai multor condiții cumulative:

- Să existe o abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene sau cu prevederile contractului;
- Abaterea să constea într-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene;
- Acțiunea sau inacțiunea beneficiarului să fi prejudiciat sau să poată prejudicia bugetul Uniunii Europene.

Deși în sarcina reclamantei s-a reținut săvârșirea unei „nereguli” parata nu a dovedit în nici un fel că inacțiunea reclamantei legată de săvârșirea abaterii prevăzută de pct. pct. 1.5 din Anexa la OUG nr. 66/2011 constând în „Nedeclararea tuturor criteriilor de clasificare și selecție și a factorilor de evaluare în documentația de atribuire sau în anunțul de participare” a cauzat un prejudiciu sau este aptă să producă în viitor un astfel de prejudiciu. Pârâta nu face nici o referire cu privire la această condiție de atragere a răspunderii beneficiarei fondului nici în notele de control, nici în decizia de soluționare a contestației și nici în apărările prezentate în instanță, cu toate că reclamanta a invocat constant această cauză de nelegalitate.

În ce privește aplicarea greșită a dispozițiilor pct. 1.5 din Anexa la OUG nr. 66/2011, instanța reține că potrivit textului legal, este considerată abatere și atrage aplicarea unei corecții financiare *Nedeclararea tuturor criteriilor de selecție și a factorilor de evaluare în documentația de atribuire sau în anunțul de participare”*.

Din interpretarea gramaticală a dispoziției citate, rezultă că obligația beneficiarului de a declara toate criteriile de selecție și toți factorii de evaluare, în *documentația de atribuire sau în anunțul de participare*, prin folosirea de către legiuitor a conjuncției „sau” leagă noțiuni care se exclud ca alternative. Prin urmare, prin declararea fie în documentația de atribuire, fie în anunțul de participare, a criteriilor de selecție și factorilor de evaluare, beneficiarul fondului nerambursabil își îndeplinește obligația prevăzută de lege. În cauză, reclamanta a declarat în documentația de atribuire la pct. 5.4.4. (fila 114 dosar) „Informații privind subcontractanții” cerința minimă: Ofertantul nu va subcontracta lucrările în proporție mai mare de 40%, ceea ce înseamnă că a îndeplinit cu prisosință una din obligațiile alternative.

Documentația de atribuire a fost pusă la dispoziția persoanelor interesate, iar criteriile de selecție nu au fost contestate de ofertanți. În aceste împrejurări nu se poate reține că nedeclararea criteriilor de selecție și a factorilor de evaluare și în anunțul de participare, a încălcat principiul transparenței deoarece acest principiu presupune punerea la dispoziția celor interesați a tuturor informațiilor referitoare la aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică. Mai mult de atât, nu se poate reține reaua credință a reclamantei, și în consecință culpa acesteia, atât timp cât nedeclararea criteriilor de selecție în anunțul de participare, s-a datorat unei cauze obiective, și anume a limitării semnelor grafice admise în sistemul informatizat de publicitate SEAP. Considerentele de mai sus relevă neîndeplinirea cumulativă a condițiilor pentru a reține în sarcina reclamantei săvârșirea vreunei „nereguli” dar și o interpretare eronată a abaterii pentru care s-a aplicat corecția financiară.

În consecință, instanța constată că actele administrativ fiscale supuse controlului de legalitate nu sunt conforme cu dispozițiile constituționale și celelalte dispoziții legale în aplicarea cărora sunt ernise, astfel încât în temeiul art. 18 din Legea nr. 554/2004 va dispune respingerea excepției rămânerii fără obiect a capătului de cerere privind anularea în parte a Notei de Constatate a Neregulilor nr.72848/30.09.2011, ca nefondată, admiterea acțiunii, anularea în parte Notei de Constatate a Neregulilor și de Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. CA - nr.72848/30.09.2011 emisă de MDRT - DCVUFC, anularea în parte Deciziei nr. 21/14 noiembrie 20.11 a MDRT -- Comisia de Soluționare a Contestației împotriva Notei de Constatate a Neregulilor nr.72848/30.09.201.1, anularea Notei de Constatate a Neregulilor de Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. CA - 87348/25 noiembrie 2011 emisă de MDRT - DCVUFC și exonerarea reclamantei de plata sumei de 680.998,24 lei.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Respinge excepția rămânerii fără obiect a capătului de cerere privind anularea în parte a Notei de Constatate a Neregulilor nr.72848/30.09.2011, ca nefondată. Admite acțiunea în contencios administrativ având ca obiect „contestație act administrativ fiscal” formulată de reclamanta **Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul Botoșani** - prin Primar cu sediul în Botoșani, județul Botoșani în contradictoriu cu pârâțul **Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția de Control și Verificarea Utilizării de Fonduri Comunitare** cu sediul în București.

Anulează în parte Nota de Constatate a Neregulilor și de Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. CA.-nr.72848/30.09.2011 emisă de MDRT - DCVUFC. Anulează în parte Decizia nr. 21/14 noiembrie 2011 a MDRT - Comisia de Soluționare a Contestației împotriva Notei de Constatate a Neregulilor nr.72848/30.09.2011. Anulează Nota de Constatate a Neregulilor de Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. CA-87348/25 noiembrie 2011 emisă de MDRT - DCVUFC. Exonerează reclamanta de plata sumei de 680.998,24 lei.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din 28 martie 2012.

Dosar nr. 1077/44/2011

CURTEA DE APEL GALAȚI
SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINTA Nr. 40/2012
Ședința publică de la 24 Ianuarie 2012

Pentru astăzi fiind amânată pronunțarea acțiunilor conexe formulate de reclamantul CONSILIUL JUDEȚEAN BRAILA, cu sediul în jud. Brăila, în contradictoriu cu pârâta MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI - DIRECȚIA DE CONTROL ȘI VERIFICARE, UTILIZARE FONDURI COMUNITARE, cu sediul în București, având ca obiect anulare act administrativ. Dezbaterile au avut loc în ședința publică din data de 16 ianuarie 2012 care au fost consemnate în încheierea din aceeași zi, când instanța având nevoie de timp pentru deliberare, amână pronunțarea cauzei la data de 18 ianuarie 2012.

CURTEA ASUPRA ACȚIUNII DE FAȚĂ

Prin cererea înregistrată pe rolul Curții de Apel Galați sub nr. 1077/44/2011, reclamantul Consiliul Județean Brăila în contradictoriu cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului a solicitat anularea titlului de creanță, nota de constatare înregistrată sub nr. CA 60057/2011 încheiată de Direcția de control și verificare, utilizare fonduri comunitare din cadrul M.D.R.T la data de 04.08.2011.

În motivarea acțiunii, reclamantul a arătat că, în baza O.M.D.R.T. nr.2097/21.07.2011, echipa de verificare din cadrul Direcției Control și Verificare, Utilizare Fonduri Comunitare, a efectuat verificări la proiectul Cod SMIS 1473 „Restructurare și lărgire a drumului județean Viziru, Cuza Vodă, Mihai Bravu”, a cărui beneficiar a fost U.A.T. prin Consiliul Județean Brăila. Obiectul verificării l-a constituit modul de utilizare a fondurilor comunitare și a celor cofinanțate de la bugetul de stat, de îndeplinirea obiectivelor menționate în cererea de rambursare, respectiv a clauzelor contractuale. După consemnarea aspectelor constatate de echipa de verificare, s-a stabilit prin Nota de constatare în sarcina debitorului Consiliul Județean Brăila, un debit de 2.314.922,10 lei, din care la bugetul Uniunii Europene 1.708.027,80 lei, la bugetul aferent fondurilor publice naționale aferente fondurilor europene suma de 216.727,44 lei și valoare T.V.A. 390.166,85 lei. A susținut reclamanta că aspectele semnalate în Nota de constatare sunt nereale. Astfel, la Cap.I. pct.b, cu privire la perioada în care a avut loc verificarea, respectiv 29.03.2010 - 19.04.2010, datele nu pot fi reținute, deoarece O.M.D.R.T a fost emis în dat de 21.07.2011, de la care putea proceda la efectuarea verificării.

În al doilea rând, există inadvertențe la capitolul VI „prezentarea aspectelor constatate” legate de obiectul proiectului. Echipa de control nu putea cuprinde în conținutul Notei de fundamentare o perioadă retroactivă în care a avut loc verificarea, atâta timp cât numirea echipei de verificare a avut loc în data de 21.07.2011, ceea ce demonstrează că verificarea ori nu a avut loc, ori există confuzie cu privire la aceste date.

Cu privire la aspectele constatate la Capitolul VI, echipa de verificare consemnează că obiectul general al proiectului constă în înlăturarea efectelor inundațiilor din anul 2005, prin reabilitarea infrastructurii afectate din județul Brăila, vizând pe termen mediu și lung generarea unor alternative viabile de trafic rutier pentru transportatorii care tranzitează județele Brăila și Buzău, promovarea unor măsuri durabile pentru prevenirea efectelor posibilelor inundații prin consolidarea infrastructurii județene, creșterea nivelului de implicare a administrației publice locale și județene în acțiunile de înlăturare a efectelor inundațiilor.

Aspectele consemnate sunt nereale, deoarece obiectul general al proiectului Cod SMIS 1473 „Restructurare și lărgire a drumului județean Viziru, Cuza Vodă, Mihai Bravu”, este îmbunătățirea infrastructurii județene de transport rutier, în vederea creșterii economice și dezvoltării durabile a județului Brăila, prin crearea unui cadru favorabil, atragerii investițiilor locale și străine.

Obiectivele specifice consemnate în Nota de constatare sunt reparare pod metalic pe DJ 203 km 35 + 135 peste râul Buzău la Nisipurile, reparare pod DJ 202 D, km.0+700, peste râul Buzău, comuna Scorțaru Nou, care nu aparțin proiectului și sunt total eronate, nu corespund obiectivelor specifice ale proiectului care în realitate sunt integrarea drumurilor locale în rețeaua națională și internațională de transport, reabilitarea infrastructurii de transport rutier pe drumul județean Viziru, Cuza Vodă, Mihai Bravu, îmbunătățirea siguranței traficului pe DJ 211 A și DJ 212, crearea premizelor pentru dezvoltarea turismului.

Existența neconcordanțelor cu privire la îndeplinirea obiectivelor din Nota de constatare la capitolele menționate, afectează substanțial validitatea titlului de creanță, respectiv a Notei de constatare din data de 04.08.2011, care prejudiciază interesele legitime ale Consiliului județean Brăila în derularea proiectului. Cu privire la aspectele de fond ale controlului, reclamantul a mai arătat că, pentru executarea lucrărilor la proiectul în discuție, U.A.T. prin Consiliul Județean Brăila a încheiat contractul nr. 15/18.03.2009 cu firma MAX BOGL BAUUNTERNEHMUNG GMBH&CO. În calitate de lider al asocierii cu S.C. TANCRAID SRL, iar obiectivul contractului îl constituie executarea și terminarea „lucrărilor de restructurare și lărgire a drumului județean Viziru - Cuza Vodă - Mihai Bravu, respectiv DJ 211 A și DJ 212.

Reclamantul arată că nu există nici o neregularitate în ceea ce privește derularea lucrărilor, inclusiv durate de execuție a acestora, chiar dacă, după opinia organelor de verificare, durata de execuție a constituit factor de evaluare în atribuirea contractului. Contractarea lucrărilor și durata de execuție nu au avut efecte negative asupra modului de îndeplinire a contractului de finanțare și nu puteau avea consecințe asupra modului de atribuire a contractului de execuție. Procedura de evaluare a ofertelor s-a desfășurat cu respectarea criteriilor stabilite în documentația de atribuire, iar punctarea ofertelor s-a bazat pe propunerile tehnice și financiare depuse. Termenul inițial de finalizare a lucrărilor a fost prelungit prin acte adiționale, însușite de M.D.R.T., care a semnat fără obiecțiuni actele adiționale nr.5/2011 și 6/2011 la contractul de finanțare nr.4/2008, care au avut ca obiect modificarea termenului de execuție și a duratei de execuție a contractului.

Consideră reclamantul că nu se poate pune problema culpei sale exclusive atâta timp cât prin corespondența adresată M.D.R.T. - Autoritatea de management a informat de fiecare dată considerentele pentru care s-au produs modificările de termene datorită modificării succesive a detaliilor de execuție, efectuate de proiectant. Actele adiționale au avut ca justificare necesitatea revizuirii proiectului tehnic, faza DDE, determinate de adaptarea la condițiile identificate în teren, după începerea lucrărilor de execuție, situație ce nu putea fi estimată înainte de începerea lucrărilor. Pentru considerentele expuse, Nota de constatare care aplică o corecție financiară de 5% din valoarea contractului de lucrări nr. 15/18.03.2009, este nelegală.

În acest context, nu există răspundere a beneficiarului UAT prin Consiliul Județean Brăila, deoarece au fost îndeplinite obligațiile din contractul de finanțare nr.4/2008, iar M.D.R.T., a semnat actele adiționale prin care au fost decalate termenele de execuție a lucrărilor, situație în care nu trebuie să returneze către autoritatea de management M.D.R.T., sumele stabilite prin corecția financiară de 5% aplicată. Cu privire la Cap.VII „Prevederi legale și contractuale încălcate” nu există nici o încălcare a Anexei 2 legate de măsurile de informare și publicitate, panourile temporare respectând cerințele contractuale la data confecționării și montării, macheta acestora primind avizul favorabil din partea Agenției de Dezvoltare Sud-est, așa cum reiese din adresa nr. 15.404/09.12.2008, iar în

Ediția I a manualului de identitate vizuală nu era prevăzută includerea în conținutul panoului a denumirii constructorului.

Referitor la stabilirea corecției de 5% din valoare de 39.490.259,69 lei fără TVA, în speță, nu sunt aplicabile prevederile pet. 1 subpunct 1.12 din Anexa la O.U.G.nr.66/2011, contractul fiind atribuit cu respectarea legislației privind achizițiile publice, precum și respectarea obligațiilor auxiliare, iar suspiciunile la neregulile prezentate de Nota de constatare nu au avut nici un impact financiar astfel că nu era cazul să se aplice o corecție financiară. Legat de Cap.VIII „Concluziile activității de verificare”, prelungirea contractului nu a produs modificări esențiale în ceea ce privește atribuirea achiziției ofertantului câștigător, deoarece chiar dacă era evaluată și considerată câștigătoare oferta imediat următoare, termenului de execuție ar fi fost modificat din aceleași considerente, respectiv revizuirea proiectului tehnic, faza DDE, ca urmare a condițiilor existente în teren, care nu au fost avute în vedere și estimate de proiectant la începerea lucrărilor.

În aceste condiții oricare dintre ofertanții care ar fi fost declarat câștigător, ar fi avut aceeași situație cu cea existentă a contractorului care a executat lucrarea, fiind necesară prelungirea duratei de execuție a lucrărilor. Acțiunea a fost motivată în drept pe dispozițiile art. 46 alin. 2 din OUG 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în procesul de obținere și utilizare a fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora și pe disp. art. 1,10,18 din Legea 554/2004.

Prin cererea conexă înregistrată pe rolul Curții de Apel Galați sub nr. 1252/44/2011, reclamantul Consiliul Județean Brăila în contradictoriu cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului a solicitat anularea Deciziei nr.9/20.09.2011 a Comisiei de Soluționare a Contestațiilor din cadrul M.D.R.T. în ceea ce privește respingerea capătului de cerere referitor la derularea lucrărilor, inclusiv durata de execuție a acestora, precum și a dispozițiilor referitoare la constatările și concluziile care au condus la aplicarea corecției financiare de 5% și anularea titlului de creanță, nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrată sub nr.CA/71958/2011 încheiată de Direcția de control și utilizare fonduri comunitare din cadrul M.D.R.T. la data de 21.09.2011.

În motivarea acțiunii conexe, reclamantul a arătat că, împotriva Notei de constatare nr. CA 60057/2011, a cărei anulare a solicitat-o în primul dosar, reclamanta a formulat contestație la M.D.R.T., care, în calitate de autoritate competentă în gestionarea fondurilor europene, era competentă să soluționeze contestația, iar prin Decizia nr.9/20.09.2011, Comisia de soluționare a contestației din cadrul M.D.R.T., a admis în parte contestația, a dispus anularea titlului de creanță contestat și obligarea echipei de verificare la emiterea unei noi note de constatare care să țină cont strict de considerentele deciziei comisiei de soluționare a contestației. În acest context Comisia de soluționare a contestației a dispus înlocuirea titlului cu Nota de constatare a neregulilor și stabilirea corecțiilor financiare, a perioadei de verificare, a obiectivului general și a obiectivelor specifice, care erau consemnate eronat în Titlul de creanță nr.CA 60057/2011. Pe de altă parte, comisia a respins capătul de cerere referitor la derularea lucrărilor, inclusiv perioada de execuție a acestora, menținând restul dispozițiilor referitoare la constatările și concluziile care au condus la aplicarea corecției financiare de 5%.

În aceste condiții, a fost încheiată Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrată sub nr.CA/71958/2011 încheiată de Direcția de control și utilizare fonduri comunitare din cadrul M.D.R.T. la data de 21.09.2011. Consideră reclamantul că se impune și anularea celor două acte întocmite conform OUG 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în procesul de obținere și utilizare a fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, pentru aceleași motive expuse în dosarul nr. 1077/44/2011.

Legal citat , M.D.R.T. a depus întâmpinare în dosarul 1252/44/2011, prin care a solicitat respingerea acțiunii ca nefondată. În apărare, pârâtul a arătat că, în perioada 21.07.2011 - 29.07.2011, Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul M.D.R.T., a pornit, în temeiul O.U.G. nr.66/2011, o misiune de control ce a avut ca obiect verificarea aspectelor sesizate în adresa Serviciului Verificare Conformitate Programe și Gestionare Nereguli nr.VT - 55257/20.07.2011 cu privire la recomandarea din Raportul Autorității de Audit nr.50858/AP/15.07.2011 cu privire la recomandarea din Raportul Autorității de Audit nr.50858/AP/15.07.2011. Documentul menționat face referire la o suspiciune de neregulă în implementarea proiectului cod SMIS 1473” restructurare și lărgire a drumului județean Viziru, Cuza-Vodă, Mihai Bravu”, beneficiar Consiliul județean Brăila.

În urma verificării documentației, echipa de control a analizat documentație aferentă atribuirii contractului de lucrări nr. 15/18.03.2009 și a apreciat că în cauză se impune corecția financiară de 5% din valoarea contractului, astfel cum prevăd dispozițiile punctului 1, subpunctul 1.12 din anexa la Ordonanța nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

Pentru a aprecia astfel, echipa de control a avut în vedere faptul că, deși inițial atribuirea achiziției publice către MAX BOGL BAUUNTERNEHMUNG GMBH&CO.KG, a fost îndreptățită pe criteriul celui mai mic preț, ulterior semnării contractului, beneficiarul a solicitat prelungirea termenului de execuție, aspect ce a produs modificări esențiale. Astfel, dacă la atribuirea achiziției, ofertantul declarat câștigător ar fi prezentat în ofertă termenul real, acesta s-ar fi clasat pe locul al doilea, iar, pe cale de consecință, contractul de lucrări ar fi căzut în sarcina următorului clasat în procesul de evaluare a ofertelor.

În cazul în care ofertantul clasat pe primul loc ar fi prezentat în ofertă un termen de execuție de 30 zile, acesta ar fi obținut 3.056 puncte în loc de 9 puncte, maximum de punctaj obținut pentru termenul de 180 de zile. Pe cale de consecință, așa cum se arată și în raportul autorității de audit, s-a apreciat că este îndreptățită aplicarea corecției financiare de 5% din valoarea contractului de lucrări nr. 15/18.03.2009 și întrucât până la data efectuării verificărilor beneficiarul a cheltuit în cadrul contractului de lucrări suma totală de 39.490.259,69 lei, valoarea acesteia este în cuantum de 1.974.512,98 lei.

Ținând cont de art.4 din Contractul de finanțare, s-a stabilit că beneficiarul Consiliul Județean Brăila, trebuie să returneze M.D.R.T., suma de 1.924.755,25 lei (1.974.512,98 lei x 97,48% = 1.924.755,25 lei). Totodată, valoarea TVA-ului aferent corecției financiare pe care beneficiarul trebuie să o returneze pârâtei, este în sumă de 390.166,85 lei (valoare totală TVA 803.337,06 x corecția financiară 5%). În consecință, valoarea creanței bugetare rezultate din neregulă este în sumă de 2.314.922,10 lei (1.924.755,25 lei + 390.166,85 lei - 2.314.922,10 lei).

Toate aceste aspecte au fost consemnate în Nota de constatare nr.CA 60057/09.08.2011, care reprezintă un titlu de creanță. Împotriva acestei Note de constatare, reclamanta a formulat contestația nr.63405/24.08.2011, fiind soluționată prin decizia nr.9/20.09.2011, în sensul că a fost admisă în parte contestația, s-a dispus anularea titlului de creanță contestat și obligarea echipei de verificare la emiterea unei noi Note de constatare care să țină cont strict de considerentele Deciziei comisiei de soluționare a contestației. Astfel, a fost emisă o nouă Notă de constatare cu nr.CA 71958/21.09.2011, pe care reclamanta înțelege să o conteste prin prezenta acțiune.

Cu privire la apărarea reclamantei în sensul că, prin semnarea actelor adiționale la contractele de finanțare prin care s-a prelungit perioada de implementare, pârâta a fost de acord tacit cu modificările aduse de reclamantă contractului de lucrări, a solicitat respingerea acesteia, pentru

următoarele motive: Actul adițional nr.5 la contractul de finanțare, prin care s-a prelungit durata contractului de finanțare cu două luni a fost aprobat de pârâtă, în urma solicitării beneficiarului din data 25.11.2020. În motivarea acestei solicitări de prelungire a perioadei de implementare a contractului de finanțare, reclamata a specificat că această prelungire este necesară ca urmare a „...blocării cererilor de rambursare la MDRT datorită întârzierii exprimării unui punct de vedere din partea ANRMAP asupra procedurilor de achiziție a unor lucrări suplimentare la contractul de lucrări”. În consecință, nu prelungirea perioadei de execuție a contractului de lucrări nr. 15/18.03.2009 a fost motivul încheierii actului adițional nr.5, ci cu totul alte considerente.

De asemenea, actului adițional nr.6 la contractului de finanțare, prin care s-a prelungit durata contractului de finanțare cu șase luni a fost aprobat de pârâtă, în urma solicitării beneficiarului din data de 31.01.2011. În motivare se arată că această solicitare de prelungire a perioadei de implementare a contractului de finanțare survine ca urmare a „... blocării verificării cererilor de rambursare la MDRT” și nu ca urmare a prelungirii perioadei de execuție a contractului de lucrări nr. 15/18.03.2009.

În consecință, solicită să se ia act de faptul că încheierea actelor adiționale de către MDRT de prelungire a duratei contractelor de finanțare menționate, nu poate fi reținută ca argumentație în motivarea întârzierii finalizării lucrărilor de construcție și nici ca accept tacit din partea pârâtei, reclamantul nefiind exonerat de obligația de a respecta legislația în vigoare privind achizițiile publice.

Referitor la motivarea reclamantului că a procedat la prelungirea termenului stabilit inițial prin contractul de lucrări întrucât a revizuit proiectul tehnic în faza DDE, revizuire ce a fost determinată de adaptarea la condițiile reale din teren, fiind astfel lipsit de culpă, consideră pârâtul că nici această susținere nu poate fi reținută.

Astfel, în conformitate cu disp.art.199 din OUG nr.34/2006 „durata de execuție a lucrărilor” a constituit factor de evaluare în atribuirea contractului, având, pe lângă prețul ofertat, ponderea determinantă pentru stabilirea câștigătorului (punctaj maxim de 9 puncte pentru termenul de 180 zile). Atribuirea contractului de achiziție publică către MAX BOGL BAUUNTERNEHMUNG GMBH&CO.KG, a fost îndreptățită tocmai în considerarea acestui factor de evaluare.

Reclamanta a încălcat dispozițiile legale mai sus menționate prin prelungirea contractului de lucrări, căci, dacă la atribuirea achiziției, ofertantul declarat câștigător ar fi prezentat în ofertă noul termen, s-ar fi clasat pe locul al doilea, iar pe cale de consecință, contractul de lucrări ar fi căzut în sarcina următorului clasat în procesul de evaluare a ofertelor. Este culpa reclamantului că nu a prevăzut o eventuală revizuire a proiectului tehnic, situație în care trebuia să ia toate măsurile pentru a preveni eventuale întârzieri.

Chiar presupunând că reclamanta, neavând nici o culpă , a fost constrânsă să prelungească termenul de finalizare a lucrărilor datorită apariției necesității modificării proiectului tehnic, atunci reclamanta ar fi trebuit să emită ordin de suspendare a lucrărilor pentru perioada în care proiectul tehnic era revizuit, urmând a relua lucrările după ce toate dificultățile din teren erau remediate.

Pe cale de consecință, corecția financiară de 5% propusă atât în raportul Autorității de Audit, cât și în Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare a DCVUFC este îndreptățită conform prevederilor pct.I, subpunctul 1.12 din anexa la O.U.G.nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene.

Cu privire la nerespectarea măsurilor de informare și publicitate, așa cum s-a constatat cu ocazia întocmirii notei de constatare, beneficiarul nu a respectat prevederile Anexei II „ Măsurile de

informare și publicitate” la contractul de finanțare nr.4/30.07.2008, panourile temporare prezentând următoarele deficiente:

- al doilea panou - amplasat pe partea dreaptă a drumului până la ieșirea din localitatea Viziru - se afla într-o stare avansată de deteriorare;
- panourile nu conțin denumirea contractorului.

În dovedirea acțiunii au fost depuse la dosar înscrisuri: nota de constatare înregistrată sub nr. CA 60057/2011 încheiată de Direcția de control și verificare, utilizare fonduri comunitare din cadrul M.D.R.T la data de 04.08.2011, Decizia nr.9/20.09.2011 a Comisiei de Soluționare a Contestațiilor din cadrul M.D.R.T. , nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrată sub nr.CA/71958/2011 încheiată de Direcția de control și utilizare fonduri comunitare din cadrul M.D.R.T. la data de 21.09.2011, contractul nr. 15/18.03.2009 cu firma MAX BOGL BAUUNTERNEHMUNG GMBH&CO.KG, contractul de finanțare nr. 4/2008, actele adiționale nr.5/2011 și 6/2011 la contractul de finanțare nr.4/2008 , corespondență purtată de reclamant cu pârâtul.

Analizând și coroborând materialul probator administrat în cauză, instanța apreciază că acțiunea reclamantului este întemeiată pentru următoarele considerente:

Prin contractul de finanțare nr. 4/2008, U.A.T. prin Consiliul Județean Brăila a primit finanțare nerambursabilă de la MDRT, în calitate de Autoritate de Management pentru Programul Operațional Regional 2007-2013 (AM POR), prin Agenția pentru Dezvoltare Regională Sud-Est, în calitate de Organism Intermediar pentru Programul Operațional Regional 2007-2013 (OI) , pentru proiectul Cod SMIS 1473 „Restructurare și lărgire a drumului județean Viziru, Cuza Vodă, Mihai Bravu”, obiectivul general al proiectului fiind îmbunătățirea infrastructurii județene de transport rutier, în vederea creșterii economice și dezvoltării durabile a județului Brăila, prin crearea unui cadru favorabil, atragerii investițiilor locale și străine.

Potrivit art. 9 alin. 7,8,9,10 din Contract, beneficiarul are obligația de a respecta calendarul activităților prevăzute în anexa IV, de a asigura un management eficient al proiectului, inclusiv prin asigurarea resurselor umane și materiale necesare implementării corecte și în termenele stabilite prin contract, de a respecta calendarul achizițiilor publice prevăzute în anexa IV, de a realiza toate măsurile de informare și publicitate în conformitate cu obligațiile asumate prin anexa IV, cu respectarea prevederilor din anexa II.

Iar potrivit art. 14 alin. 1 din același contract, prin neregulă se înțelege orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport de prevederile memorandumurilor de finanțare..., precum și cu prevederile contractelor încheiate în baza acestor memorandumuri, care printr-o cheltuială neeligibilă prejudiciază bugetul general al Comunităților Europene sau bugetele administrate de acestea ori în numele lor și/sau bugetele din care provine cofinanțarea aferentă. Pentru executarea lucrărilor la proiectul în discuție, U.A.T. prin Consiliul Județean Brăila a încheiat contractul nr. 15/18.03.2009 cu firma MAX BOGL BAUUNTERNEHMUNG GMBH&CO.KG, în calitate de lider al asocierii cu S.C. TANCRAD SRL .

Din partea introductivă a acestui contract rezultă că atribuirea contractului s-a făcut în conformitate cu OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, potrivit prevederilor Ordinului comun MEF/ MT/ MDLPL nr. 915/465/415/2008 pentru aprobarea condițiilor contractuale și speciale la încheierea contractelor de lucrări și a Raportului procedurii de atribuire nr. 955/28.01.2009.

Prin numeroase notificări adresate MDRT, în calitate de Autoritate de Management pentru Programul Operațional Regional 2007-2013, reclamantul a adus la cunoștință faptul că se impune

prelungirea duratei de execuție a lucrărilor ca urmare a revizuirii detaliilor tehnice de execuție și că aceste modificări sunt necesare față de condițiile concrete din teren și se încadrează în valoarea aprobată prin Contractul de finanțare nr. 4/2008. Dovadă în acest sens sunt adresele înregistrate la MDRT sub nr. 10058/15.10.2009, 11067/ 04.11.2009, 12720/10.12.2009, 700/21.01.2010.

Astfel, termenul inițial de finalizare a contractului nr. 15/18.03.2009 a fost 11.12.2009, acesta fiind prelungit până la 30.08.2010, conform actelor adiționale nr. 3/2009 și 4/2010, 5/2010.

În ceea ce privește termenul de implementare a proiectului , într-adevăr acesta a fost prelungit prin acte adiționale, însușite de M.D.R.T., care a semnat actele adiționale nr.5/2011 și 6/2011 la contractul de finanțare nr.4/2008, astfel că perioada de implementare a proiectului a crescut de la 30 de luni la 38 de luni. Nu facem confuzie între prelungirea perioadei de implementare a proiectului și prelungirea perioadei de execuție a lucrărilor, fiind cert că lucrările au fost recepționate de beneficiar la data de 08.09.2010, conform mențiunilor existente la fila 57 din dosar, iar actele adiționale la contractul de finanțare prin care a fost prelungită perioada de implementare a proiectului au fost încheiate în cursul anului 2011. În aceste condiții, ies din sfera analizei instanței actele adiționale nr.5/2011 și 6/2011 la contractul de finanțare nr.4/2008, fiind credibilă susținerea (nedovedită) a pârâtului că nu prelungirea perioadei de execuție a contractului de lucrări nr. 15/18.03.2009 a fost motivul încheierii actelor adiționale nr.5 și 6, ci cu totul alte considerente.

Problema care trebuie lămurită este dacă prelungirea perioadei de execuție a lucrărilor s-a datorat nerespectării legislației privind achizițiile publice și dacă această prelungire a avut un impact financiar. Concluziile activității de verificare (fila 11 dosar 1077/44/2011 și fila 15 dosar 1252/44/2011) sunt în sensul că penalizarea beneficiarului cu 5% este îndreptățită conform prevederilor punctului 1, subpunctul 1.12 din Anexa I la OUG 66/2011.

Verificând dispozițiile legale menționate, se constată că în Anexa I sunt indicate corecțiile/reducerile financiare aplicabile cheltuielilor aferente proiectelor finanțate din fonduri europene și/sau din fonduri publice naționale aferente acestora în caz de nerespectare a reglementărilor privind achizițiile publice. Or pe de o parte, echipa de verificare apreciază că atribuirea achiziției publice a fost îndreptățită, iar pe de altă parte, prelungirea contractului a produs modificări esențiale, întrucât, dacă la atribuirea achiziției ofertantului câștigător, acesta ar fi prezentat în ofertă termenul real, acesta s-ar fi clasat pe locul al doilea, iar contractul de lucrări ar fi căzut în sarcina următorului clasat în procedura de evaluare a ofertelor.

Trecând peste această inadvertență, rezultă în mod cert, față de dispozițiile legale invocate, că această corecție a fost aplicată ca urmare a nerespectării reglementărilor privind achizițiile publice. Potrivit punctului 1, subpunctul 1.12 din Anexa I la OUG 66/2011, abaterea trebuie să fi constat în aplicarea necorespunzătoare a unor elemente auxiliare a procedurii de atribuire, iar la rubrica a doua, în ceea ce privește descrierea abaterii constatate, cerința este ca, contractul să fi fost atribuit cu respectarea legislației privind achizițiile publice, dar cu nerespectarea unor obligații auxiliare, cum ar fi publicarea anunțului de atribuire a contractului. Dacă acest tip de neregulă este doar de natură formală, fără un potențial impact financiar, nu se va aplica nici o reducere sau corecție financiară. Sub subpunctul 1.12 se află o mențiune „i” care însă nu se aplică decât la subpunctele 1.3, 1.4, 1.10 și 1.11.

Or prelungirea perioadei de execuție a lucrărilor nu poate fi considerată în nici un caz o obligație auxiliară, cum ar fi publicarea anunțului de atribuire a contractului, astfel încât nu se justifică penalizarea aplicată prin prisma dispozițiilor legale invocate. Mai mult, din nici un act aflat la dosarul cauzei nu rezultă că prelungirea perioadei de execuție a lucrărilor ar fi afectat finanțarea

nerambursabilă, în sensul art. 18 alin. 5 din Contractul de finanțare, prejudiciind bugetul general al Comunităților Europene și/sau bugetele din care provine cofinanțarea aferentă.

Potrivit art. 14 alin. 1 din același contract, prin neregulă se înțelege orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport de prevederile memorandumurilor de finanțare, precum și cu prevederile contractelor încheiate în baza acestor memorandumuri, care printr-o cheltuială neeligibilă prejudiciază bugetul general al Comunităților Europene sau bugetele administrate de acestea ori în numele lor și/sau bugetele din care provine cofinanțarea aferentă .

În consecință, referitor la stabilirea corecției de 5% din valoare de 39.490.259,69 lei fără TVA, în speță, nu sunt aplicabile prevederile pct. 1 subpunct 1.12 din Anexa la O.U.G.nr.66/2011, contractul fiind atribuit cu respectarea legislației privind achizițiile publice, precum și respectarea obligațiilor auxiliare, iar „neregulile” prezentate de Nota de constatare nu au avut nici un impact financiar astfel că nu era cazul să se aplice o corecție financiară.

Actele adiționale au avut ca justificare necesitatea revizuirii proiectului tehnic, faza DDE, determinate de adaptarea la condițiile identificate în teren, după începerea lucrărilor de execuție, situație ce nu putea fi estimată înainte de începerea lucrărilor.

Cu privire la Cap.VII „Prevederi legale și contractuale încălcate” se constată că nu există nici o încălcare a Anexei 2 legată de măsurile de informare și publicitate, panourile temporare respectau cerințele contractuale la data confecționării și montării, macheta acestora primind avizul favorabil din partea Agenției de Dezvoltare Sud-est, conform avizului nr.9016/09.12.2008, totodată fiind întocmite în conformitate cu Ediția I a manualului de identitate vizuală, astfel cum rezultă din mențiunile raportului de verificare întocmit de MDRT(fila 57 dosar fond) și înregistrat la această instituție sub nr. 9560/07.07.2011.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Admite acțiunile conexe formulate de reclamantul CONSILIUL JUDEȚEAN BRAILA, cu sediul în jud. Brăila, în contradictoriu cu pârâta MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI - DIRECȚIA DE CONTROL ȘI VERIFICARE, UTILIZARE FONDURI COMUNITARE, cu sediul în București și în consecință;

Dispune anularea notei de constatare înregistrată sub nr. CA 60057/2011 încheiată de Direcția de control și verificare, utilizare fonduri comunitare din cadrul M.D.R.T la data de 04.08.2011.

Dispune anularea în parte a Deciziei nr.9/20.09.2011 a Comisiei de Soluționare a Contestațiilor din cadrul M.D.R.T. în ceea ce privește respingerea capătului de cerere referitor la derularea lucrărilor, inclusiv durata de execuție a acestora, precum și a dispozițiilor referitoare la constatările și concluziile care au condus la aplicarea corecției financiare de 5%.

Dispune anularea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrată sub nr.CA/71958/2011 încheiată de Direcția de control și utilizare fonduri comunitare din cadrul M.D.R.T. la data de 21.09.2011.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică de la 24 Ianuarie 2012.

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 536
Ședința publică din 17.02.2014

Pe rol se află spre soluționarea acțiunii în contencios administrativ formulată de reclamantul CONSILIUL JUDEȚEAN BUZĂU în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE - DIRECȚIA CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI - POR, având ca obiect „anulare act”. La apelul nominal făcut în ședință publică a răspuns reclamantul CONSILIUL JUDEȚEAN BUZĂU, prin consilier juridic B.C, care depune delegație la dosar, lipsind pârâtul. Procedura de citare este legal îndeplinită. S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință, care învederează instanței faptul că, în cadrul procedurii prealabile pârâtul a formulat întâmpinare iar reclamantul nu a depus răspuns la întâmpinare, după care,

Nemaifiind cererii de formulat sau excepții de invocat, Curtea constată cauza în stare de judecată și acordă cuvântul pe fond. Având cuvântul, reclamantul CONSILIUL JUDEȚEAN BUZĂU, prin consilier juridic, solicită admiterea acțiunii astfel cum a fost formulată, anularea deciziei și a notei de constatare a neregulilor contestate, pentru motivele arătate pe larg în cuprinsul acțiunii. Curtea, în temeiul art. 494 Cod procedură civilă republ. declară dezbaterile închise și reține cauza în pronunțare.

CURTEA, ASUPRA ACȚIUNII DE FAȚĂ, CONSTATĂ URMĂTOARELE:

Prin cererea de chemare în judecată înregistrată pe rolul acestei instanțe la data de 4.10.2013 sub nr. de mai sus, reclamantul CONSILIUL JUDEȚEAN BUZĂU în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE - DIRECȚIA CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI - POR solicită ca prin hotărârea judecătorească ce se va pronunța să se dispună anularea Deciziei nr. 156/27.08.2013 și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 57851 din 18.07.2013 vizând contractul de finanțare nr. 1292 din 09.03.2011, cod SMIS 13310, iar pe fond să se constate caracterul legal al prevederilor Documentației pentru atribuirea contractului de execuție lucrări “Reabilitarea Centrului de Asistență Medico-Socială Pogoanele, Județul Buzău” elaborată la nivelul instituției reclamante și să se dispună efectuarea de către MDRAP a tuturor plăților aferente acestui contract de achiziție publică.

În motivarea în fapt a acțiunii, reclamantul arată în esență faptul că, Consiliul Județean Buzău, ca autoritate contractantă, a organizat procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică aferente proiectului "Reabilitarea Centrului de Asistență Medico-Socială Pogoanele, Județul Buzău", proiect finanțat prin Programul Operațional Regional 2007- 2013, fiind organizate în acord cu prevederile legale în vigoare în România, astfel cum derivau obligațiile Consiliului județean din contractul de finanțare perfectat cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, în cazul atribuirii contractului de execuție lucrări «Reabilitarea Centrului de Asistență Medico-Socială Pogoanele, Județul Buzău» Consiliul județean ca și autoritate contractanta aplicând, în conformitate cu prevederile art. 124 din OUG 34/2006, având în vedere valoarea estimată a contractului de atribuit, procedura de cererea de oferte.

Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 57851 din 18.07.2013, se reține cu privire la Documentația de Atribuire a contractului de execuție lucrări în speță că s-ar fi restricționat participarea la procedură, fiind încălcat principiul concurenței, cu

efecte directe asupra eficienței utilizării a fondurilor publice, ambele, principiile postulate de OUG 34/2006.

În ceea ce privește solicitarea Cazierului judiciar al persoanei ce semnează oferta cu titlul de document ce dovedește capacitatea de exercitare a activității profesionale a ofertanților arată că acest document a fost solicitat cu scopul de a procura autorității contractante informații cu privire la modul de îndeplinire de către participanții la procedură a prevederilor art. 180 și 181 din OUG 34/2006. O astfel de cerință nu poate fi considerată ca excesivă chiar și numai pentru faptul că era la latitudinea oricărei persoane fizice din România (împuternicită sau nu), să obțină un astfel de document. De altfel, rațiunea solicitării sale în condițiile în care se solicitase și Certificatul constatator de la Registrul Comerțului este tocmai aceea că semnatarul ofertei putea fi și altcineva decât administratorul societății.

În ceea ce privește solicitarea de prezentare a bilanțurilor contabile aferente anilor 2008, 2009 și 2010 și impunerea cerinței ca rezultatul aferent acestor exerciții financiare să fie pozitiv, precizează că, din simpla lectură a Documentației de Atribuire, reiese fără echivoc care este cerința minimă impusă: să fi înregistrat în ultimii 3 ani o cifră de afaceri medie de cel puțin 5.000.000 Ron. Trimiterile la bilanțuri sunt din secțiunea "Documente care dovedesc; situația economică și financiară a ofertantului". Cum eventuala încălcare se referă la stabilirea de cerințe de calificare disproporționate în raport cu natura și obiectul procedurii, este vădit că aceasta este aplicabilă exclusiv modului de concepere a cerinței de calificare, or cu privire la aceasta nu s-au făcut niciun fel de aprecieri. Echipa de verificare a făcut o confuzie între cerința de calificare și documentele solicitate pentru a se face dovada îndeplinirii respectivei cerințe, aplicând acestora din urmă prevederi legale valabile exclusiv cerințelor de calificare.

Cu privire la solicitarea de prezentare a Fișelor tehnice ale utilajelor avute în vedere pentru realizarea lucrărilor, însoțite de documentele justificative care să ateste achiziționarea acestora, autorizația ISCIR pentru automacara aflată în termenul de valabilitate acestea au fost cerute pentru a face dovada asigurării dotărilor/echipamentelor solicitate pentru realizarea contractului. Aceasta cerință nu poate fi considerată restrictivă și nici că ar încălca principiul proporționalității, câtă vreme inclusiv Ordinul ANRMAP 509/2011 specifică că, pe lângă declarația despre care opinează echipa de verificare că ar fi singurul document ce putea fi solicitat, aceasta poate fi însoțită de documente care să ateste deținerea. Este adevărat că acest act normativ nu este aplicabil procedurii de față, având în vedere momentul emiterii sale, însă am considerat oportună menționarea sa chiar și numai cu titlu exemplificativ, pentru a demonstra temeinicia punctului nostru de vedere: dacă și după apariția acestui Ordin se consideră întemeiată solicitarea unor documente pe lângă declarația tip, cu atât mai mult anterior acestuia, se puteau solicita acestea sau altele, câtă vreme nu se distingea contrar. Cât privește justificarea numărului de autocamioane sau a macaralei, respectiv solicitarea documentelor de achiziționare, acestea nici nu aveau de ce să fie justificate prin nota justificativă. De altfel, nicăieri în OUG 34/2006 nu este sancționată lipsa unei justificări. Constituie abatere de la acest text normativ, potrivit literei i) de la art. 293, încălcarea principiului proporționalității prin utilizarea criteriilor de calificare și selecție ca mijloc de a restricționa concurența.

Cât privește utilizarea pe parcursul caietului de sarcini (proiect tehnic) a unor denumiri: Rigips, Mapisa, Casați Orchidea, neînsoțite de expresia "sau echivalent", acest lucru se datorează exclusiv programelor de devize existente pe piața românească și a normativelor cu care se lucrează, articolele aferente anumitor categorii de operațiuni specifice construcțiilor civile conținând referiri de genul celor menționate de echipa de verificare. Este o scăpare a celor ce construiesc softuri și pentru care, probabil trebuie pedepsită o întreagă țară.

Potrivit Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare contestate de noi, se reproșează Consiliului Județean Buzău întocmirea unei Documentații de Atribuire care ar fi încălcat prevederile OUG 34/2006, respectiv art. 38, art. 178, art. 179, 185, 188, ca și ale art. 8 din HG 925/2006 actualizată. Potrivit prevederilor Capitolului X al OUG 34/2006, actualizată, pentru a fi considerată încălcare a prevederilor acestui act normativ, o faptă trebuie să fie încadrabilă la una dintre literele art. 293, în speță, la litera I. Or, în acord cu prevederile art. 295 din același act normativ, orice astfel de încălcare trebuie constatată de persoane împuternicite ale Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice. Din acest punct de vedere, apare ca evident faptul că presupusa încălcare a prevederilor OUG 34/2006, și/sau HG 925/2006 a fost constatată de persoane neabilitate în acest sens, niciuna dintre persoanele membre ale echipei de control neavând calitatea de persoană împuternicită ANRMAP potrivit textului normativ amintit.

Mai arată că dacă s-ar admite că prin inserarea respectivelor cerințe de calificare, s-ar fi încălcat principiile tratamentului egal și al nediscriminării, astfel cum se afirmă prin Nota de constatare, pentru a deveni aplicabile prevederile OG 66/2011, actul normativ în temeiul căruia s-a aplicat corecția financiară, autoritatea de management ar fi trebuit să facă dovada unei prejudicieri a bugetului Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurilor publice naționale aferente acestora, câtă vreme, pentru a fi considerată neregulă în înțelesul art. 2 alin (1) din OUG nr. 66/2011, o faptă trebuie să aibă ca și consecință o astfel de "prejudiciere". Or, prin organizarea procedurilor de licitație deschisă de către noi, s-au făcut economii de 1.108.260,09 lei (în sume fără TVA). Prin urmare, contractul a fost atribuit la aproape 59% din valoarea estimată, economia realizată cu greu putând fi considerată prejudiciu. Cum existența unui prejudiciu este o condiție sine-qua-non pentru încadrarea unei fapte ca și neregulă în înțelesul art. 2, singura concluzie posibilă fiind aceea că în lipsa acestuia, fapta/faptele nu pot fi considerate ca și nereguli, OUG 66/2011 negăsindu-și deci aplicabilitatea în respectiva speță.

În drept: art. 51 din OUG 66/2011 coroborate cu cele ale Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004 precum și pe prevederile art. 112 din Codul de Procedură Civilă.

De asemenea, solicită ca, prin încheiere de ședință, să se dispună suspendarea executării titlului executoriu constituit din Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 57851 din 18.07.2013 vizând contractul de finanțare nr. 1292 din 09.03.2011, cod SMIS 13310 până la rămânerea definitivă a sentinței referitoare la fond. În dovedirea acțiunii a depus la dosar un set de înscrisuri.

Prin întâmpinarea formulată, pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, arată în esență faptul că, împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 57851/18.07.2013 a formulat contestație reclamanta ce a fost soluționată prin intermediul Deciziei nr. 156/27.08.2013, în sensul respingerii ca nefondate a acesteia.

Referitor la cerința din fișa de date a Cazierului judiciar al persoanei ce semnează oferta cu titlu de document ce dovedește capacitatea de exercitare a activității profesionale a ofertanților arată că potrivit prevederilor art. 178 alin. (2) și art. 188 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, reclamanta avea dreptul să solicite doar documentele prin care se putea dovedi pregătirea și experiența profesională, calificarea personalului, fără a impune alte condiții suplimentare.

Cazierul judiciar reprezintă un sistem de organizare și clasificare a fișelor de evidență în care sunt consemnate datele privind antecedentele personale ale unei persoane (sanctiunile penale ce i s-au aplicat, începerea, întreruperea și încetarea executării pedepsei închisorii, liberarea condiționată, amnistia, grațierea, prescripția, reabilitarea etc.), în mod provizoriu, până la soluționarea definitivă

a cauzei, date privind punerea în mișcare a acțiunii penale și arestarea preventivă luată împotriva învinutului (inculpatului).

În speță, pentru executarea unui contract de lucrări, importante pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorul economic sunt calificările profesionale, pregătirea persoanelor implicate în executarea contractului și nu antecedentele personale ale acesteia.

Pentru aceste considerente, nici legiuitorul nu a prevăzut dreptul autorității contractante de a solicita informații sau date cu privire la situația proprie a personalului de specialitate, ci numai informații cu privire la pregătirea profesională și calificările/autorizațiile acestuia.

Mai mult de atât, prin fișa de date s-a solicitat în vederea demonstrării capacității de exercitare a activității profesionale (înregistrare) - certificatul constatator emis de ONRC din care să reiasă că în obiectul de activitate se regăsește codul CAEN 4120, certificatul de înregistrare al societății, actul constitutiv/statutul, împuternicire legală în cazul în care semnatarul ofertei este altcineva decât administratorul societății. Din certificatul constatator emis de ONRC, reclamanta putea obține informații privind asociații, administratorii și situația juridică a societății. Pe cale de consecință, nu este motivată solicitarea cazierului judiciar al persoanei ce semnează oferta, care poate fi împuternicită doar în acest scop printr-o împuternicire legală, care nu prezintă relevanță și nu are legătură cu demonstrarea capacității de exercitare a activității profesionale a ofertantului.

Raportat la cele de mai sus, rezultă că reclamanta nu a respectat principiul proporționalității, nu a promovat concurența între operatorii economici și nu a garantat tratamentul egal între operatorii economici, încălcând astfel prevederile art. 179 și art.2 din OUG nr.34/2006.

Referitor la solicitarea de prezentare a bilanțurilor contabile aferente anilor 2008, 2009 și 2010 cu impunerea cerinței ca rezultatul aferent acestor exerciții financiare să fie pozitiv arată că, potrivit art. 178 alin. (2) și 185 alin. (1) din OUG nr.34/2006, precizarea în Fișa de date a achiziției a cerinței conform căreia rezultatul aferent exercițiilor financiare 2008, 2009, 2010 trebuie să fie pozitiv, a condus la restricționarea accesului operatorilor economici la procedura de atribuire. Astfel, cu privire la solicitarea ca "rezultatul aferent exercițiilor financiare să fie pozitiv", s-a constatat că reclamanta, în calitatea sa de autoritate contractantă a considerat în mod discreționar că numai acel operator care a înregistrat profit este în măsură să-și îndeplinească obligațiile contractuale.

Potențialii candidați trebuiau să demonstreze doar solvabilitatea ofertantului la momentul prezentării ofertei, în baza indicatorilor prezentați în cadrul bilanțului. Autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe și să elaboreze în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției. În nota justificativă privind stabilirea cerințelor minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională cu nr.5986/24.05.2011, nu există nicio motivare referitoare la rezultatul aferent exercițiilor financiare ce trebuie să fie pozitiv.

Având în vedere prevederile art. 185 alin. (1) din OUG 34/2006, s-a reținut faptul că reclamanta avea la dispoziție suficiente elemente care să indice starea situației economico-financiară a societății din prezentarea bilanțului contabil și nu din faptul că societatea a înregistrat profit, fapt ce nu prezintă o importanță deosebită pentru faza de atribuire a contractului, restricționând în acest mod participarea unor potențiali candidați, care ar fi putut prezenta situații dezavantajoase pentru ele în acest sens la momentul respectiv.

Cu privire la solicitarea din Fișa de date a achiziției punctul IV.8 Informații privind capacitatea tehnică „asigurarea cu dotări tehnice a ofertanților cu evidențierea a minim 1 laborator autorizat de efectuare încercări în construcții grad II, 1 automacara 16 tone, 1 buldoexcavator și 3

autocamioane transport materiale candidații vor prezenta fișele tehnice ale utilajelor avute în vedere pentru realizarea lucrărilor, însoțite de documentele justificative care să ateste achiziționarea acestora, autorizația ISCIR pentru automacara/macaraua turn aflată în termenul de valabilitate" arată că, potrivit dispozițiilor art. 178 alin. (2) și art. 179 din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă trebuie să stabilească criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul cerințelor minime solicitate, în funcție de valoarea, natura și complexitatea contractului care urmează să fie atribuit și întotdeauna cu respectarea principiului proporționalității; solicitarea acestora nu trebuie să conducă la restricționarea participării la procedura de atribuire.

Scopul îndeplinirii de către operatorii economici a unor cerințe de calificare este de a demonstra potențialul tehnic, financiar și organizatoric al acestora, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă de a realiza un anumit contract de achiziție publică și capacitatea de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia. Justificarea unei astfel de solicitări are ca temei faptul că prin impunerea cerințelor respective se urmărește diminuarea apariției oricărui risc de neîndeplinire sau de îndeplinire defectuoasă a contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit. Autoritatea contractantă își creează astfel, posibilitatea de a verifica potențialul financiar, tehnic sau organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedura de atribuire, potențial care trebuie să reflecte capacitatea concretă de a executa un anumit contract de achiziție publică, precum și abilitatea de a rezolva eventualele dificultăți legate de executarea acestuia.

Cu privire la capacitatea tehnică și/sau profesională a ofertanților/candidaților, potrivit dispozițiilor art. 188 din O.U.G. nr. 34/2006, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de cantitatea/volumul și de complexitatea lucrărilor ce urmează a fi achiziționate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului de lucrări „o declarație referitoare la utilajele, instalațiile, echipamentele tehnice de care poate dispune operatorul economic pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului", arată că, în speță s-a constatat faptul că reclamanta a solicitat ofertanților să facă dovada că dispune de cel puțin următoarele echipamente: minim 1 laborator autorizat de efectuare încercări în construcții grad II, 1 automacara 16 tone, 1 buldoexcavator și 3 autocamioane transport materiale.

S-a apreciat că, în cazul atribuirii unui contract de lucrări o cerință de calificare prin care se solicită dovada că ofertantul dispune în scopul îndeplinirii contractului de un anumit număr de utilaje de o anumită capacitate, ar putea fi justificată în măsura în care solicitarea ar îndeplini cumulativ următoarele condiții: numărul utilajelor și capacitatea acestora să fie stabilite în funcție de volumul și de complexitatea lucrărilor care urmează a fi achiziționate atunci când există mai multe șantiere și este necesar să se lucreze în paralel. În conformitate cu prevederile art. 8 alin (2) din H.G. nr. 925/2006 atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției. Prin Nota justificativă privind stabilirea cerințelor minime de calificare nr. 5986/24.05.2011 nu au fost prezentate detaliat motivele concrete care au stat la baza impunerii unor valori cantitative și calitative în lista privind utilajele. Chiar dacă aceste valori au fost preluate din lista consumurilor de ore de funcționare a utilajelor, întocmită de proiectant, trebuia avut în vedere faptul că ele sunt orientative și variază în funcție de consumurile și tehnologiile ofertantului.

Astfel, potrivit art. I paragraful 2 din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, "Exigențele privind calitatea instalațiilor și a echipamentelor tehnologice de producție se stabilesc și se realizează pe bază de reglementări specifice fiecărui domeniu de activitate". Dotările tehnice (valorile/parametri) se stabilesc în corelație cu cerințele diferitelor reglementări tehnice

(normative, specificații, tehnice, ghiduri, standarde), privind abaterile admise ale principalilor parametri tehnologici.

Prin prisma celor prezentate, reclamanta avea dreptul de a solicita ofertantului să prezinte documentele din care să reiasă că dispune de capacitatea necesară (utilajele) pentru execuția lucrărilor și să nu stabilească cerințe privind calitatea echipamentelor tehnologice ce vor fi utilizate la realizarea lucrărilor. Orice limită minimă sau precizarea unor anumiți parametri sau număr de utilaje constituie o restricționare a participării ofertanților. Faptul că în cadrul Notei justificative nu au fost detaliate motivele concrete care au stat la baza impunerii unor limitări, reprezintă o încălcare a prevederilor art. 8 alin (2) din HG. nr. 925/2006. Reclamanta trebuia doar să solicite lista de utilaje și să solicite ofertanților să facă dovada că în baza listei de utilaje, a listei de cantități și a graficului de lucrări, aceștia pot executa lucrările din contract.

În speță nu există o justificare pentru impunerea unor valori în lista de utilaje, respectiv nu este motivată solicitarea unui număr de 3 autocamioane sau solicitarea unei macarale de 16 tone, având în vedere că nu este precizată o capacitate a acestora raportată la o anumită cantitate și la termenul de realizare a lucrărilor. De asemenea, nu există vreo justificare nici cu privire la restricționarea referitoare la prezentarea documentelor justificative care să ateste achiziționarea utilajelor, în condițiile în care ofertantul poate dovedi deținerea acestora pentru realizarea lucrărilor, de exemplu, prin închiriere sau comodat.

Având în vedere aspectele prezentate s-a apreciat că cerința cu privire la solicitarea unui număr de 3 autocamioane, a unei macarale de 16 tone precum și prezentarea documentelor justificative care să ateste achiziționarea utilajelor este de natură să distorsioneze participarea operatorilor economici la procedura de achiziție publică și încalcă principiul proporționalității.

Față de solicitările reclamantei prin care indică un anumit tip de marcă, s-au reținut următoarele: în categoria produselor placă gipscarton, alături de RIGIPS, se găsesc în piață, produse oferite de firme concurente cu o pondere și notorietate comparativă; spre exemplu enumerăm produsele Knauf, Lafarge, Norgips, etc;

- în categoria produselor plăci gresie și faianță, alături de cele produse de MAPISA, se găsesc în piață, produse oferite de firme concurente cu o pondere și notorietate comparativă; spre exemplu amintim produsele produsele Undefasa, Rondine Group Bisazza, DOM, FAP Ceramiche, Keope, Supergress, etc;

- în categoria produselor vopsea, alături de CASAȚI ORCHIDEA, se găsesc în piață, produse oferite de firme concurente cu o pondere și notorietate comparativă; spre exemplu enumerăm produsele Vinarom, Policolor, Kober, Oskar, etc.

În speța de față, cerințele nefiind însoțite de mențiunea "sau echivalent" a condus la restricționarea participării operatorilor economici, deoarece așa cum am arătat mai sus, există pe piață și alte produse la fel de performante. Așadar, nu se poate reține în cazul de față o justificare pentru cerințele solicitate de autoritatea contractantă, întrucât mărcile solicitate sunt recunoscute pe plan internațional, iar frecvența lor pe piață, echivalează, impropriu, mai mult cu o specificație tehnică, decât cu o denumire de marcă, aprecierea prestigiului și a prezenței pe piață a unor mărci neintrând în competența autorității contractante.

Raportat la cerințele menționate mai sus și incluse în caietul de sarcini, s-a constatat că acestea exced cadrului legal, cu atât mai mult cu cât prevederile art. 35 alin. (5) din OUG nr. 34/2006 prevăd faptul că: specificațiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici. În ceea ce privește afirmațiile reclamantei vizând necompetența materială a MDRAP de a constata "eventuale încălcări ale OUG 34/2006" arată că

acestea nu pot fi reținute având în vedere dispozițiile din OUG nr. 66/2011, respectiv art. 20 alin. 1, art. 32 din HG 457/2008.

În ceea ce privește afirmațiile reclamantei legate de lipsa prejudiciului, arată că sunt neîntemeiate avându-se în vedere că din analiza definiției neregulii se observă că în ambele cazuri se păstrează sancționarea abaterilor de la legalitate, regularitate și conformitate care prejudiciază/a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetele comunităților europene finanțatoare printr-o sumă plătită necuvenit.

Suma plătită necuvenit este suma plătită pentru cheltuieli efectuate fără respectarea legislației în materia achizițiilor publice. Față de cele de mai sus se constată că atât în cazul OG nr. 79/2003 cât și în cazul OUG nr. 66/2011 este sancționată abaterea de la legislația materiei achizițiilor publice, sancțiunea aplicată fiind proporțională cu fapta săvârșită care a condus la încălcarea prevederilor privind procedura de achiziție publică numai în cazul aplicării OUG nr. 66/2011.

Referitor la „existența sau potențialitatea unui efect prejudiciabil al încălcării/abaterii pentru bugetul general al Uniunii Europene..” art. 1 din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2988/95 al Consiliului U.E. din 18 decembrie 1995 - privind protecția intereselor financiare ale Comunităților Europene arată că, în acord cu legislația europeană, existența abaterii/neregulii/cheltuieli nejustificate presupune implicit potențialitatea/existența prejudicierii bugetului U.E. În concluzie, este corectă concluzia instanței de fond că obligația de recuperare a fondurilor UE există în toate cazurile de constatare a unor fraude sau nereguli, fără a fi necesară probarea existenței producerii unui prejudiciu."

Coroborând considerentele mai sus menționate cu dispozițiile Regulamentelor Consiliului nr. 1083/2006 și 1828/2006, respectiv Decizia Comisiei C/2011/476, în interpretarea dată dispozițiilor legale cu privire la sarcina probei referitoare la existența și producerea unui prejudiciu prin astfel de nereguli constatate în cadrul derulării unei proceduri de achiziție publică, nu poate fi reținută, fiind în afara scopului acestor reglementări și al încheierii contractului de finanțare între părți.

În caz contrar, ar fi lipsită de esență obligația statului de a recupera fondurile acordate care nu sunt eligibile în cadrul unor proceduri de atribuire desfășurate cu nerespectarea dispozițiilor în materie de achiziții publice, fiind încălcate principiile liberei concurențe și al egalității de tratament între posibilitățile ofertanți la aceste proceduri, dar și impunerea autorităților de management a unor sarcini imposibile în astfel de cazuri, respectiv obligația de a proba ipotetic certitudinea producerii unui astfel de prejudiciu, deși dispozițiile legale și comunitare/europene menționate anterior nu impun o asemenea cerință suplimentară.

În concluzie, raportat la prevederile contractuale și legale mai sus menționate, atâta timp cât beneficiarii fondurilor europene nerambursabile, încalcă dispozițiile legale în materia achizițiilor publice în implementarea proiectului, bugetul Uniunii Europene și cel național aferent acestuia este prejudiciat, sens în care se impune aplicarea unor corecții financiare, motiv pentru care solicită înlăturarea susținerilor prezentate de către reclamantă la acest punct.

Având în vedere cele prezentate, solicită a se constata că Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 57851/18.07.2013 și Decizia nr. 156/27.08.2013 au fost emise cu respectarea prevederilor legale incidente și pe cale de consecință vă solicităm să respingeți ca neîntemeiată acțiunea promovată de către UATJ Buzău. În dovedirea prezentei, înțelege să se folosească de proba cu acte și orice alte probe a căror utilitate rezultă pe parcursul judecării cauzei. Analizând actele și lucrările dosarului în raport de susținerile părților și dispozițiile legale incidente în cauză, Curtea constată următoarele:

Prin cererea înregistrată pe rolul instanței la 30.09.2013 reclamantul Consiliul Județean Buzău a solicitat în contradictoriu cu MDRAP-Direcția Constatare și Stabilire Nereguli - POR anularea Deciziei nr. 156/27.08.2013 și înregistrată la 3.09.2013 și a Notei de Constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 57851/18.07.2013 vizând contractul de finanțare nr. 1292/9.03.2011 și să se constate caracterul legal al prevederilor documentației pentru atribuirea contractului de execuție lucrări „Reabilitarea Centrului de Asistență Medico-Socială Pogoanele Județul Buzău” și să se dispună efectuarea tuturor plăților aferente acestui contract de achiziție publică.

Se reține din probele cauzei că în temeiul mandatului AM-POR nr. 45049/6.06.2013 s-a efectuat verificarea documentară a suspiciunii de nereguli ce a vizat sesizarea Unității Gestionare Nereguli Fonduri Europene nr. 28646/8.04.2013 ce conține constatări cu implicații financiare referitoare la încălcarea normelor legale în materie de achiziție publică la atribuirea contractului de lucrări nr. 8617/3.08.2011.

Controlul a fost efectuat în urma sesizării suspiciunii de nereguli în ceea ce privește contractul de achiziție menționat și conform dispozițiilor O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea Fondurilor Europene și/sau a Fondurilor Publice Naționale aferente acestora s-a stabilit aplicarea unei corecții financiare de 5% din valoarea contractului verificat. Astfel, valoarea creanțelor bugetare rezultată din aplicarea corecției financiare este de 67.157,33 lei și TVA în valoarea de 16.446,70 lei reprezentând contribuție din Fonduri UE și contribuție națională de la bugetul de stat. Contestația formulată de reclamantă a fost soluționată din decizia contestată în prezenta cauză, fiind respinsă ca nefondată.

A fost verificată cerința din fișa de date a cazierului judiciar a persoanei ce semnează oferta cu titlu de document ce dovedește capacitatea de exercitare a activității profesionale a ofertanților reținându-se că, sub aspectul dispozițiilor art. 178 alin.2 din O.U.G. nr. 34/2006 autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situație economică și financiară sau la capacitatea tehnică și profesională care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire. De asemenea, au fost verificate și aplicarea prevederilor art. 188 alin.3 din actul normativ menționat referitor la dreptul autorității contractante de a solicita ofertanților în funcție de complexitatea lucrărilor ce urmează a fi executate informații referitoare la capacitatea tehnică sau profesională în funcție de specificul lucrărilor ce urmează să fie executate.

Din cuprinsul deciziei contestate rezultă că prin fișa de date a achiziției publice s-a solicitat de către reclamant pentru demonstrarea capacității de exercitare a capacității profesionale certificatul constatator emis de ONRC din care să rezulte că în obiectul de activitate se regăsește codul CAEN 420, certificatul de înregistrare al societății, actul constitutiv al acesteia și împuternicire legală, în situația în care semnatarul ofertei nu e administratorul societății. S-a constatat astfel că reclamantul nu a garantat un tratament egal pentru operatorii economici în sensul dispozițiilor art. 179 și art.2 din O.U.G. nr. 34/2006.

De asemenea, reclamantul a solicitat operatorilor economici prezentarea bilanțurilor contabile aferente anilor 2008, 2009 și 2010 impunând cerința ca rezultatul acestor exerciții financiare să fie pozitiv. Potrivit art. 178 alin.2 din O.U.G. nr. 34/2006 autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situație economică și financiară sau la capacitatea tehnică și profesională care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire. Pe de altă parte rezultă din documentația aflată la dosarul cauzei că reclamantul nu a fost în măsură să își motiveze aceste cerințe și să elaboreze o notă justificativă pe care să o atașeze la dosarul achiziției. Nu are nicio relevanță în capacitatea ofertanților de a îndeplini condițiile contractului dacă aceștia au înregistrat profit sau pierderi, o astfel de condiție restrictivă fiind de natură să încalce dispozițiile art. 176, 178 alin.2 și 185 alin.1 din O.U.G. nr. 34/2006.

De asemenea, în ce privește capacitatea tehnică și profesională a ofertanților, potrivit art. 188 din O.U.G. nr. 34/2006 autoritatea contractantă are dreptul de a solicita acestora în funcție de specificul, cantitatea și complexitatea urărilor și numai în măsura în care sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, o declarație referitoare la instalațiile, utilajele, echipamentele tehnice de care poate dispune operatorul economic pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului.

Prin urmare, solicitarea de către reclamant de a face dovada că dispune de un anumit număr de utilaje de o anumită capacitate apare ca fiind nejustificată, iar în temeiul art.8 alin.2 din H.G. nr. 925/2006 când sunt impuse cerințe minime de calificare, autoritatea trebuie să motiveze aceste cerințe elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției, ori din nota justificativă depusă de autoritate cu nr. 5986/24.05.2011 nu rezultă motivele care au stat la baza impunerii unor valori cantitative și calitative din lista privind utilajele. S-a ajuns astfel la o restricționare a unora dintre ofertanți prin care li s-a impus o anumită valoare în lista de utilaje cât și la capacitatea acestora, precum și documente justificative privind achiziționarea utilajelor.

Totodată, precizarea unor specificații care indică o anumită origine a materialelor utilizate în executarea contractului duce la favorizarea sau eliminarea unor operatori economici sau a unor produse, specificațiile și cerințele tehnice ale caietului de sarcini fiind prevăzute în art. 35 alin.2 din O.U.G. nr. 34/2006. De asemenea, nu pot fi reținute argumentele reclamantului privind necompetența materială a MDRAP de a constata încălcări ale O.U.G. nr. 34/2006 deoarece potrivit art. 20 alin.1 din O.U.G. nr. 66/2011 „Activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare/corecțiile financiare se efectuează de către autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene prin structuri de control organizate în acest scop în cadrul acestora”. De asemenea, potrivit art. 32 ind.4 din H.G. nr. 457/2008 privind cadrul instituțional de coordonare și de gestionare a instrumentelor structurale stabilește că în cazul în care autoritatea de management consideră că au existat încălcări ale legislației comunitare sau naționale privind achizițiile publice, aceasta stabilește și aplică corecții financiare potrivit O.U.G. nr. 66/2011.

Sunt de reținut de asemenea, clauzele contractului de finanțare nr. 1292/9.03.2011 art. 9 alin. 19, 23 și art. 19 alin.25 însușit de către reclamantă potrivit cărora în scopul atribuirii contractelor de servicii, furnizare, execuție de lucrări necesare pentru implementarea proiectului care face obiectul prezentului contract beneficiarul în calitate de autoritate contractantă are obligația de a respecta prevederile legislației naționale în domeniul achizițiilor publice. Nerespectarea acestei obligații conduce la neeligibilitatea cheltuielilor astfel efectuate. Totodată, nu pot fi reținute argumentele reclamantei privind lipsa prejudiciului, suma plătită necuvenit fiind suma plătită pentru cheltuieli efectuate fără respectarea legislației achiziției publice. Prin Ordonanța 66/2011 se sancționează abaterile de la legislația materiei achizițiilor publice, sancțiunea care se aplică fiind proporțională cu fapta săvârșită care a condus la încălcarea prevederilor privind achizițiilor publice în cazul O.U.G. nr. 66/2011.

Totodată, jurisprudența I.C.C.J. a stabilit că încălcarea obligațiilor contractuale referitoare la existența conflictului de interese atrage caracterul neeligibil al sumelor acordate ca finanțare nerambursabilă indiferent dacă au fost probate sau nu producerea vreunei pagube, obligația de recuperare a fondurilor europene existând în toate cazurile de justificare a unor fraude sau nereguli fără a fi necesară probarea existenței vreunui prejudiciu. Totodată, în jurisprudența CJUE s-a statuat că inclusiv abaterile care nu au un impact precis pot afecta interesele financiare a Uniunii Europene, statul fiind în măsură să solicite beneficiarului în cauză rambursarea finanțării.

Pentru considerentele expuse, instanța apreciază ca fiind legale și temeinice Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare cât și decizia nr. 156/27.08.2013 și în consecință va respinge ca nefondată acțiunea formulată.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Respinge acțiunea formulată de reclamantul Consiliul Județean Buzău, cu sediul în Buzău, județ Buzău, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, cu sediul în București, ca neîntemeiată.

Cu recurs. Pronunțată în ședință publică, azi 17.02.2014.

Dosar nr. 5648/2/2013

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 3102
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 16.10.2013

Pe rol fiind soluționarea acțiunii în contencios administrativ formulată de reclamantul Consiliul Județean Buzău în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția Constatăre și Stabilire Nereguli POR, având ca obiect „suspendare executare act administrativ”. La apelul nominal făcut în ședință publică, la prima strigare a cauzei, la ordine, se prezintă reclamantul Consiliul Județean Buzău, prin consilier juridic G.M, care depune delegație de reprezentare la dosar, fila 63, lipsă fiind pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția Constatăre și Stabilire Nereguli POR. Procedura de citare este legal îndeplinită. S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință, care învederează instanței lipsa dovezii de achitare a cauțiunii.

Reclamantul Consiliul Județean Buzău, prin consilier juridic, depune la dosarul cauzei dovada de consemnare a cauțiunii - adresa nr. 8262 din data de 10.10.2013, în care se află consemnată suma de 6.750 lei la dispoziția Curții de Apel București. Curtea ia act că la dosarul cauzei s-a depus de către reclamantul Consiliul Județean Buzău, prin consilier juridic, dovada de consemnare a cauțiunii și dispune înaintarea originalului adresei la Registrul de valori al instanței, urmând ca la dosarul cauzei să se păstreze copia acesteia. Nemaifiind cereri prealabile de formulat, probe de propus sau excepții de invocat, Curtea constată închisă cercetarea judecătorească, față de dispozițiile art. 244 NCPC și acordă cuvântul reclamantului pe fondul cererii de suspendare. Reclamantul Consiliul Județean Buzău, prin consilier juridic, solicită admiterea acțiunii, astfel cum a fost formulată și să se dispună suspendarea executării Notei de constatare emisă de MDRT până la soluționarea pe fond a contestației împotriva actului. Curtea rămâne în pronunțare pe cererea de suspendare a executării Notei de constatare nr. 57851/18.07.2013.

CURTEA, DELIBERÂND ASUPRA CAUZEI DE FAȚĂ, REȚINE URMĂTOARELE:

Prin acțiunea înregistrată pe rolul Curții de Apel București - Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal, la data de 13.08.2013, sub nr. 5648/2/2013, reclamantul Consiliul Județean Buzău a chemat în judecată pe pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția Constatăre și Stabilire Nereguli POR, solicitând ca prin sentința ce se va pronunța să se dispună suspendarea Notei de constatare nr. 57851/ 18.07.2013 emisă de pârâtă.

În motivarea cererii de suspendare, reclamantul a arătat următoarele: în fapt, prin Nota de constatare nr. 57851/2013, pârâta a constatat existența unor nereguli privind încălcarea normativelor legale în materie de achiziție publică la atribuirea contractului de lucrări nr. 8617/3.08.2011 aferent contractului de finanțare din fonduri europene nr. 1292/09.03.2011 privind reabilitarea Centrului de Asistență Medico Socială Pogoanele, jud. Buzău. Împotriva acestei note, reclamantul a formulat contestație administrativă, conform art. 46 din OUG nr. 66/ 2011. Sub aspectul cazului justificat, s-a arătat că valoarea creanței a rezultat din corecția de 5% aplicată sumelor achitate beneficiarului reclamant aferente cererilor de rambursare nr. 2-5. Or, aceste cereri au fost verificate și aprobate de către pârâtă conform competenței prev. de art. 6 alin. 3 din OUG nr. 66/2011.

Se arată că au fost patru cereri de rambursare, ocazie cu care pârâta ar fi trebuit să verifice / reverifice legalitatea dosarului de atribuire pentru contractul de achiziție publică a execuției de lucrări prin raportare la art. 6 alin. 3, dar abia la cererea finală de rambursare a constatat existența

unor nereguli la atribuirea contractului; se mai arată că cererea de rambursare finală (nr. 6), avea ca obiect achiziția de dotări (bunuri mobile) pentru obiectivul de investiții.

Se mai arată că, în cazul celor mai multe proiecte finanțate din fonduri europene și implementate de reclamant, după finalizare, au fost constatate de către pârâtă nereguli la proceduri de achiziții publice pentru atribuirea contractelor de execuție lucrări, pentru care fuseseră înaintate și respectiv, aprobate cererile de rambursare; această situație de fapt este cel puțin contradictorie și se regăsește în cazul tuturor beneficiarilor fondurilor europene. În ceea ce privește condiția pagubei iminente, se arată că, în mod cert, punerea în executare a titlului de creanță ar genera un deficit în bugetul propriu al județului, deoarece nicio corecție financiară nu a fost estimată și nici prevăzută în bugetul local aprobat și în curs de execuție, iar cheltuielile eligibile rambursabile ar fi considerabil diminuate. Ca urmare, plata acestora înainte de finalizarea procedurilor administrative și jurisdicționale de contestare ar greva semnificativ asupra altor obligații de cheltuieli bugetare aprobate; în cazul anulării prin hotărâre judecătorească irevocabilă a acestei note de constatare, procedura de recuperare a acestor sume este deosebit de dificilă și anevoioasă.

Din punct de vedere al perturbării previzibile grave a funcționării autorității publice județene, se arată că atâta timp cât figurează în evidențele organelor financiare cu astfel de creanțe bugetare, în orice certificat de atestare fiscală se va face mențiunea și vor deveni neeligibili pentru accesarea fondurilor europene, deoarece toate ghidurile pentru accesarea fondurilor europene verifică existența unor obligații de plată neonorate. În drept, au fost invocate prev. art. 50 alin. 8 din OUG nr. 66/2011 și art. 14 din Legea nr. 554/2004.

Prin întâmpinarea formulată la data de 29.08.2013, pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția Constatare și Stabilire Nereguli POR a solicitat respingerea cererii de chemare în judecată ca neîntemeiată. Reclamantul nu a formulat răspuns la întâmpinare. Prin încheierea de ședință din 2.10.2013, a fost stabilită cauțiune în cuantum de 6.750 lei, dovada achitării acesteia fiind depusă la termenul de azi, 16.10.2013 (dovada de consemnare a cauțiunii - adresa nr. 8262 din data de 10.10.2013).

Analizând actele și lucrările dosarului, în raport de susținerile părților și de ansamblul înscrisurilor administrate în cauză, Curtea reține următoarele: În fapt, prin Nota de constatare nr. 57851/2013, pârâta a constatat existența unor nereguli privind încălcarea normativelor legale în materie de achiziție publică la atribuirea contractului de lucrări nr. 8617/3.08.2011 aferent contractului de finanțare din fonduri europene nr. 1292/09.03.2011 privind reabilitarea Centrului de Asistență Medico Socială Pogoanele, jud. Buzău.

Împotriva aceste note, reclamantul a formulat contestație administrativă, conform art. 46 din OUG nr. 66/ 2011. Prin prezenta cerere, a solicitat suspendarea executării notei de constatare de mai sus, în temeiul art. 14 din Legea nr. 554/ 2004. În drept, potrivit prev. art. 50 din OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora:

„(1) Autoritatea publică emitentă a titlului de creanță în aplicarea prevederilor art. 21 se va pronunța prin decizie motivată cu privire la admiterea, în tot sau în parte, a contestației sau la respingerea ei, în termen de 30 de zile de la data înregistrării contestației sau a completării acesteia conform art. 48 alin. (1), după caz.

(2) Autoritatea publică competentă cu soluționarea contestației poate suspenda, prin decizie motivată, procedura de soluționare atunci când:

- structura de control care a efectuat activitatea de verificare prevăzută la art. 21 a sesizat organele în drept cu privire la existența indiciilor săvârșirii unei infracțiuni, a cărei constatare ar avea o influență hotărâtoare asupra soluției ce urmează să fie dată în procedura administrativă;

- soluționarea cauzei depinde în tot sau în parte de existența sau inexistența unui drept care face obiectul unei alte judecăți;
- soluționarea cauzei depinde de reanalizarea cererii de plată și a tuturor documentelor ce au stat la baza emiterii titlului de creanță pentru beneficiarii persoane fizice sau juridice îndreptățite să primească, numai pe baza unei cereri de plată, subvenții ori ajutoare care sunt finanțate din fonduri europene și/sau fonduri publice naționale aferente acestora în cadrul politicii agricole comune și din Programul Național de Dezvoltare Rurală 2007-2013.
- (2) Procedura administrativă este reluată la încetarea motivului care a determinat suspendarea.
- (3) În cazul admiterii contestației, se decide anularea titlului de creanță atacat și, după caz, emiterea unui nou titlu, care va avea în vedere strict considerentele deciziei.
- (4) Prin soluționarea contestației nu se poate crea contestatarului o situație mai grea în propria sa cale de atac.
- (5) Decizia autorității se va comunica debitorului în termen de 5 zile lucrătoare de la pronunțare.
- (6) Introducerea contestației pe calea administrativă nu suspendă executarea titlului de creanță.
- (7) Prevederile alin. (7) nu aduc atingere dreptului contestatarului sau al împuternicitului acestuia de a cere suspendarea executării titlului de creanță, în temeiul Legii nr. 554/2004. cu modificările și completările ulterioare.
- (8) Instanța competentă poate suspenda executarea dacă se depune o cauțiune de până la 20 % din cuantumul sumei contestate.”

Conform prev. art. 14 din Legea nr. 554/ 2004 a contenciosului administrativ:

„(1) în cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, după sesizarea, în condițiile art. 7. a autorității publice care a emis actul sau a autorității ierarhic superioare, persoana vătămată poate să ceară instanței competente să dispună suspendarea executării actului administrativ unilateral până la pronunțarea instanței de fond. În cazul în care persoana vătămată nu introduce acțiunea în anularea actului în termen de 60 de zile, suspendarea încetează de drept și fără nicio formalitate.

Instanța soluționează cererea de suspendare, de urgență și cu precădere, cu citarea părților.

Când în cauză este un interes public major, de natură a perturba grav funcționarea unui serviciu public administrativ, cererea de suspendare a actului administrativ normativ poate fi introdusă și de Ministerul Public, din oficiu sau la sesizare, prevederile alin. (2) aplicându-se în mod corespunzător.

Hotărârea prin care se pronunță suspendarea este executorie de drept. Ea poate fi atacată cu recurs în termen de 5 zile de la comunicare. Recursul nu este suspensiv de executare.

În ipoteza în care se emite un nou act administrativ cu același conținut ca și cel suspendat de către instanță, acesta este suspendat de drept. În acest caz nu este obligatorie plângerea prealabilă.

Nu pot fi formulate mai multe cereri de suspendare succesive pentru aceleași motive.

Suspendarea executării actului administrativ are ca efect încetarea oricărei forme de executare, până la expirarea duratei suspendării. ”

Rezultă că, pentru a se dispune suspendarea executării unui act administrativ, trebuie să fie îndeplinite următoarele condiții:

- să fie vorba despre un act administrativ unilateral;
- să fie introdusă plângerea prealabilă împotriva actelor vătămătoare și acțiunea în anulare la instanța competentă;
- măsura suspendării să fie necesară pentru prevenirea unei pagube iminente, în sensul art. 2 alin. 1 lit. ș din lege;
- să fie vorba despre un caz bine justificat, astfel cum acesta este definit de art. 2 alin. 1 lit. t din lege.

La aceste condiții, se adaugă condiția achitării cauțiunii, prev. de art. 50 alin. 9 din OUG nr. 66/ 2011, condiție ce a fost îndeplinită în cauza de față. În ceea ce privește îndeplinirea primei condiții,

Curtea constată că nu există o controversă între părți cu privire la natura de act administrativ a notei de constatare a cărei suspendare se solicită. Astfel fiind, Curtea reține că este îndeplinită, la nivelul de aparență specific unei cereri de suspendare, prima condiție referitoare la calitatea de act administrativ unilateral.

Curtea reține că și cea de-a doua condiție este îndeplinită, reclamantul formulând contestație împotriva notei de constatare conform dovezii de la fila 26. Cu privire la condiția cazului bine justificat, conform prev. art. 2 alin. 1 lit. t din lege, prin cazuri bine justificate se înțeleg împrejurările legate de starea de fapt și de drept, care sunt de natură să creeze o îndoială serioasă în privința legalității actului administrativ. Curtea constată că actul administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care la rândul său se bazează pe prezumția autenticității și veridicității, fiind el însuși titlu executoriu. Principiul legalității actelor administrative presupune însă, atât ca autoritățile administrative să nu încalce legea, cât și ca toate deciziile lor să se întemeieze pe lege. El impune, în egală măsură, ca respectarea acestor exigențe de către autorități să fie în mod efectiv asigurată. Prin urmare, în procesul executării din oficiu a actelor administrative trebuie asigurat un anumit echilibru, precum și anumite garanții de echitate pentru particulari, întrucât acțiunile autorităților publice nu pot fi discreționare, iar legea trebuie să furnizeze individului o protecție adecvată împotriva arbitrariului.

Tocmai de aceea, suspendarea executării actelor administrative trebuie considerată ca fiind, în realitate, un eficient instrument procedural aflat la îndemâna autorității emitente sau a instanței de judecată, pentru a asigura respectarea principiului legalității, fiind echitabil ca, atâta timp cât autoritatea publică sau judecătorul se află în proces de evaluare, acestea să nu își producă efectele asupra celor vizați. În considerarea celor două principii incidente în materie - al legalității actului administrativ și al executării acestuia din oficiu - suspendarea executării constituie, însă, o situație de excepție, aceasta putând fi dispusă numai în cazurile și în condițiile expres prevăzute de lege.

Suspendarea executării actului administrativ se circumscrie noțiunii de protecție provizorie a drepturilor și intereselor particularilor până la momentul cenzurării legalității acestuia de către instanța competentă, consacrată prin mai multe instrumente juridice/internaționale, în cadrul cărora instanța trebuie să țină cont de ansamblul circumstanțelor/intereselor prezente și să acorde asemenea măsuri numai atunci când executarea actului administrativ este de natură a crea pagube grave, dificil de reparat și când există un argument juridic aparent valabil față de nelegalitatea lui. Prin urmare, cazul bine justificat și iminența pagubei sunt analizate în funcție de circumstanțele concrete ale fiecărei cauze, pe baza împrejurărilor de fapt și de drept prezentate de parte; acestea trebuie să ofere indicii suficiente de răsturnare a prezumției de legalitate de care se bucură actul sau actele administrative atacate și să facă verosimilă iminența producerii unei pagube, dificil de reparat, în cazul particular supus evaluării.

Cazul bine justificat poate fi reținut pe baza unor indicii de răsturnare a prezumției de legalitate, decelate dintr-un probatoriu căruia nu i se poate pretinde amploarea și consistența probelor ce urmează a fi administrate în cadrul acțiunii în anularea actului pentru că, în caz contrar, s-ar prejudicia fondul cauzei - ceea ce nu este permis în cadrul procedurii sumare suspendării de executare. Aceasta nu înseamnă însă că indiciile de nelegalitate trebuie să se refere exclusiv la dimensiunea formală a actului administrativ, pentru că legea nu face distincție între cerințele de legalitate de ordin procedural și cele substanțiale, esențial fiind doar ca aparența de nelegalitate să fie evidentă, să poată fi identificată fără o examinare aprofundată a cauzei.

Este incontestabil faptul că suspendarea executării actului administrativ, care se circumscrie noțiunii de protecție provizorie a drepturilor și intereselor particularilor până la momentul la care instanța competentă va cenzura legalitatea lui, constituie o măsură de excepție, presupunând dovedirea efectivă a unor împrejurări conexe regimului administrativ aplicabil actului atacat, pe

baza căreia să se poată reține îndeplinirea cumulativă a celor două condiții prevăzute de art. 14 din Legea nr. 554/2004, respectiv cazul bine justificat și iminența pagubei, astfel cum sunt definite prin art. 2 lit. ș) și t) din aceeași lege.

Pe aspectul aparenței de nelegalitate a actului administrativ atacat și în susținerea cazului justificat, reclamantul a invocat o singură împrejurare, legată de faptul că au fost patru cereri de rambursare, dar abia la cererea finală de rambursare pârâta a constatat existența unor nereguli la atribuirea contractului. Acest aspect nu constituie o împrejurare care să nască îndoieli cu privire la legalitatea notei de constatare, câtă vreme pârâta are obligație legală, instituită prin art. 4 din OUG nr. 66/2011, potrivit căruia „entitățile publice care au calitatea de autorități cu competențe în gestionarea fondurilor europene sau de beneficiari ai programelor finanțate integral sau parțial din fonduri europene și/sau din fonduri publice naționale aferente acestora au obligația organizării și exercitării de control intern, de control preventiv și de identificare și gestionare a riscurilor, precum și a exercitării activității de audit intern, în conformitate cu prevederile legislației naționale și comunitare în vigoare, precum și cu Standardele internaționale de audit.”

Astfel, continuitatea acestei obligații impune efectuarea verificării de fiecare dată; faptul că nu au fost observate nereguli cu ocazia primelor controale, nu reprezintă suficient pentru a considera că prezenta notă de constatare este nelegală. Împrejurarea că cererea de rambursare finală (nr. 6), avea ca obiect achiziția de dotări (bunuri mobile) pentru obiectivul de investiții, nu este în măsură să schimbe concluzia de mai sus.

Această concluzie este corectă, cu atât mai mult cu cât pârâta nici nu a invocat în concret vreun motiv de nelegalitate a notei de constatare, ci doar a amintit în final aspecte de ordin general, cu privire la faptul că, în cazul celor mai multe proiecte finanțate din fonduri europene și implementate de reclamant, după finalizare, au fost constatate de către pârâta nereguli la proceduri de achiziții publice pentru atribuirea contractelor de execuție lucrări, pentru care fuseseră înaintate și respectiv, aprobate cererile de rambursare.

Curtea constată că un astfel de argument nu reprezintă invocarea unui caz bine justificat, ci este doar o afirmație cu titlu generic, ce nu poate fi nici verificată și nu este nici utilă soluționării prezentei cereri. Or, în mod evident, reclamantul nu a indicat un motiv concret de admitere a cererii de suspendare; motivele de suspendare a unui act administrativ sunt distincte de motivele de anulare a acestuia, și nu se confundă. Prin urmare, Curtea constată că argumentele reclamantului sunt nefondate, sub aspectul dovedirii existenței) unui caz bine justificat.

Cu privire la paguba iminentă, conform prev. art. 2 alin. 1 lit. ș, prin pagubă iminentă se înțelege prejudiciul material viitor și previzibil sau, după caz, perturbarea previzibilă gravă a funcționării unei autorități publice sau a unui serviciu public. Din dispozițiile art. 2 alin. (1) lit. ș) din lege, rezultă că noțiunea de pagubă iminentă are în vedere producerea unui prejudiciu. Reclamantul a invocat faptul că punerea în executare a titlului de creanță ar genera un deficit în bugetul propriu al județului, deoarece nicio corecție financiară nu a fost estimată și nici prevăzută în bugetul local aprobat și în curs de execuție, iar cheltuielile eligibile rambursabile ar fi considerabil diminuate. Ca urmare, plata acestora înainte de finalizarea procedurilor administrative și jurisdicționale de contestare ar greva semnificativ asupra altor obligații de cheltuieli bugetare aprobate; în cazul anulării prin hotărâre judecătorească irevocabilă a acestei note de constatare, procedura de recuperare a acestor sume este deosebit de dificilă și anevoioasă.

Sub aspectul pagubei iminente, Curtea reține că executarea unei obligații, stabilită printr-un act administrativ, care se bucură de prezumția de legalitate, nu poate constitui prin ea însăși o pagubă, în sensul art. 2 alin. 1 lit. ș din lege. Într-adevăr, din punct de vedere economic, orice diminuare a patrimoniului constând în pierderea de eventuale drepturi salariale este echivalentă cu o pagubă,

dar din punct de vedere juridic, paguba este reprezentată doar de o diminuare ilicită a patrimoniului.

Pentru verificarea prejudiciului, trebuie stabilit că acesta nu are un caracter prezumat legal și că, în corelație cu existența unui caz bine justificat, prejudiciul logic creat prin executarea actului este unul nelegal și deci are la bază un act administrativ care nu se bucură de prezumția de legalitate; or, anterior, Curtea a statuat anterior că nu există un caz bine justificat, ceea ce face ca prezumtiva executare în sine a actului administrativ să apară ca având un caracter prezumat legal, ceea ce nu se circumscrie cerințelor art. 2 alin. (1) lit. ș) din lege.

Recuperarea dificilă a sumei, în caz de întoarcere a executării, nu a fost dovedită în concret; simpla susținere că procedura de recuperare în general este anevoioasă, nu poate duce la concluzia că există o pagubă iminentă. Aspectul legat de faptul că pot deveni pe viitor neeligibili pentru accesarea fondurilor europene, atâta timp cât figurează în evidențele organelor financiare cu astfel de creanțe bugetare, reprezintă o consecință firească a executării unui act administrativ și aparență de legalitate nezdruccinată prin dovezi temeinice.

Pentru toate aceste considerente, Curtea constată că nu sunt îndeplinite condițiile cazului bine justificat și a pagubei iminente, cerute cumulativ cu celelalte condiții prev. de art. 14 din Legea nr. 554/ 2004 și art. 50 din OUG nr. 66/ 2011, motiv care va respinge cererea de suspendare a executării notei de constatare nr. 57851/18.07.2013 emisă de pârâtă, ca nefondată.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Respinge cererea de suspendare formulată de reclamantul CONSILIUL JUDEȚEAN BUZĂU, cu sediul în Buzău, județul Buzău, în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE - DIRECȚIA CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI POR, cu sediul în sector 5, București, ca nefondată.

Cu recurs în 5 zile de la comunicare, ce se va depune la prezenta instanță.

Dosar nr. 1167/59/2013

CURTEA DE APEL TIMIȘOARA
SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 8
Ședința publică din 20 ianuarie 2014

S-a luat în examinare acțiunea formulată de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Caraș-Severin în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, având ca obiect anulare act administrativ. La apelul nominal făcut în ședință publică de către grefier se prezintă avocat S.D în reprezentarea reclamantei, lipsă fiind pârâtul. Procedura de citare este legal îndeplinită.

S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință după care, se constată depusă la dosar prin serviciul de registratură al instanței la data de 14.01.2014 întâmpinare din partea pârâtului și un set de acte, înscrisuri care se comunică la acest termen de judecată cu reprezentantul reclamantei, acesta nesolicitând termen pentru a lua cunoștință de conținutul înscrisurilor comunicate. Nemaifiind alte cereri de formulat sau probe de administrat, instanța constată cauza în stare de judecată și acordă cuvântul pentru dezbateri.

Reprezentantul reclamantei solicită admiterea acțiunii astfel cum a fost formulată, anularea în totalitate a Notei de constatare și a Deciziei de soluționare a contestației, precum și a tuturor actelor subsecvente acesteia și obligarea pârâtului la restituirea sumelor reținute din cererile de plată, până la finalizarea definitivă și irevocabilă a prezentei cauze, fără cheltuieli de judecată, invocând excepția neretroactivității OUG nr. 66/2011 și arătând că prevederile OUG nr.66/2011 nu înlocuiesc prevederile OG nr. 79/2013 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător, în cazul contractelor încheiate pe durata de valabilitate a acesteia.

CURTEA DELIBERÂND ASUPRA ACȚIUNII DE FAȚĂ, CONSTATĂ URMĂTOARELE:

Prin cererea înregistrată pe rolul Curții de Apel Timișoara sub nr. 1167/59/2013 la data de 18.11.2013 reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Caraș-Severin în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice a solicitat pronunțarea unei hotărâri judecătorești prin care să se dispună anularea în totalitate a Notei de constatare și a Deciziei de soluționare a contestației, precum și a tuturor actelor subsecvente acesteia și obligarea pârâtului la restituirea sumelor reținute din cererile de plată până la finalizarea definitivă și irevocabilă a prezentei cauze.

În motivare se arată că Județul Caraș-Severin este beneficiarul Proiectului cu denumirea „Reabilitare centru pentru persoane cu dezabilități Oravița”, cod SMIS 11981, finanțat în cadrul Programului Operațional Regional 2007-2013.

Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.57538/17.07.2013 ni s-a aplicat o corecție financiară de 10% din valoarea contractului de lucrări nr.3599/21.03.2011 încheiat cu SC HELP TRANS SRL, valoarea creanței bugetară stabilite fiind în cuantum de 270.593,79 lei.

Se arată că în sarcina reclamantei au fost reținute următoarele posibile abateri: 1.În Fișa de date a achiziției, punctul V.3 Situația economico financiară, autoritatea contractantă solicită ca cerință minimă ca ofertantul să facă dovada că media rezultatelor exercițiilor financiare nete să fie pozitivă pe ultimii 3 ani;

Se menționează că în Fișa de date a achiziției, punctul V.4, capacitatea tehnică și/sau profesională pentru coordonatorul de lucrare, responsabilul tehnic și responsabilul pentru controlul calității, autoritatea contractantă solicită ca cerință minimă „contract de muncă cu antreprenorul de 8 ore/zi la momentul deschiderii ofertei”.

Se arată că împotriva acestei Note de constatare a formulat contestație prin Adresa nr.9398/01.08.2013, iar prin Decizia nr. 168/03.09.2013 privind soluționarea contestației formulate de către UAT județul Caraș-Severin s-a respins contestația.

Pe cale de excepție, înainte de a intra în detaliile de fond ale Notei de constatare, care vizează temeinicia aspectelor reținute ca nelegale, se învederează nelegalitatea aplicării unei astfel de măsuri de stabilire a creanței bugetare, raportat la faptul că se aplică retroactiv o prevedere normativă, respectiv prevederile OUG 66/2011, sancționând astfel întocmirea unor acte care au fost redactate și care au produs consecințe juridice raportat la legile în vigoare la data emiterii acestora, adică înainte de intrarea în vigoare a OUG 66/2011, intrare în vigoare care a avut loc la data de 30 iunie 2011.

Legea aplicabilă actelor juridice este legea valabilă la data întocmirii acestora (tempus regit actum), nefiind posibil a fi sancționați pentru nerespectarea unor prevederi inexistente la data elaborării și întocmirii lor. Se ajunge la situația absurdă în care legea retroactivează și se aplică pentru sancționarea nerespectării unor norme pe care părțile, cu ocazia întocmirii actelor, nu puteau să le prevadă, nu existau, pentru a fi obligate a tine seama de aceasta.

Conform principiului neretroactivității legii, reglementările noi nu pot fi aplicate actelor și rapoartelor juridice anterioare. Autoritatea de control trebuie să țină cont de dispozițiile legale în vigoare la data nașterii raportului juridic și a întocmirii documentelor care au stat la baza procedurii de achiziție verificată.

În acest sens se invocă prevederile dispozițiilor art. 1 din vechiul C.civ. și art. 6 alin. 1 și 2 din noul C. Civ., care și-au găsit consacrară constituțională prin art. 15 alin. 2 din Constituția României, „Legea dispune numai pentru viitor, ea nu are putere retroactivă”. Potrivit acestui principiu, legea nouă nu poate să fie aplicată asupra unor raporturi juridice născute înainte de intrarea sa în vigoare, ea trebuind să respecte situațiile juridice deja consumate, în scopul asigurării stabilității raporturilor juridice.

Așadar, în primul rând, apreciază că aplicarea prevederilor OUG 66/2011 poate fi realizată doar pentru procedurile de achiziții publice organizate, elaborate și susținute după intrarea acesteia în vigoare, astfel părțile pot ține cont de normele de elaborare ce trebuie respectate și cunosc sancțiunea încălcării acestor norme.

În opinia reclamantei, OUG nr.66/2011 nu "înlocuiește" prevederile OG nr.79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător, în cazul contractelor încheiate pe durata de valabilitate a acesteia, deoarece, art.65 din OUG nr.66/2011 face următoarele trimiteri la OG nr.79/2003: "Orice referire în actele normative existente la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență la Ordonanța Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare, și orice trimitere la actul normativ menționat se vor considera ca referire/trimitere la prezenta ordonanță de urgență și/sau la secțiunile corespunzătoare din prezenta ordonanță de urgență, după caz."

După cum se observă, pentru a fi acceptată "identitatea" de reglementare juridică și de "donare" a prevederilor OG nr.79/2003 de către prevederile OUG nr.66/2011 trebuie să existe o corespondență între secțiunile celor două acte normative.

Or, reclamanta arată că în cuprinsul OG nr.79/2003 nu există nici o referire la corecții financiare; în cuprinsul OG nr.79/2003 nu există o anexă care să stabilească natura corecțiilor și cuantumul acestora.

Conform prevederilor art. 64 din Legea nr.24/2000 privind normele de tehnică legislativă, cu modificările și completările ulterioare, (combinat cu prevederea expresă a art.64 din OUG nr.66/2011), dispozițiile din OG nr.79/2003 sunt practic abrogate, fiind posibil să se facă raportări la acestea doar dacă au corespondență în cuprinsul OUG nr.66/2011, ceea ce nu este posibil în cazul corecțiilor financiare, așa cum arăta mai sus.

Analizând proiectul notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, în urma verificărilor referitoare la respectarea condițiilor legale și contractuale de către autoritatea contractantă, în ceea ce privește procedura de atribuire a contractului, UAT Caraș-Severin prin Consiliul Județean Caraș-Severin sesizează următoarele aspecte:

1. Justificarea cerinței de calificare privind punctul III.2.2. Situația economico-financiară "Media rezultatelor financiare nete (profit/pierdere) ale ofertantului trebuie să fie pozitivă pe ultimii 3 ani 2007, 2008, 2009".

Se face precizarea că lucrările de reabilitare care fac obiectul contractului au ca principală particularitate faptul că se desfășoară în cadrul unui Centru pentru persoane cu dizabilități psihice, în principal copii, unde nu a existat posibilitatea evacuării totale a spațiilor ocupate de asistați pe durata lucrărilor, ci doar comasarea acestora. Personalul angajat cu supravegherea beneficiarilor centrului este redus (7 angajați la 88 beneficiari) și nu a existat posibilitatea suplimentării personalului pe durata execuției lucrărilor. Prin urmare, beneficiarii centrului, cu grave deficiențe psihice, fără discernământ, manifestând în permanență acțiuni imprevizibile, aveau posibilitatea de a se deplasa în zonele perimetrare șantierului, fiind expuși pe toată durata lucrărilor la multiple riscuri.

Din acest motiv, s-au impus prin documentația de atribuire o serie de cerințe suplimentare pentru reducerea riscului neîndeplinirii contractului sau blocării acestuia ca urmare a întâmpinării de către executant a unor dificultăți de natură financiară.

Deoarece Rezultatul net al exercițiului (RNE) este un indicator care evidențiază rezultatul final al activității unei firme, el fiind o confirmare globală a eficienței activității unui operator economic, s-a considerat că riscul neîndeplinirii contractului este mai mic în cazul unui operator economic cu profit net pozitiv, acesta fiind susținut de existența unor disponibilități monetare reale.

Se arată că la data declanșării procedurii de achiziție publică, acest indicator era utilizat în mod curent ca și cerință de calificare în documentațiile de atribuire. Ulterior, prin intrarea în vigoare a Ord. ANRMAP 509/14.09.2011, acest indicator a fost declarat restrictiv, nemaifiind acceptată utilizarea lui ca și cerință minimă.

De asemenea se precizează că procedura de achiziție publică și, de asemenea, contractul de lucrări, au fost încheiate până în data de 21.03.2011, anterior intrării în vigoare a Ord. ANRMAP 509/14.09.2011.

Legea aplicabilă actelor juridice este legea valabilă la data întocmirii acestora (tempus regit actum), nefiind posibil a fi sancționați pentru nerespectarea unor prevederi inexistente la data elaborării și întocmirii lor. Se ajunge la situația absurdă în care legea retroactivează și se aplică pentru sancționarea nerespectării unor norme pe care părțile, cu ocazia întocmirii actelor, nu puteau să le prevadă, nu existau, pentru a fi obligate a ține seama de aceasta.

Conform principiului neretroactivității legii, reglementările noi nu pot fi aplicate actelor și rapoartelor juridice anterioare. Autoritatea de control trebuie să țină cont de dispozițiile legale în vigoare la data nașterii raportului juridic și a întocmirii documentelor care au stat la baza procedurii de achiziție verificată.

Așadar, apreciază că aplicarea prevederilor Ord. ANRMAP 509/14.09.2011 poate fi realizată doar pentru procedurile de achiziții publice organizate, elaborate și susținute după intrarea acestora în vigoare, astfel părțile pot ține cont de normele de elaborare ce trebuie respectate și cunosc sancțiunea încălcării acestor norme.

Având în vedere specificul lucrării, s-a solicitat ca personalul cheie ce va fi angajat în proiect să fie format din:

- a) Coordonator de lucrare: studii superioare în domeniul construcțiilor, cu minim 5 ani vechime în execuție, contract de muncă de 8 ore/zi cu antreprenorul, experiență profesională specifică în calitate de Responsabil de contract/șef șantier/Coordonator de lucrare în lucrări de construcții, pentru cel puțin un contract de lucrări
- b) Responsabil tehnic cu execuția RTE pe domeniul construcții civile, atestat profesional la zi, contract de muncă de 8 ore/zi cu antreprenorul, experiență profesională specifică în calitate de Responsabil RTE în lucrări de construcții civile de minim 2 ani
- c) Responsabil pentru controlul calității CQ în domeniul construcții civile, atestare tehnico-profesională pentru activitatea de responsabil cu controlul de calitate, contract de muncă cu antreprenorul experiență profesională specifică în calitate de RQ de minim 2 ani.
- d) Responsabil de securitate și sănătate al lucrării, în relație de muncă legală cu antreprenorul, atestare profesională că poate desfășura activitatea de responsabil cu protecția muncii, experiență profesională specifică în calitate de Responsabil de securitate și sănătate în lucrări de construcții, pentru cel puțin un proiect.

Se precizează că structura personalului cheie solicitată în documentația de atribuire (Coordonator de lucrare, RTE, RQ și Responsabil SSM) este cea impusă de cerințele prevederilor legale în vigoare: Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții

HG nr. 766/1997 pentru aprobarea unor regulamente privind calitatea în construcții

Legea nr. 319/2006 a securității și sănătății în muncă.

Conform H.G. 925/2006 art.7 "Criteriile de calificare și selecție, astfel cum sunt prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedura, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia".

Totodată se face precizarea că lucrările de reabilitare care fac obiectul contractului au avut ca principală particularitate faptul că se desfășoară în cadrul unui Centru pentru persoane cu dezabilități psihice, în principal copii, unde nu a existat posibilitatea evacuării totale a spațiilor ocupate de asistați pe durata lucrărilor, ci doar comasarea acestora. Personalul angajat cu supravegherea beneficiarilor centrului este redus (7 angajați la 88 beneficiari) și nu a existat posibilitatea suplimentării personalului pe durata execuției lucrărilor. Prin urmare, beneficiarii centrului, cu grave deficiențe psihice, fără discernământ, manifestând în permanență acțiuni

imprevizibile, aveau posibilitatea de a se deplasa în zonele perimetrare șantierului, fiind expuși pe toată durata lucrărilor la multiple riscuri.

Din acest motiv, s-au impus prin documentația de atribuire o serie de cerințe suplimentare pentru reducerea riscului neîndeplinirii contractului sau blocării acestuia din motive tehnice sau din lipsa de personal specializat. Astfel s-a considerat că prezentarea unei experiențe specifice minime (minim un contract de lucrări anterior ptr. șeful de șantier și responsabilul SSM, respectiv minim 2 ani experiență specifică ptr. RTE și RQ) ar reduce riscul neîndeplinirii contractului de lucrări la standardele de calitate impuse sau al prelungirii nejustificate a duratei lucrărilor ca urmare a unor probleme în execuție.

Având în vedere prevederile art. 14 din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții „Agenții economici care executa lucrări de construcții asigura nivelul de calitate corespunzător cerințelor, prin personal propriu”, condiția ca pentru personalul cheie solicitat să se prezinte dovada unui contract de muncă cu antreprenorul, respectiv unei relații de munca cu antreprenorul, era o cerință uzuală la data încheierii contractului de lucrări.

La data declanșării procedurii de achiziție publică, această condiție era utilizată în mod curent ca și cerință de calificare în documentațiile de atribuire. Ulterior, prin intrarea în vigoare a Ord. ANRMAP 509/14.09.2011, această cerință a fost declarată restrictivă.

Precizează că procedura de achiziție publică și, de asemenea, contractul de lucrări, au fost încheiate până în data de 21.03.2011, anterior intrării în vigoare a Ord. ANRMAP 509/14.09.2011.

Legea aplicabilă actelor juridice este legea valabilă la data întocmirii acestora, nefiind posibil a fi sancționați pentru nerespectarea unor prevederi inexistente la data elaborării și întocmirii lor. Se ajunge la situația absurdă în care legea retroactivează și se aplică pentru sancționarea nerespectării unor norme pe care părțile, cu ocazia întocmirii actelor, nu puteau să le prevadă, nu existau, pentru a fi obligate a ține seama de aceasta.

Conform principiului neretroactivității legii, reglementările noi nu pot fi aplicate actelor și rapoartelor juridice anterioare. Autoritatea de control trebuie să țină cont de dispozițiile legale în vigoare la data nașterii raportului juridic și a întocmirii documentelor care au stat la baza procedurii de achiziție verificată.

Așadar, apreciază că aplicarea prevederilor Ord. ANRMAP 509/14.09.2011 poate fi realizată doar pentru procedurile de achiziții publice organizate, elaborate și susținute după intrarea acestora în vigoare, astfel părțile pot ține cont de normele de elaborare ce trebuie respectate și cunosc sancțiunea încălcării acestor norme.

În concluzie, procedura de achiziție publică și, de asemenea, contractul de lucrări au fost încheiate până în data de 21.03.2011, anterior intrării în vigoare a Ord. ANRMAP 509/14.09.2011.

Legal citat, pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, a formulat întâmpinare prin care a solicitat respingerea ca neîntemeiată a plângerii formulate de către reclamanta UAT Județul Caraș Severin și menținerea ca temeinice și legale a Deciziei nr. 162/03.09.2013 și a Notei de constatare nr. 57538/17.07.2013. În considerente se arată că prevederile art. 66 din actul normativ invocat precizează că "Activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare".

Din interpretarea acestui text legal, rezultă per a contrario că activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare desfășurate după data intrării în vigoare a ordonanței se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor O.U.G. nr.66/2011.

În speță, activitatea de control s-a concretizat prin Nota de constatare nr. 57538 încheiată în data de 17.07.2013, deci după intrarea în vigoare a ordonanței, astfel că rezultă indubitabil că acest act normativ nu a fost aplicat retroactiv. În acest sens, s-a pronunțat și Curtea de Apel București, prin sentința civilă nr. 6737/15.11.2011 în soluționarea dosarului nr. 9180/2/2011.

Abaterile de la prevederile legislației naționale și comunitare sunt sancționate în baza legii specifice aplicabile la data efectuării controlului, însă calificarea abaterii se realizează prin raportare la dispozițiile legale incidente la momentul la care faptele și actele juridice s-au produs.

Se invederează că interpretarea acestor prevederi legale rezultă din situația de excepție a activității de control, controlul având caracter ulterior, inclusiv în lăuntrul termenului de prescripție extintivă.

Se menționează că sancțiunea din Ordonanța Guvernului nr. 79/2003, în cazul constatării unei abateri de la legalitate, ar fi fost declararea ca neeligibile a cheltuielilor efectuate în cadrul proiectului, cu alte cuvinte o corecție de 100%.

Constatându-se că aplicarea în timp a O.G. nr. 79/2003 a generat stabilirea unor debite excesive în sarcina beneficiarilor fondurilor europene, O.U.G. nr.66/2011 a consacrat prin art.2 lit. n) principiul proporționalității.

Acest principiu și-a găsit exprimarea concretă în prevederile anexei 1 ale O.U.G. nr. 66/2011 în care sunt stabilite procentual corecțiile fiscale pentru fiecare abatere constatată.

Art. 15 alin. (2) din Constituția României consacră principiul neretroactivității legii, sens în care prevede că "legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile". Aplicarea principiului constituțional enunțat mai sus la specificul raporturilor fiscale, cu referire expresă la problematica evocată în cauză și care vizează în esența sa, aplicarea în timp a legii fiscale, comportă o serie de distincții după cum urmează:

În marea lor majoritate, normele fiscale au un caracter imperativ, ceea ce face ca acestea să se înscrie în situațiile juridice obiective. Aceste situații fac delimitarea de situațiile juridice subiective în care subiectele de drept au posibilitatea opțiunii aplicării normelor juridice fiscale.

Mai mult decât atât, se arată că din analiza comparativă a dispozițiilor cuprinse în O.G. nr. 79/2003, cu modificările și completările ulterioare și O.U.G. nr. 66/2011 se constată că prevederile de natură fiscală ale celor două ordonanțe, reglementează în mod evident situații juridice obiective, așa încât, aplicarea unor corecții fiscale mai favorabile reglementate de legea nouă - O.U.G. nr. 66/2011 - unor situații juridice obiective (nereguli) consemnate sub imperiul legii vechi - O.G. nr. 79/2003 - nu încalcă principiul constituțional al neretroactivității legii consacrat de art. 15 alin. (2) din Constituția României și nici principiul legalității consacrat în materie fiscală.

Diferit de reglementările de ordin fiscal, cele două ordonanțe conțin și norme de procedură fiscală (constatarea neregulilor, căile de atac), așa încât sub aspectul activității de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare, legea nouă este de imediată aplicare, cu excepția situației tranzitorii reglementată de art. 66 din O.U.G. nr. 66/2011. În acest sens, s-a pronunțat și Curtea de Apel Suceava, prin sentința civilă nr. 105/19.03.2012 în soluționarea dosarului nr. 1206/39/2011.

Este adevărat că la momentul derulării procedurilor de achiziție în speță erau în vigoare dispozițiile OG nr. 79/2003, însă la momentul inițierii controlului erau în vigoare prevederile OUG nr. 66/2011, iar față de cele statuate de art. 66 din acest act normativ reiese în mod neîndoielnic că dispozițiile privind procedura de realizare a controlului, respectiv actele administrative ce urmau a se încheia în această etapă și căile de atac sunt cele ale noului act normativ, întrucât era vorba de o normă de procedură, principiul general valabil la acel moment fiind cel al imediatei aplicări (art. 725 din Codul de procedură civilă 1865).

Pe de altă parte, descrierea neregulii din art. 2 alin. 1 lit. a) din OUG nr. 66/2011 se regăsea atât în legislația națională cât și în cea supranațională (art. 2 pct. 7 din Regulamentul CE nr. 1083/2006, respectiv art. 1 alin. 2 din Regulamentul CE, EURATOM nr. 2988/1995) în vigoare și direct aplicabilă la momentul încheierii contractelor.

Se mai arată că prin clauza de la art. 8 alin. 25 din contractul de finanțare, UAT Județul Caraș Severin și-a asumat obligația de a respecta prevederile legislației naționale în domeniul achizițiilor publice, sub sancțiunea „neeligibilității cheltuielilor astfel efectuate”.

Legat de posibilitatea de efectuare a controlului după finalizarea propriu-zisă a procedurii de atribuire, în art. 8 alin. 19-23 din contract sunt detaliate obligațiile reclamantei cu privire la supunerea oricărui control sau verificări vizând modul de derulare a procedurii și gestionare a fondurilor nerambursabile obținute pe o perioadă de 5 ani de la data închiderii oficiale a POR 2007-2013.

Este de subliniat, de asemenea, faptul că, potrivit art. 98 alin. 1-2 din Regulamentul CE nr. 1083/2006 al Consiliului din 11 iulie 2006 de stabilire a anumitor dispoziții generale privind Fondul European de Dezvoltare Regională, Fondul Social European și Fondul de Coeziune și de Abrogare a Regulamentului nr. 1260/1999, normă unională la care face trimitere expresă Ghidul pentru determinarea corecțiilor financiare, „(1) Este în primul rând responsabilitatea statelor membre să caute neregularitățile, să ia măsuri atunci când se constată o schimbare importantă care afectează natura sau condițiile de aplicare sau de control al operațiunilor sau al programelor operaționale și să procedeze la corecțiile financiare necesare.

(2) Statele membre procedează la corecțiile financiare necesare pentru neregularitățile individuale sau sistemice constatate în operațiunile sau în programele operaționale. Corecțiile la care procedează statele membre constau în anularea totală sau parțială a participării publice pentru programul operațional. Statele membre țin seama de natura și de gravitatea neregularităților și a pierderii financiare care rezultă pentru fonduri.”

În concluzie, în condițiile în care prin contractul de finanțare s-a prevăzut obligația respectării întocmai a legislației în domeniul achizițiilor publice, cu posibilitatea aplicării unei corecții financiare, nu se poate reține în speța de față nerespectarea principiului neretroactivității legii.

Potrivit art. 178 alin. (2) din OUG nr.34/2006: "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire”.

Art.185 alin. (1) din OUG nr.34/2006 prevede: "Demonstrarea situației economice și financiare se realizează, după caz, prin prezentarea unuia sau mai multor documente relevante, cum ar fi:

b) bilanțul contabil sau extrase de bilanț, în cazul în care publicarea acestor bilanțuri este prevăzută de legislația țării în care este stabilit ofertantul/candidatul”.

Conform art. 8 din HG nr.925/2006: "(1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care:

- a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;
- b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.

(2) Atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției".

Având în vedere textele legale menționate anterior, precizarea în Fișa de date a achiziției a cerinței conform căreia media rezultatelor exercițiilor financiare nete să fie pozitivă pe ultimii 3 ani 2007, 2008, 2009 a condus la restricționarea accesului operatorilor economici la procedura de atribuire. Astfel, cu privire la solicitarea ca "media rezultatelor exercițiilor financiare să fie pozitivă", vă rugăm să observați faptul că UAT Județul Caraș-Severin, în calitatea sa de autoritate contractantă a considerat în mod discreționar că numai acel operator care a înregistrat profit este în măsură să-și îndeplinească obligațiile contractuale. Apreciem astfel că potențialii candidați trebuiau să demonstreze doar solvabilitatea ofertantului la momentul prezentării ofertei, în baza indicatorilor prezentați în cadrul bilanțului.

Mai mult, în situația în care solicită anumite cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, reclamanta trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe și să elaboreze în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției. În nota justificativă pentru stabilirea cerințelor minime de calificare a ofertanților cu nr.1510/07.02.2011 nu există nicio motivare referitoare la rezultatul aferent exercițiilor financiare ce trebuie să fie pozitiv.

Având în vedere prevederile art.185 alin. (1) din OUG 34/2006, enunțate mai sus apreciem faptul că reclamanta avea la dispoziție suficiente elemente care să indice starea situației economico-financiară a societății din prezentarea bilanțului contabil și nu din faptul că societatea a înregistrat profit, fapt ce nu prezintă o importanță deosebită pentru faza de atribuire a contractului, restricționând în acest mod participarea unor potențiali candidați care ar fi putut prezenta situații dezavantajoase pentru ele în acest sens la momentul respectiv.

Potrivit Legii 31/1990 privind societățile comerciale și a Legii Contabilității 82/1991, toți agenții economici (toate persoanele juridice) sunt obligați să întocmească bilanț contabil.

Bilanțul contabil este un procedeu al metodei contabilității prin care se asigură reprezentarea situației financiare. El evidențiază valoric echilibrul dintre bunurile economice și sursele lor de finanțare.

Bilanțul contabil curent se întocmește în cursul activității întreprinderii, la termenele impuse de legislația în vigoare. Acesta se întocmește pe baza situației din conturi, a soldurilor conturilor preluate ca posturi de bilanț.

Bilanțul contabil anual se întocmește la sfârșitul anului pe baza datelor din conturi și presupune în mod obligatoriu verificarea prealabilă a realității acestora prin inventariere.

Astfel, bilanțul contabil este un document ce prezintă o multitudine de date și informații și nu este un rezultat al unui calcul, care să poată fi negativ sau pozitiv.

Având în vedere cele precizate, se poate constata că sunt suficiente elemente care pot indica situația economico-financiară a societății doar din prezentarea bilanțului contabil, și nu prin faptul că societatea a înregistrat sau nu profit, această cerință devenind astfel o condiție restrictivă ce

încalcă dispozițiile art. 176, art. 178, alin. (2) și ale art. 185 alin. (1) lit. b din O.U.G. nr. 34/2006, coroborate cu prevederile art. 8 alin. (1) și alin. (2) din H.G. nr. 925/2006.

Capacitatea ofertanților de a îndeplini contractul nu este influențată de faptul că aceștia au înregistrat profit sau pierderi, acest lucru neprezentând importanță pentru faza de atribuire a contractelor de achiziție publică. Astfel, obținerea de profit nu este o informație relevantă pentru viitor, întrucât poate fi doar conjuncturală, ci mai degrabă analiza situației în ansamblu a societății din punct de vedere economico - financiar poate furniza informații despre starea societății și mai ales despre o previziune a evoluției ei.

De asemenea, conform articolului 44 alin. (2) al doilea paragraf din Directiva 2004/18, un nivel minim de capacități trebuie să fie proporțional cu obiectul contractului. Rezultă de aici că elementul sau elementele din bilanț selectate de o autoritate contractantă pentru a formula un nivel minim de capacitate economică și financiară trebuie să fie în mod obiectiv apte să ofere informații cu privire la această capacitate în privința unui operator economic și că pragul stabilit astfel trebuie să fie adaptat la importanța contractului în cauză, în sensul că constituie în mod obiectiv un indiciu pozitiv al existenței unei baze economice și financiare suficiente pentru a finaliza executarea acestui contract, fără a depăși totodată ceea ce este necesar în mod rezonabil în acest scop.

Din analiza documentelor existente la dosar, nu rezultă că reclamanta a prezentat o justificare în măsură să ofere informații privitoare la cele menționate anterior și care să constituie un element obiectiv și suficient pentru dovedirea capacității operatorilor economici de a finaliza contractul.

Potrivit art. 178 alin. (2) din OUG nr.34/2006: "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire".

Conform prevederilor art. 179 din același act normativ: "Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit. În acest sens, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia".

Totodată, potrivit art. 188 alin. (3) din OUG nr.34/2006: "în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de lucrări, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea lucrărilor ce urmează să fie executate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

- a) o listă a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări. Respectivul certificări indică beneficiarii, indiferent dacă aceștia sunt autorități contractante sau clienți privați, valoarea, perioada și locul execuției lucrărilor și precizează dacă au fost efectuate în conformitate cu normele profesionale din domeniu și dacă au fost duse la bun sfârșit;
- b) informații referitoare la personalul/organismul tehnic de specialitate de care dispune sau al cărui angajament de participare a fost obținut de către candidat/ofertant, în special pentru asigurarea controlului calității;
- c) informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru execuția lucrărilor (...)"

Din textul legal invocat anterior rezultă că verificarea capacității tehnice și/sau profesionale în cazul unui contract de lucrări se poate realiza prin solicitarea, printre altele, de informații referitoare la personalul/organismul tehnic de specialitate de care dispune sau al cărui angajament de participare a fost obținut de către candidat/ofertant, în special pentru asigurarea controlului calității, respectiv informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului.

Relevant este, așa cum prevăd și textele legale enunțate mai sus, pregătirea profesională individuală dublată de experiența individuală, toate acestea fiind certificate de implicarea în diverse activități specifice domeniului obiectului contractului.

Așadar, din textele legale menționate mai sus, nu reiese de ce impunerea unei condiții de genul existenței unui „contract de muncă”, este necesară pentru îndeplinirea contractului, această cerință restricționând în mod evident participarea potențialilor candidați la atribuirea contractului de achiziție publică, care puteau să prezinte alte variante care să corespundă condițiilor impuse în fișa de date a achiziției sau caietul de sarcini, respectiv contracte de prestări servicii sau orice formă de colaborare fără obligativitatea existenței unui contract de muncă, în condițiile în care prevederile legale permit și alte forme de a presta o muncă.

Potrivit normelor legale în vigoare, legiuitorul a lăsat strict la alegerea operatorului economic forma în care dorește să facă dovada personalului de care dispune: contract de muncă, contract civil sau angajament de disponibilitate, oricare formă din cele menționate fiind suficientă pentru a oferi autorității contractante garanția că ofertantul dispune de persoane care să ducă la îndeplinire contractul de achiziție. În cazul de față, reclamanta a impus prezentarea unui contract de muncă cu antreprenorul de 8 ore/zi la momentul deschiderii ofertei.

Atât contractul de colaborare, cât și angajamentul de disponibilitate reprezintă o varietate de acte juridice care dau naștere prin ele însele unui raport obligațional, care leagă două persoane ca urmare a declarației de voință. Astfel, motivarea reclamantei "având în vedere specificul lucrării, s-a considerat ca prezentarea unei experiențe specifice minime (contract de muncă cu antreprenorul de 8 ore /zi la momentul deschiderii ofertei) ar reduce riscul neîndeplinirii contractului de lucrări la standardele de calitate impuse sau al prelungirii nejustificate a duratei lucrărilor", nu este de natură să reprezinte o justificare a nesocotirii drepturilor acordate de lege operatorului economic și impunerea unor condiții mai stricte decât cadrul legal aplicabil.

În completarea textelor legale invocate mai sus vin și dispozițiile art.8 din HG 925/2006, conform cărora:

”(1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care:

- a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;
- b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

(2) Atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe”.

Având în vedere acest text de lege, reclamanta trebuia să motiveze cerințele impuse elaborând o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției, ce trebuie să cuprindă o detaliere temeinică a motivelor care au stat la baza impunerii acestor cerințe minime, deoarece alegerea acestei soluții

reprezintă o situație de excepție și nu o regulă, simpla enumerare a acestor cerințe neputând fi asimilată unei justificări.

În Nota justificativă pentru stabilirea cerințelor minime de calificare a ofertanților nr.1510/07.02.2011, lipsește motivarea solicitării privind personalul de specialitate, respectiv contract de muncă cu antreprenorul de 8 ore/zi la momentul deschiderii ofertei.

În consecință, solicită a se observa faptul că neexistând o justificare a introducerii unor cerințe minime de calificare referitoare la capacitatea tehnică și profesională, așa cum obligă prevederile art.8 alin.(2) din HG 925/2006, UAT Județul Caraș-Severin avea dreptul de a solicita doar informații referitoare la personalul/organismul tehnic de specialitate de care dispune (...) sau informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea (...) persoanelor responsabile pentru execuția lucrărilor. În cazul în care ar fi avut îndoieli privind capacitatea profesională, comisia de evaluare trebuia să solicite clarificări cu privire la modul în care ofertanții pot executa lucrările din contract în baza listei de personal, a listei de cantități și a graficului de lucrări.

Referitor la susținerea reclamantei potrivit căreia procedura de achiziție și contractul de lucrări au fost încheiate până în data de 21.03.2011, anterior intrării în vigoare a Ordinului ANRMAP nr. 509/14.09.2011, se arată că, chiar dacă Ordinul a intrat în vigoare în 2011, acest lucru nu afectează obligația autorităților contractante de a respecta dispozițiile OUG nr.34/2006 și de a nu impune cerințe de calificare care să conducă la restricționarea participării la procedură, astfel cum dispune art. 178 alin. (2) din OUG nr.34/2006.

Responsabilitatea respectării prevederilor privind materia achizițiilor publice, respectiv scopului și principiilor acesteia în cadrul procedurilor de achiziție revine autorității contractante.

Ordinul ANRMAP nr. 509/2011 nu exonerează reclamanta de obligativitatea respectării legislației privind materia achizițiilor publice în vigoare la momentul derulării procedurii, respectiv OUG nr.34/2006 și HG nr.925/2006.

Îndatorirea respectării prevederilor OUG nr.34/2006 și a HG nr.925/2006 rezultă din caracterul obligatoriu al legii, care se impune subiecților de drept sub sancțiunea prevăzută de lege, care în cazul de față este aplicarea de corecții financiare.

Față de toate aceste motive, consideră că actele administrative contestate au fost întocmite cu respectarea legislației în vigoare și, pe cale de consecință, solicităm onoratei instanțe respingerea ca neîntemeiată a plângerii formulate de către reclamanta UAT Județul Caras Severin și menținerea ca temeinice și legale a Deciziei nr. 162/03.09.2013 și a Notei de constatare nr. 57538/17.07.2013.

Analizând actele și lucrările dosarului, Curtea constată următoarele: în fapt, echipa de control din cadrul instituției pârâte a efectuat verificări documentare cu privire la suspiciunea existenței unei nereguli ce vizează aspecte menționate în sesizarea cu Unității Gestionare Nereguli Fonduri Europene nr. VT-27656/04.04.2013 conținând constatări cu implicații financiare cu privire la atribuirea contractului de lucrări nr. 3599/21.03.2011.

Rezultatul controlului astfel efectuat este consemnat în Nota de constatare nr. 57538/17.07.2013, în cuprinsul căreia se reține că în fișa de date a achiziției pct. V.3 situația economico financiară, autoritatea contractantă a solicitat ca cerință minimă ca ofertantul să facă dovada că media rezultatelor exercițiilor financiare nete să fie pozitivă pe ultimii trei ani, precum și că în fișa de date a achiziției pct. V.4 capacitatea tehnică și/sau profesională pentru coordonatorul de lucrare, responsabilul tehnic și responsabilul pentru controlul calității, autoritatea contractantă solicită ca

cerință minimă „contract de muncă cu antreprenorul de 8 ore pe zi la momentul deschiderii ofertei”.

Organele de control au constatat astfel că reclamanta ar fi restricționat participarea operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului prin impunerea de cerințe minime de calificare nelegale, stabilind limite pentru ofertanți, fiind încălcate o serie de prevederi din OUG nr. 34/2006 și HG. 925/2006.

Ca urmare a constatărilor anterior menționate, s-a aplicat reclamantei o reducere procentuală de 10% din valoarea contractului în conformitate cu pct. 2.3 din Anexa la OUG nr. 66/2011-Aplicarea unor criterii de calificare și selecție sau a unor criterii de atribuire.

Astfel, valoarea corecției financiare este de 243.882,21 lei la care se adaugă TVA aferentă în valoare de 58.531,73 lei din care: contribuție din fondul UE - 207.299,88 lei, contribuție publică națională de la bugetul de stat - 31.655,91 lei, contribuție privată - 4926,42 lei și TVA recuperabilă în cuantum de 58.531,73 lei.

Reclamanta critică măsurile dispuse prin Nota de constatare, atât sub aspectul temeiului legal aplicat sancțiunilor dispuse, cât și în ceea ce privește legalitatea considerentelor pentru care s-a emis nota de constatare.

Astfel, reclamanta arată că este nelegală aplicarea unei măsuri de stabilire a creanței bugetare prin invocarea în mod retroactiv a prevederilor OUG nr. 66/2011, fiind sancționată întocmirea unor acte care au fost redactate și au produs consecințe juridice anterior intrării în vigoare a OUG nr. 66/2011.

Față de această apărare formulată de reclamantă, Curtea constată că în speță activitatea de verificare a contractului de achiziție perfectat de reclamantă s-a desfășurat în perioada 10.06.2013 - 21.06.2013, conform Notei de constatare nr. 57538/17.07.2013.

Prin urmare, controlul a fost desfășurat după intrarea în vigoare a OUG nr. 66/2011, act normativ care reglementează activitățile de prevenire, de constatare a neregulilor, de stabilire și de recuperare a creanțelor bugetare rezultate din neregulile apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, precum și de raportare a neregulilor către Comisia Europeană sau către alți donatori internaționali.

Curtea reține că în acord cu dispozițiile art. 66 din acest act normativ „Activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare”.

Din analiza acestui articol rezultă că doar activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data de 30.06.2011, când a intrat în vigoare OUG nr. 66/2011, se finalizează conform prevederilor OG nr. 79/2003. Astfel, rezultă că toate activitățile de constatare a neregulilor și de stabilirea a creanțelor bugetare care au început după data intrării în vigoare a OUG nr. 66/2011 sunt guvernate de dispozițiile acestui act normativ, în integralitatea sa.

Prin urmare, OUG nr. 66/2011 nu a fost aplicat retroactiv, ci, dimpotrivă, organele de control au respectat întocmai principiul neretroactivității legii civile și a aplicării legii imediate a legii civile noi.

Nu prezintă importanță data la care a fost încheiat contractul de lucrări de către reclamantă, ci perioada în care s-a desfășurat controlul de către organele de control din cadrul pârâtei, câtă vreme activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare este reglementată de dispoziții legale în vigoare la data efectuării acestor activități.

În ceea ce privește fondul considerentelor pentru care a fost întocmită Nota de constatare, Curtea reține că reclamanta a apreciat ca justificată cerința de calificare privind punctul III.2.2 situația economico-financiară „media rezultatelor financiare nete ale ofertantului trebuie să fie pozitivă pe ultimii 3 ani, 2007, 2008, 2009”, menționând că lucrările de reabilitare care fac obiectul contractului de achiziție au ca principală particularitate faptul că se desfășoară în cadrul unui centru pentru persoane cu dizabilități psihice, în principal copii, unde nu există posibilitatea evacuării totale a spațiilor ocupate, ci doar comasarea acestora, aspect ce a necesitat să se impună prin documentația de atribuire o serie de cerințe suplimentare pentru reducerea riscului neîndeplinirii contractului sau blocării acestuia ca urmare a existenței unei dificultăți de natură financiară pentru executant.

Reclamanta a considerat că cerința de calificare anterior precizată este un indicator care evidențiază rezultatul final al activității unei firme, conformând eficiența activității acesteia.

Totodată reclamanta arată că nu i se aplică prevederile Ordinului ANRMAP nr. 509/14.09.2011, prin care acest indicator a fost declarat restrictiv întrucât contractul de lucrări a fost perfectat la data de 21.03.2011, anterior intrării în vigoare a acestui ordin.

Curtea constată că în aprecierea legalității cerințelor impuse de către reclamantă în documentația de atribuire organele de control au avut în vedere dispozițiile OUG nr. 34/2006, ale HG nr.925/2006, precum și ale Legii nr. 82/1991.

Din cuprinsul Notei de constatare rezultă că organele de control nu au avut în vedere prevederile Ordinului ANRMAP nr. 509/2011.

Astfel, Curtea constată că potrivit dispozițiilor art. 148 alin. 2 din OUG nr. 34/2006 „autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire”.

În cuprinsul OUG nr. 34/2006, și anume în art. 185 legiuitorul a stabilit că situația economică și financiară poate fi demonstrată prin prezentarea unuia sau mai multe documente relevante, cum ar fi: bilanțul contabil sau extrase de bilanț, în cazul în care publicarea acestora este prevăzută de legislația țării în care este stabilit ofertantul. Conform Legii nr. 82/1991, bilanțul contabil este un procedeu prin care se asigură reprezentarea situației financiare, întocmindu-se pe baza situației de conturi, a soldurilor conturilor preluate ca posturi de bilanț. Bilanțul contabil este un document ce cuprinde date și informații multiple și nu este un rezultat al unui calcul, astfel că prin prezentarea unui astfel de act pot fi analizate suficiente elemente relevante pentru situația economică și financiară a societății.

Curtea constată că în mod corect organele de control au apreciat că eventuala capacitate a ofertanților de a duce la îndeplinire obligațiile ce rezultă din contractul de achiziție nu este influențată de împrejurarea că aceștia au obținut profit timp de trei ani, impunându-se doar analiza situației de ansamblu a societății din punct de vedere economico-financiar.

Totodată, Curtea constată că în măsura în care autoritatea contractantă impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau

profesională, aceasta trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției.

Din cuprinsul înscrisurilor existente la dosarul cauzei, rezultă că autoritatea contractantă a menționat în cadrul Notei justificative privind cerința minimă în discuție că o astfel de cerință se solicită pentru reducerea riscului neîndeplinirii contractului, nefăcând alte precizări.

Față de această împrejurare, Curtea apreciază că eventualii ofertanți în cadrul unei proceduri de achiziție trebuie să fie în măsură să demonstreze solvabilitatea lor, în cadrul bilanțului, iar nu obținerea de profit pe ultimii trei ani, printr-o astfel de cerință fiind restricționată participarea altor candidați la procedura de achiziție.

În ceea ce privește cerința de calificare privind punctul III.2.3 capacitatea tehnică - personal cheie angajat în proiect, Curtea constată că organele de control au stabilit că este excesiv să se solicite pentru personalul de specialitate contract de muncă cu antreprenorul de 8 ore pe zi la momentul deschiderii ofertei.

Reclamanta a apreciat că această cerință este justificată în vederea reducerii riscului neîndeplinirii contractului sau blocării acestuia din motive tehnice sau din lipsa de personal specializat. Totodată au fost invocate dispozițiile art. 14 din Legea nr. 10/1995, precum și împrejurarea că doar prin Ordinul, ANRMAP nr. 509/2011 această cerință a fost declarată restrictivă, însă acest act normativ nu se aplică, contractul de achiziții fiind încheiat anterior intrării în vigoare a acestui act normativ.

Curtea reține că potrivit art. 179 din OUG nr. 34/2006 autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă legătură concretă cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit. Legiuitorul a statuat că nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care dovedesc îndeplinirea acestor cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv.

Totodată, Curtea constată că în acord cu dispozițiile art. 188 alin. 3 din OUG nr. 34/2006 în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de lucrări, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea lucrărilor ce urmează să fie executate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele: a) o listă a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări. Respectivele certificări indică beneficiarii, indiferent dacă aceștia sunt autorități contractante sau clienți privați, valoarea, perioada și locul execuției lucrărilor și precizează dacă au fost efectuate în conformitate cu normele profesionale din domeniu și dacă au fost duse la bun sfârșit; b) informații referitoare la personalul/organismul tehnic de specialitate de care dispune sau al cărui angajament de participare a fost obținut de către candidat/ofertant, în special pentru asigurarea controlului calității; c) informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru execuția lucrărilor.

Din analiza prevederilor legale anterior enunțate rezultă că legiuitorul a urmărit pentru verificarea capacității tehnice și/sau profesionale să impună anumite cerințe care să dovedească pregătirea profesională individuală a personalului precum și experiența ofertantului.

Nu rezultă din textul legal anterior menționat că impunerea condiției existenței contractului de muncă pentru personalul cu ajutorul căruia se aduc la îndeplinire activitățile ar fi necesară pentru îndeplinirea contractului.

Operatorul economic este liber să aleagă modalitatea în care dorește să facă dovada personalului de care dispune, și anume contract de muncă, contract civil sau angajament de disponibilitate, oricare dintre aceste forme fiind suficientă pentru a garanta că ofertantul dispune de persoane prin intermediul cărora să aducă la îndeplinire contractul.

Curtea apreciază că justificarea reclamantei în sensul că cerința impusă a unui contract de muncă cu antreprenorul de 8 ore pe zi ar reduce riscul neîndeplinirii contractului de lucrări sau a prelungirii nejustificate a duratei lucrărilor este de natură să încalce drepturile ofertanților de a alege modalitatea în care pot să facă dovada personalului de care dispun, câtă vreme legislația permite și alte forme de prestare a unei munci, altele decât contractul de muncă.

În ceea ce privește apărarea reclamantei în sensul că dispozițiile Ordinului ANRMAP nr. 509/2011 nu se aplică în speța de față, Curtea constată că acest act normativ nu a fost invocat de către organele de control cu ocazia întocmirii notei de constatare.

Totodată, Curtea constată că Legea nr. 10/1995, în art. 14 nu impune în toate cazurile perfectarea unui contract de muncă. Astfel, potrivit dispozițiilor anterior menționate, „Agenții economici care execută lucrări de construcții asigură nivelul de calitate corespunzător cerințelor esențiale, prin personal propriu și responsabili tehnici cu execuția atestați, precum și printr-un sistem propriu conceput și realizat”.

Din analiza dispozițiilor anterior enunțate rezultă că agenții economici trebuie să asigure executarea de lucrări de construcții de o calitate corespunzătoare prin personal propriu, dar și prin responsabili tehnici cu execuția atestați, nefiind astfel impusă condiția ca în toate cazurile executarea lucrărilor să fie realizată prin personal care are încheiat contract de muncă cu operatorul economic.

Reținând aceste aspecte, Curtea constată că autoritatea contractantă nu a prezentat o justificare pentru stabilirea celor două cerințe, astfel că cele două cerințe stabilite prin fișa de date a achiziției au fost în mod corect apreciate de organele de control ca fiind restrictive pentru participarea operatorilor economici la procedura de atribuire.

Pentru considerentele expuse, Curtea va respinge acțiunea formulată de reclamantă și va lua act că nu s-au solicitat cheltuieli de judecată.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge acțiunea formulată de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Caraș-Severin, cu sediul în municipiul Reșița, P-ța 1 Decembrie 1918, nr. 1, jud. Caraș-Severin, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice cu sediul în municipiul București, Str. Apolodor, nr. 17, Latura Nord, Sector 5 București. la act că nu stau solicitat cheltuieli de judecată.

Cu drept de recurs în termen de 30 de zile de la comunicare.

Dosar nr. 2237/2/2012

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 712
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 15.02.2013

Pe rol soluționarea acțiunii în contencios administrativ formulată de *reclamanții* JUDEȚUL CĂLĂRAȘI și CONSILIUL JUDEȚEAN CĂLĂRAȘI, în contradictoriu cu *pârâtul* MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI - PRIN DIRECȚIA CONTROL ȘI VERIFICARE UTILIZARE FONDURI COMUNITARE, având ca obiect „*anulare act administrativ*”. La apelul nominal făcut în ședință publică, în ordinea listei, se prezintă pentru reclamanți, consilier juridic cu delegații de reprezentare la dosar și pârâtul, prin consilier juridic, care depune delegație de reprezentare la dosar.

Procedura de citare este legal îndeplinită:

S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință care învederează instanței faptul că procedura de citare este legal îndeplinită și că reclamanții nu au depus la dosar concluzii cu privire la excepția inadmisibilității invocată de pârât prin întâmpinarea, astfel cum le-a fost pus în vedere conform dispozițiilor instanței dispuse prin încheierea de ședință de ia termenul anterior, după care:

Curtea, dispune efectuarea apelului și în cauza nr. 9 de pe listă.

La apelul nominal făcut în ședință publică, în dosarul nr. 7990/2/2012, se prezintă pentru reclamanți, consilier juridic cu delegații de reprezentare la dosar și pârâtul, prin consilier juridic, cu delegație de reprezentare la dosar.

Procedura de citare este legal îndeplinită.

S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință care învederează instanței faptul că dosarul de față a fost înaintat la acest complet în vederea discutării excepției de litispendență invocată în dosarul nr. 2237/2/2012.

Curtea acordă cuvântul pe excepția conexității celor două dosare.

Părțile, prin reprezentanți, având cuvântul, pe rând, pun concluzii de admitere a excepției conexității, precizând că sunt îndeplinite dispozițiile Codului de procedură civilă.

Curtea, în urma deliberării, va încuviința excepția de conexitate în temeiul art. 164 C.pr.civ., potrivit căroră anularea aceluiași act administrativ și pentru soluționarea unitară a cauzei se impune conexarea celor două dosare, astfel că admite cererile de conexare și dispune conexarea dosarului nr.7990/2/2012 la cel cu numărul 2237/2/2012.

La interpelarea instanței, reprezentantul pârâtului învederează faptul că înțelege să renunțe la excepția inadmisibilității.

Curtea, acordă cuvântul părților pe cererea de introducere în cauză a Curții de Conturi a României, solicitată de către pârât, prin întâmpinare.

Reprezentantul pârâtului, având cuvântul, solicită instanței admiterea cererii și introducerea în cauză a Curții de Conturi a României, care prin intermediul Autorității de Audit a emis actul principal, respectiv Raportul de audit de operațiuni pentru POR nr. 51648/AP/22.12.2011.

Arată reprezentantul pârâtului că Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-13652/22.02.2012 a fost emisă în baza recomandărilor formulate de către Autoritatea de Audit în Raportul de audit de operațiuni pentru POR nr. 51648/AP/22.12.2011,

comunicat MDRT cu adresa nr. 94973/22.12.2011, prin preluarea constatărilor, concluziilor și corecțiilor propuse, în conformitate cu prevederile legale coroborate cu art. 5, art. 21 alin. 26, art. 24, art. 31 alin. 1 și 2 din OUG nr. 66/2011 și art. 511 din Regulamentul privind organizarea și desfășurarea activităților specifice Curții de Conturi.

Având în vedere dispozițiile legale menționate anterior, conform cărora înlăturarea neregulilor consemnate în rapoartele de audit ale Autorității de Audit este obligatorie pentru autoritățile competente, MDRT a întocmit Nota de constatare anterior indicată, care are caracter subsecvent, acesta fiind emisă ca urmare a constatărilor din Raportul de audit de operațiuni pentru POR, anterior indicat, întocmit de către Autoritatea de audit din cadrul Curții de Conturi a României, astfel că, în speță, trebuie puse în discuție cele două acte din care unul este principal iar celălalt accesoriu.

Reprezentanta reclamantilor, având cuvântul, solicită instanței respingerea cererii de introducere în cauză a Curții de Conturi a României.

Curtea, deliberând, respinge solicitarea pârâtului de introducere în cauză a Curții de Conturi a României, avându-se în vedere obiectul cererii de chemare în judecată.

La interpelarea instanței, părțile, prin reprezentanți, având cuvântul, pe rând, învederează că nu mai au alte cereri prealabile de formulat și nici excepții de invocat.

Curtea, constată cauza în stare de judecată și acordă cuvântul părților pe fondul cauzei.

Reclamanții, prin reprezentant, având cuvântul, solicită instanței admiterea acțiunii și anularea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, prin Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare, în data de 21.02.2012 privind proiectul SMIS 1122 intitulat „Modernizarea și reabilitarea drumului județean DJ 303 Tronsonul Călăreți - Valea Argovei, Km 0+000-26+294, județul Călărași”, beneficiar Unitatea Administrativ Teritorială, județul Călărași, motivat de faptul că, în mod greșit, comisia de control a aplicat prevederile legale în ceea ce privește achizițiile publice.

Mai solicită reprezentantul reclamantilor că trebuie să se observe în primul rând că aceste acte au fost emise în baza OUG nr. 66/2011 care a fost emisă ulterior actelor care sunt supuse judecății, astfel că prevederile acestei ordonanțe, nu pot fi aplicate în această situație, deoarece actele și faptele juridice la care face referire Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată în data de 21.02.2012 privind proiectul SMIS 1122, s-au produs cu mult înainte de intrarea în vigoare a actului normativ. Având în vedere aceste precizări, se susține de către reprezentantul reclamantilor că nota de constatare este lovită de nulitate, deoarece, corecțiile financiare au fost aplicate pentru acte sau fapte încheiate ori săvârșite, înainte de intrarea în vigoare a actului normativ.

Pe fondul cauzei, se arată de către reprezentanta reclamantilor că Direcția de Control a întocmit nota de constatare din 21.02.2012 prin care a constatat două lucruri: în primul rând faptul că, în calitate de autoritatea contractantă a redus perioada de timp pentru primirea ofertelor și în al doilea rând că a încălcat dispozițiile legale referitoare la criteriile de calificare și de selecție.

În ceea ce privește primul aspect reținut în nota de constatare se solicită a se observa că, într-adevăr, în calitate de autoritate contractantă, a redus perioada de timp pentru primirea ofertelor la 52 de zile, acest lucru fiind făcut în baza prev. art. 75 alin. 2 din OUG nr. 34/2006, cu condiția ca autoritatea contractantă să publice un anunț de intenție cu privire la contractul de achiziție publică ce urmează a fi atribuit, care să conțină toate informațiile pentru anunțul de participare, în format electronic, spre publicare în Jurnalul Oficiale al Uniunii Europene.

Se mai susține de către reprezentanta reclamanților că art. 38 alin. 4 din Directiva 2004/18/CE prevede că „termenul redus menționat este permis cu condiția ca anunțul de informare prealabilă să fi cuprins toate informațiile necesare pentru anunțul de participare prev. la anexa VII A, în cazul în care respectivele informații sunt disponibile în momentul publicării anunțului și în care respectivul anunț de informare prealabilă a fost transmis spre publicare cu minimum 52 de zile și maximum 12 luni de la data trimiterii anunțului de participare, or, în această situație anunțul de intenție a fost publicat cu respectarea acestor termene.

Se mai solicită a se constata că, într-adevăr, nu s-a publicat toată documentația de atribuire, că și-a asumat obligația de a pune la dispoziția operatorilor economici, în mod gratuit, documentația de atribuire, așa cum prevede ordonanța, însă pârâta, în calitate de organ de control trebuia să verifice acest aspect.

Mai susține reprezentanta reclamanților că anunțul de intenție a cuprins toate datele cunoscute la data emiterii lui, pârâta nu a făcut verificări în acest sens, ci s-a limitat în a prelua din raportul de audit constatările Curții de Conturi. În aceste condiții se poate preciza faptul că anunțul de intenție a cuprins toate datele necesare și a fost pus la dispoziția operatorilor economici, în perioada cuprinsă între data publicării anunțului de participare și data limită de depunere a ofertelor, nu a fost depusă nicio contestație privitoare la lipsa unor informații din anunțul de intenție, în raport cu informațiile cuprinse în anunțul de participare.

Pârâtul, prin consilier juridic, având cuvântul, solicită instanței respingerea acțiunii pentru motivele expuse pe larg prin întâmpinare, solicitând a se observa că efectuarea controlului s-a făcut ulterior intrării în vigoare a OUG nr. 66/2011, astfel că, doar acest act normativ poate fi aplicabil în speță, prevederile acestei ordonanțe neinstituind obligații noi.

În ceea ce privește reducerea perioadei minime de 52 de zile prevăzută între data transmiterii spre publicare a anunțului de participare și data limită de depunere a ofertelor, la 32 de zile, această reducere este permisă doar cu condiția ca anunțul de participare, în cazul în care respectivele informații sunt disponibile în momentul publicării anunțului, conform prev. art. 38 din Directiva 2004/18/CE. Astfel că, în urma verificărilor efectuate, s-a constatat că beneficiarul, în calitate de autoritate contractantă nu a respectat principiile transparenței prin încălcarea obligațiilor de publicitate, anunțul de intenție publicat necuprinzând toate informațiile care sunt prevăzute în Anexa VII pentru anunțul de participare, cu privire la informațiile esențiale pe baza cărora potențialii ofertanți și-ar fi putut evalua capacitatea de a participa în procedura de atribuire.

Se mai solicită de către reprezentantul pârâtei să se aibă în vedere faptul că nota de constatare a fost emisă în baza recomandărilor formulate de către Autoritatea de Audit în Raportul de audit, în conformitate cu prevederile legale în cauză și că raportat la prev. art. 66 din OUG nr. 66/2001, este evident faptul că OG nr. 79/2003 ar fi fost aplicabil în speță numai în situația în care controlul ar fi fost deja început la data intrării în vigoare a OUG nr. 66/2011. Curtea, în temeiul art. 150 Cod procedură civilă, reține cauza în pronunțare.

CURTEA, DELIBERÂND ASUPRA CAUZEI CIVILE DE FAȚĂ, A REȚINUT URMĂTOARELE:

Prin acțiunea civilă înregistrată la această instanță la data 19.03.2012, sub nr. 2237/2/2012 reclamanții Județul Călărași și Consiliul Județean Călărași au formulat contestație împotriva notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, prin Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare, în data de 21.02.2012 privind proiectul SMIS 1122 intitulat „Modernizarea și reabilitarea drumului Județean DJ 303 Tronsonul Călăreți - Valea Argovei, Km 0+000 - 26+294, județul Călărași, beneficiar Unitatea Administrativ - Teritorială județul Călărași”.

În motivarea acțiunii s-a arătat în esență că prin nota de constatare mai sus amintită, Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, prin Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare a aplicat instituției corecții financiare în cuantum total de (inclusiv T.V.A) 4.052.666,6 lei. Corecția este compusă din: procentul de 5% aplicat la valoarea eligibilă a contractului de servicii nr. 6765 din 27.07.2007 în cuantum de 10.000 lei fără T.V.A., procentul de 10% aplicat la valoarea eligibilă a contractului de execuții 5053 din 07.05.2010 în cuantum de 3.395.602,18 lei, fără T.V.A. recuperabilă în sumă de 647.064,41 lei. La cererile de rambursare depuse până la data prezentei, la Autoritatea de Management, valoarea creanței bugetare rezultate din aplicarea corecției financiare pentru contractul de lucrări este de 1.345.755,13 lei.

Aceste corecții au fost aplicate ca urmare a constatării, de către echipa de control, a încălcării prevederilor legale, astfel:

În cadrul achiziției de servicii de proiectare a fost admisă oferta depusă de S.C. Bloominfo Geonet S.R.L. Târgoviște, în condițiile în care aceasta nu îndeplinește în totalitate criteriile de selecție și calificare și de asemenea a fost acceptată susținerea acestor criterii de o altă persoană, care nu face dovada că nu se încadrează în prevederile art. 180 și 181 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, acest fapt reprezentând o încălcare a principiului tratamentului egal prezentat la art. 2, alin. (2), lit. b) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii. În urma constatării acestei încălcări au fost aplicate corecții de 5% din valoarea eligibilă a contractului de servicii nr. 6765/27.07.2007 încheiat între Județul Călărași și S.C. Blominfo Geonet S.R.L. Târgoviște.

În cadrul achiziției de lucrări, în Anunțul de intenție publicat în JOUE nr. 2009/S14-019578/22.01.2009 nu au fost cuprinse toate informațiile care sunt prevăzute în Anexa VII A din Directiva 2004/18/CE pentru anunțul de participare, cu privire la informațiile esențiale pe baza cărora potențialii ofertanți și-ar fi putut evalua capacitatea de a participa în procedura de atribuire, respectiv parte din criteriile de calificare și selecție a ofertanților și criteriul de atribuire al contractului. În urma constatării acestei încălcări au fost aplicate corecții de 10% din valoarea eligibilă a contractului de lucrări nr. 5053/07.05.2010 încheiat între Județul Călărași și Asocieria S.C. Zalex DG CONS&SC Kemna Bau Andrae GmbH & S.C. Kemna Constructii S.R.L..

S-a considerat că echipa de control a aplicat greșit prevederile legale în ceea ce privește achizițiile publice:

Conform celor menționate în nota de constatare "Ofertantul stabilit câștigător S.C. Blominfo Geonet Târgoviște, nu a îndeplinit conform documentelor depuse în cadrul ofertei depuse criteriile de calificative și selecție impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire și anunțul de participare, respectiv dotarea cu personal de specialitate pentru activitatea de proiectare drumuri".

Criteriile de selecție și calificare sunt prevăzute de art. 176 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii cu modificările și completările ulterioare:

„Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare numai la:

- a) situația personală a candidatului sau ofertantului;
- b) capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- c) situația economică și financiară;

- d) capacitatea tehnică și/sau profesională;
- e) standarde de asigurare a calității;
- f) standarde de protecție a mediului, în cazurile prevăzute la art. 188 alin. (2) lit. f) și alin. (3) lit. e)."

Această prevedere legală nu creează obligații pentru autoritatea contractantă în sensul de a aplica cumulativ aceste criterii ci doar creează obligația de a aplica numai acele criterii prevăzute de actul normativ.

În acest sens, criteriul prevăzut la art. 176, lit. d), respectiv capacitatea tehnică și/sau profesională, a fost prevăzut în fișa de date a achiziției la secțiunea IV. 4 sub formă generică și anume dotarea cu personal și utilaje. De asemenea, în Anunțul de participare nr. 12.998/08.05.2007, la Capitolul III. 2.3 Capacitatea tehnică, nu sunt prevăzute cerințe referitoare la personalul de specialitate, întărind astfel opinia noastră că ofertanții nu aveau obligația de a îndeplini anumite cerințe de calificare și selecție referitoare la personalul de specialitate.

Din prevederile art. 36 alin. (1) și (2) reiese că o ofertă poate fi respinsă de comisia de evaluare doar ca fiind inacceptabilă sau neconformă.

Acceptabilitatea unei oferte din punct de vedere al art. 36 lit. b), poate fi analizată doar în faza analizei concordanței documentelor de calificare cu cerințele din fișa de date a achiziției/anunțul de participare.

Așa cum precizează art. 72 alin. (2), invocat mai sus, din atribuțiile comisiei de evaluare reiese în mod clar că verificarea documentelor ofertanților se face etapizat, respectiv verificarea cerințelor de calificare (lit. b) care se face în concordanță cu cerințele din fișa de date a achiziției/anunțul de participare și verificarea propunerilor tehnice prezentate de ofertanți, din punctul de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor minime din caietul de sarcini sau din documentația descriptivă (lit. f).

Nesolicitarea în Fișa de date a achiziție a unor cerințe privitoare la personalul de specialitate presupune doar analiza „Declarației care conține informații privind numărul mediu, în ultimele 12 luni, al personalului angajat, asigurarea cu personal de specialitate, numărul și pregătirea cadrelor de conducere”, Formular nr. 121 prevăzut de Ghidul pentru atribuirea contractelor de achiziție publică, aprobat prin Ordinul Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 155/2006, în vigoare la acea dată. În ceea ce privește Contractul de lucrări nr. 5053 din 07.05.2010, echipa de control a constatat că autoritatea contractantă nu a respectat principiul transparenței deoarece a redus perioada minimă prevăzută între data transmiterii în JOUE a anunțului de participare și data de depunere a ofertelor în baza art. 75 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare.

În cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică au fost respectate principiile ce stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică precum și, în egală măsură, legislația în vigoare în materia achizițiilor publice.

Anunțul de intenție a fost publicat în baza prevederilor art. 35 alin. (1) lit. c) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004, respectiv art. 51 alin. (1) lit. c) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Această publicare este condiționată de obligația de a transmite spre publicare cât mai curând posibil după aprobarea programului în care este prevăzut contractul de lucrări, în conformitate cu prevederile art. 52 alin. (2).

Reducerea termenului de depunere a ofertelor a fost făcută în baza prevederilor art. 38 alin. (4) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004, respectiv art. 75 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, astfel:

Conform art. 75 alin. (2), în cazul în care autoritatea contractantă a publicat un anunț de intenție referitor la contractul de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, aceasta are dreptul de a reduce perioada până la 36 de zile. Termenul prevăzut la art. 75 alin. (2), poate fi redus conform alin. (4) al aceluiași articol cu 7 zile în cazul în care anunțul de participare este transmis, în format electronic, spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene. Rezultă de aici, în mod clar, că perioada inițială de 52 de zile poate fi redusă în mod legal.

Echipa de control a considerat că Anunțul de intenție nr. 2009/S 15020920/23.01.2009 nu a cuprins toate informațiile care sunt prevăzute în Anexa VII A din Directiva 2004/18/CE pentru anunțul de participare.

Art. 38 alin. (4) din Directiva 2004/18/CE prevede că „Termenul redus menționat la primul paragraf este permis cu condiția ca anunțul de informare prealabilă să fi cuprins toate informațiile necesare pentru anunțul de participare prevăzut de Anexa VII A, în cazul în care respectivele informații sunt disponibile în momentul publicării anunțului și în care respectivul anunț de informare prealabilă a fost trimis spre publicare cu minimum 52 de zile și maximum 12 luni înainte de data trimiterii anunțului de participare.”

Același lucru este reluat și de prevederile art. 75 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Autoritatea contractantă a inclus în anunțul de intenție toate informațiile cunoscute la data publicării anunțului de intenție - 22 ianuarie 2009 (Anunț de intenție: SEAP nr. 14.194/21.01.2009; JOUE nr. 2009/S 14-019578/22.01.2009).

Având în vedere stadiul evoluției proiectului, la momentul publicării anunțului de intenție nu existau date suplimentare celor cuprinse în acesta și publicate în SEAP/JOUE.

După aprobarea proiectului (contractul de finanțare nr. 564/08.10.2009), fiind întrunite toate condițiile pentru demararea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, a fost constituită comisia de întocmire a documentației de atribuire (Dispoziția privind constituirea echipei de elaborare a documentației de atribuire nr. 261/18.12.2009) care a stabilit informațiile și cerințele din Fișa de date a achiziției, clauzele contractuale obligatorii, caietul de sarcini și modelele de formulare, transpuse conform formatului standard în Anunțul de participare publicat în SEAP (nr. 92.887/07.01.2010) și JOUE (nr. 2010/S5-004969/08.01.2010).

Pe parcursul derulării procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, Ministerul Finanțelor Publice prin Unitatea pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice (UCVAP)/Compartimentul de Verificare a Achizițiilor Publice (CVAP), a îndeplinit funcția de verificare a aspectelor procedurale care intră sub incidența legislației privind atribuirea contractelor de achiziție publică. Raportul de activitate nr. 235.188/18406/21.05.2010, întocmit baza cu prevederilor art. 5 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 30/2006 privind funcția de verificare a aspectelor procedurale aferente procesului de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, la Capitolul 2 punctul 2.1, Observații privind respectarea regulilor de publicitate și a termenelor prevăzute în legislația aplicabilă în domeniu, confirmă respectarea legislației aplicabile în domeniu, în ceea ce privește termenele stabilite în anunțurile publicate în JOUE/SEAP.

În drept, acțiunea se întemeiază pe prevederile Legii contenciosului administrativ 554/2004, cu modificările și completările ulterioare. În dovedirea acțiunii au fost depuse la dosar înscrisuri.

La data de 25.10.2012 a fost înregistrată pe rolul acestei instanțe acțiunea cu nr. 7990/2/2012, prin care reclamantii Județul Călărași și Consiliului Județean Călărași împotriva pârâtului Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului pentru ca prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună anularea Deciziei nr. 60 din 25.04.2012 a Comisiei de soluționare a contestației, numită prin ordinul Ministrului dezvoltării regionale și turismului nr. 721 din 13.04.2012, precum și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată în data de 21.02.2012 privind proiectul SMIS 1122 intitulat „Modernizarea și reabilitarea drumului Județean DJ 303 Tronsonul Călăreți - Valea Argovei, Km 0+000 - 26+294, județul Călărași, beneficiar Unitatea Administrativ Teritorială județul Călărași”.

În motivare s-au arătat în esență următoarele:

În fapt, prin Decizia nr. 60 din 25.04.2012 a fost respinsă contestația și plângerea prealabilă, formulate împotriva notei de constatare de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată în data de 21.02.2012 privind proiectul SMIS 1122 intitulat „Modernizarea și reabilitarea drumului Județean DJ 303 Tronsonul Călăreți - Valea Argovei, Km 0+000 - 26+294, județul Călărași, beneficiar Unitatea Administrativ Teritorială județul Călărași”, de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, prin Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare.

Prin nota de constatare amintită, echipa de control, a aplicat instituției corecții financiare în cuantum total de inclusiv TVA de 4.052.666,6 lei. Corecția este compusă din: procentul de 5% aplicat la valoarea eligibilă a contractului de servicii nr. 6765 din 27.07.2007 în cuantum de 10.000 lei fără TVA, procentul de 10% aplicat la valoarea eligibilă a contractului de execuție 5053 din 07.05.2010 în cuantum de 3.395.602,18 lei, fără TVA, TVA recuperabilă în sumă de 647.064,41 lei.

La cererile de rambursare depuse până la data prezentei, la Autoritatea de Management, valoarea creanței bugetare rezultate din aplicarea corecției financiare pentru contractul de lucrări este de 1.345.755,13 lei.

Aceste corecții au fost aplicate ca urmare a constatării, de către echipa de control, a încălcării prevederilor legale, astfel:

În cadrul achiziției de servicii de proiectare a fost acceptată admisibilă oferta depusă de SC Bloominfo Geonet SRL Târgoviște, în condițiile în care aceasta nu îndeplinește în totalitate criteriile de selecție și calificare și de asemenea a fost acceptată susținerea acestor criterii de o altă persoană, care nu face dovada că nu se încadrează în prevederile art. 180 și 181 din OUG 34/2006, acesta fapt reprezentând o încălcare a principiului tratamentului egal prezentat la art. 2, alin. (2), lit. b) din OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii. În urma constatării acestei încălcări au fost aplicate corecții de 5% din valoarea eligibilă a contractului de servicii nr. 6765/27.07.2007 încheiat între Județul Călărași și S.C. Blominfo Geonet SRL Târgoviște.

În cadrul achiziției de lucrări, în Anunțul de intenție publicat în JOUE nr. 2009/S14-019578/22.01.2009 nu au fost cuprinse toate informațiile care sunt prevăzute în Anexa VII A din Directiva 2004/18/CE pentru anunțul de participare, cu privire la informațiile esențiale pe baza cărora potențialii ofertanți și-ar fi putut evalua capacitatea de a participa în procedura de atribuire, respectiv parte din criteriile de calificare și selecție a ofertanților și criteriul de atribuire al contractantului. În urma constatării acestei încălcări au fost aplicate corecții de 10% din valoarea eligibilă a contractului de lucrări nr. 5053/07.05.2010 încheiat între Județul Călărași și Asocieria SC Zalex DG CONS & SC Kemna Bau Andrae GmbH & S.C Kemna Construcții SRL.

Împotriva notei de constatare, a formulat atât Contestație administrativă cât și plângere prealabilă. Prin decizia nr. 60 din 25.04.2012, Ministerul dezvoltării regionale și turismului, prin comisia constituită pentru soluționarea contestației a respins plângerea prealabilă și contestația noastră ca fiind nefondate.

Soluția astfel pronunțată este netemeinică și nelegală astfel:

Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată în data de 21.02.2012 precum și Decizia nr. 60 din 25.04.2012 a Comisiei de soluționare a contestației sunt lovite de nulitate.

Conform prevederilor art. 6, alin. (1) din Codul civil „Legea civilă este aplicabilă cât timp aceasta este în vigoare. Aceasta nu are putere retroactivă”.

Ordonanță de urgență nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, a fost publicată în Monitorul Oficial nr. 461 din 30.06.2011.

Așa cum prevede art. 6, alin. (2) din Codul Civil „Actele și faptele juridice încheiate ori, după caz, săvârșite sau produse înainte de intrarea în vigoare a legii noi nu pot genera alte efecte juridice decât cele prevăzute de legea în vigoare la data încheierii sau, după caz, a săvârșirii ori producerii lor.”

„Actele și faptele juridice încheiate ori, după caz, săvârșite sau produse înainte de intrarea în vigoare a legii noi nu pot genera alte efecte juridice decât cele prevăzute de legea în vigoare la data încheierii sau, după caz, a săvârșirii ori producerii lor.”

Având în vedere aceste prevederi, considerăm că Ordonanța de urgență nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, nu poate fi aplicată în situația noastră deoarece actele și faptele juridice la care fac referire cele două aceste administrative s-au produs cu mult înainte de intrarea în vigoare a actului normativ.

Art. 5 alin.(6) al aceluiși act normativ, întărește cel precizate de noi subliniind acest fapt astfel: „Dispozițiile legii noi se aplică tuturor actelor și faptelor încheiate sau, după caz, produse ori săvârșite după intrarea sa în vigoare, precum și situațiilor juridice născute după intrarea sa în vigoare”.

Având în vedere aceste precizări, considerăm că Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată în data de 21.02.2012 precum și Decizia nr. 60 din 25.04.2012 a Comisiei de soluționare a contestației ambele emise în baza Ordonanței de urgență nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, sunt lovite de nulitate deoarece, corecțiile financiare au fost aplicate pentru acte sau fapte încheiate ori săvârșite, înainte de intrarea în vigoare a actului normativ.

Pe de altă parte, dacă instanța trece peste motivul de nulitate invocat, sancțiunile aplicate nu sunt în concordanță cu gravitatea faptelor astfel:

Procentul de 5% aplicat la valoarea eligibilă a contractului de servicii nr. 6765 din 27.07.2007, aplicat în baza prevederilor pct. 2.4 din anexa la Ordonanței de urgență nr. 66/2011 considerăm că nu a fost interpretat corect.

Conform tabelului centralizator al constatărilor și recomandărilor atașat de pârât, notei de constatare, autoritatea de audit constată că „rezultatul procedurii nu a fost viciat, nu s-a schimbat procedura de atribuire, nu s-a încălcat principiul tratamentului egal al ofertanților...”. Nu înțelegem cum pe de-o parte s-a constatat că s-a încălcat acest principiu iar pe de altă parte se constată că acesta nu a fost încălcat dar se propune totuși aplicarea corecției de 5%. Prevederile legale sunt clare și sancțiunea se poate aplica doar dacă într-adevăr a existat o încălcare și nu în mod arbitrar așa cum în mod cu totul eronat a considerat pârâta.

În ceea ce privește procentul de 10% aplicat, la valoarea eligibilă a contractului de execuție 5053 din 07.05.2010, în baza prevederilor pct. 1.12 din anexa la Ordonanța de urgență nr. 66/2011 vă rugăm să observați că actul normativ invocat prevede că „Dacă acest tip de neregulă este doar de natură formală, fără un potențial impact financiar, nu se va aplica nici o reducere/corecție financiară.”

În nota de constatare contestată nu se reține nici un eventual impact financiar ce l-ar fi avut această neregulă și se poate afirma cu certitudine că nu a existat niciun fel de impact financiar. Acest lucru rezultă cu certitudine din Raportul procedurii de atribuire a contractului de achiziție, conform căruia participarea a fost suficientă pentru a asigura un nivel concurențial satisfăcător, cu participarea a 4 ofertanți. Nu se poate afirma că procedura de publicitate nu a fost corespunzătoare atât timp cât nu au existat nici un fel de contestații cu privire la procedura de publicitate și toți cei 5 participanți au avut posibilitatea să își prezinte oferte și nici unul dintre acesta nu a fost descalificat.

Legal citat, pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI a depus întâmpinare la dosar, prin care a arătat în esență următoarele:

În fapt, în baza Raportului de audit de operațiuni pentru P.O.R. al Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.2011, înregistrat cu nr. 94973/22.12.2011, echipa de control din cadrul instituției a încheiat o notă de control prin care s-au reținut constatări cu implicații financiare cu privire la încălcarea legislației specifice achizițiilor publice, respectiv O.U.G. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, după cum urmează:

„Ofertantul stabilit câștigător, SC Blominfo Geonet SRL Târgoviște, nu a îndeplinit conform documentelor depuse în cadrul ofertei depuse criteriile de calificare și selecție impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire și anunțul de participare, respectiv dotarea cu personal de specialitate pentru activitatea de proiectare drumuri”, încălcând astfel „principiul tratamentului egal prezentat la art. 2 alin. (2) lit. b) din O.U.G. 34/2006”.

Conform art. 190 alin. (1) din O.U.G. 34/2006, „Capacitatea tehnică și profesională a ofertantului/candidatului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract, și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă”, iar conform alin. (2) al aceluiași articol „In cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează capacitatea tehnică și profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1), de către o altă persoană, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective prin care aceasta confirmă faptul ca va pune la dispoziție ofertantului/candidatului resursele tehnice și profesionale invocate. Persoana ce asigura susținerea tehnica nu trebuie sa se afle în situația care determina excluderea din procedura de atribuire conform prevederilor art. 180 și art. 181”.

„Din verificarea procedurii de atribuire a Contractului nr. 5053/07.05.2010, încheiat între Consiliul Județean Călărași și ASOCIEREA SC ZALEX DG CONS SRL, SC KEMNA CONSTRUCȚII SRL și KEMNA BAU ANDRAE GmbH & Co. KG., având ca obiect execuția de lucrări, s-a constatat că beneficiarul, în

calitate de autoritate contractantă, nu a respectat principiile transparenței, prin încălcarea obligațiilor de publicitate".

Autoritatea Contractantă a redus perioada minimă de 52 de zile prevăzută între data transmiterii spre publicare în JOUE (Jurnalul Oficial al Uniunii Europene) a Anunțului de participare (07.01.2010) și data limită de depunere a ofertelor (08.02.2010), la 32 de zile, potrivit prevederilor art. 75, alin. 2 din O. U. G. 34/2006, deși această reducere este permisă doar cu condiția ca anunțul de informare prealabilă să fi cuprins toate informațiile necesare pentru anunțul de participare, în cazul în care respectivele informații sunt disponibile în momentul publicării anunțului, conform prevederilor art. 38 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004.

Anunțul de intenție publicat în JOUE, cu nr. 2009/S14-019578/22.01.2009, nu a cuprins toate informațiile care sunt prevăzute în Anexa VII A din Directiva 2004/18/CE pentru Anunțul-de participare, cu privire la informațiile esențiale pe baza cărora potențialii ofertanți și-ar fi putut evalua capacitatea de a participa în procedura de atribuire, respectiv parte din criteriile de calificare și selecție a ofertanților și criteriul de atribuire al contractului în consecință, echipa de control, preluând constatările, concluziile și recomandările Autorității de Audit din Raportul de audit de operațiuni pentru P.O.R., în temeiul prevederilor O.U.G. nr. 66/2011 și a normelor de aplicare a acesteia, aprobate prin H.G. nr. 875/2011, a constatat faptul că se impune aplicarea unei corecții financiare de 5% din valoarea eligibilă a contractului de servicii nr. 6765/27.07.2007 încheiat între UAT județul Călărași și SC Blominfo Geonet SRL Târgoviște și, respectiv de 10% din valoarea eligibilă a contractului de lucrări nr. 5053/07.05.2010 încheiat între UAT județul Călărași și ASOCIEREA SC Zalex DG CONS & KEMNA BAU ANDRAE GmbH & SC KEMNA CONSTRUCȚII SRL, atribuite prin încălcarea principiului tratamentului egal și prin aplicarea necorespunzătoare a unor elemente auxiliare procedurii de atribuire.

Valoarea corecției financiare a fost de 4.052.666,60 lei inclusiv TVA, adică 5% aplicabilă la valoarea eligibilă a contractului de servicii nr. 6765/27.07.2007 în sumă de 10.000 lei fără TVA, respectiv 10% aplicabilă la valoarea eligibilă a contractului de execuție nr. 5053/07.05.2010 în sumă de 3.395,602,18 lei fără TVA, la care se adaugă TVA recuperabilă. Valoarea creanței bugetare rezultate din aplicarea corecției financiare pentru contractul de servicii și contractul de lucrări a fost de 1.345.755,13 lei inclusiv TVA. Împotriva acestei note de constatare, reclamanta a formulat contestație administrativă ce a fost soluționată prin decizia nr.60/25.04.2012, în sensul respingerii contestației ca neîntemeiată.

Cu privire la prezenta plângere, s-au arătat următoarele:

Ofertantul SC Blominfo Geonet SRL a depus Declarația ofertantului în care se preciza faptul că acesta dispune pentru îndeplinirea contractului "...de 19 persoane cu studii superioare de specialitate și de alte 78 de persoane cu studii superioare de alte specialități" și a bifat cu NU opțiunea utilizării de subcontractanți potrivit formularului 12 G.

Ținând seama de faptul că, comisia de evaluare avea drept atribuții „verificarea propunerilor tehnice prezentate de ofertanți, din punctul de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor minime din caietul de sarcini sau din documentația descriptivă" autoritatea contractantă a solicitat în temeiul art. 201 alin (1) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, clarificări ofertantului referitor la dotarea de personal de specialitate (inginer specialitatea drumuri) angrenat în activitatea de proiectare, ofertantului de SC Blominfo Geonet SRL. Potrivit punctului 4 din adresa nr. 5877/02.07.2007, autoritatea contractantă precizează: "Oferta tehnică prezentată de dumneavoastră nu este întocmită conform cerințelor din Caietul de sarcini - completare corespunzătoare a ofertei tehnice conform Caietului de sarcini."

Prin adresa nr. 5940/03.07.2007, ofertantul a răspuns solicitării de clarificări, prezentând Declarație privind partea/părțile din contract care sunt îndeplinite de subcontractanți și specializarea acestora, prin care menționează ca subcontractant SC Vianet SRL, având ca specialitate Proiectare de specialitate drumuri și depune totodată CV-ul d-lui P.E, angajat al SC Vianet SRL.

Pe cale de consecință, deși conform ofertei SC Blominfo Geonet SRL Târgoviște se angaja a executa integral contractul, societatea nu avea personalul de specialitate principal, iar declarația privind dotarea cu personal prezentată inițial în ofertă de SC Blominfo Geonet SRL nu a răspuns cerinței din caietului de sarcini, aferent documentației de atribuire a contractului de achiziție, unde, la pct. 3 Cerințe de proiectare, se precizează: Echipa de proiectare va trebui să conțină personal calificat în proiectarea de drumuri și poduri, precum și în vederea efectuării de studii: structuri rutiere, topografice, geotehnice, trafic, mediu.

Introducerea subcontractantului după deschiderea ofertelor, menționându-se faptul că "s-a încheiat un acord de subcontractare care printr-o regretabilă eroare lipsește din oferta noastră", are ca efect modificarea ofertei depuse întrucât, conform art. 171 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare: "Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă".

A fost atașat contractul de servicii nr. 4853/03.07.2008 între SC Blominfo Geonet SRL Târgoviște și SC Vianet SRL, încheiat la data de 03.04.2008, care are o dată ulterioară desfășurării procedurii de achiziție (2007).

În raport cu constatările Autorității de Audit, se stipulează faptul că ofertantul Blominfo Geonet SRL este susținut pentru îndeplinirea cerințelor de calificare și selecție (în ceea ce privește dotarea cu personal de specialitate pentru întocmirea proiectului tehnic și a cererii de finanțare) de către o altă persoană, în speță SC Vianet SRL, în postură de terț susținător. Totodată, echipa de audit nu a fost de acord cu justificarea prezentată în nota de relații, deoarece se face abstracție de prevederile caietului de sarcini din documentația de atribuire a contractului de achiziție unde la pct. 3 Cerințe de proiectare.

S-a reținut în mod temeinic că declarația privind partea/părțile din contract care sunt îndeplinite de subcontractanți și specializarea acestora", prin care se menționează ca subcontractant SC Vianet SRL, nu reprezintă un angajament ferm în sensul art. 186 alin. (2) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare prin care acesta să confirme faptul ca va pune la dispoziția ofertantului resursele tehnice și profesionale invocate, pe durata de derulare a contractului de achiziție publică.

Referitor la contractului de lucrări nr. 5053 din 07.05.2010, reclamanta menționează că au fost respectate principiile ce stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică precum și, în egală măsură, legislația în vigoare în materia achizițiilor publice.

Potrivit prevederilor art. 75 - (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu completările și modificările ulterioare în cazul în care autoritatea contractantă a publicat un anunț de intenție referitor la contractul de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, aceasta are dreptul de a reduce perioada prevăzută la alin. (1) până la 36 de zile".

Termenul redus, menționat este permis potrivit alin. (3) în cazul în care anunțul de intenție a conținut toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare - în măsura în care acestea sunt cunoscute la data publicării anunțului de intenție - și a fost transmis spre publicare cu cel mult 12 luni și cu cel puțin 52 de zile înainte de data transmiterii spre publicare a anunțului de participare".

Având în vedere dispozițiile art. 75 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, precum și prevederile art. 38 alin. (4) din Directiva 2004/18/CE, pentru a beneficia de reducerea prevăzută la art. 75 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă trebuie să îndeplinească următoarele condiții: să menționeze în anunțul de intenție toate informațiile cuprinse în anunțul de participare; informațiile cuprinse în anunțul de participare să fie disponibile la data anunțului de intenție; anunțul de intenție să fie publicat cu cel mult 12 luni și cu cel puțin 52 de zile înainte de data transmiterii spre publicare a anunțului de participare.

Aceasta este de altfel, după cum este precizat și pe site-ul ANRMAP în newsletter-ul nr. 15 noiembrie 2011, modalitatea de interpretare a auditorilor Curții Europene de Conturi și a reprezentanților serviciilor tehnice ale Comisiei Europene.

Potrivit celor ante-menționate, este nefondată susținerea potrivit căreia informațiile prevăzute de lege pentru anunțul de participare nu erau disponibile la momentul transmiterii spre publicare a anunțului de intenție, întrucât autoritatea putea beneficia de reducerea termenului precizată la art. 75 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, numai în condițiile în care aceasta îndeplinea toate condițiile impuse de art. 75 alin. (3) din același act normativ, precum și de prevederile art. 38 alin. (4) din Directiva 2004/18/CE.

Nu se poate admite faptul că, în opinia reclamantei, anumite structuri implicate în verificarea procedurii de achiziție în speța dată, confirmă respectarea legislației aplicabile în domeniu, în ceea ce privește termenele stabilite în anunțurile publicate în JOUE/SEAP. În pofida avizărilor obținute din partea acestor structuri, nu înlătură răspunderea beneficiarului privind derularea procedurii alese, conform reglementărilor în vigoare privind achizițiile publice.

Potrivit art. 2 alin. (4) din H.G. nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare: Autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile.

În conformitate cu contractul de finanțare, legea părților, cheltuielile sunt considerate eligibile dacă sunt în conformitate cu H.G. nr. 759/2007 privind regulile de eligibilitate a cheltuielilor efectuate în cadrul operațiunilor finanțate prin programele operaționale, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, în hotărâre este stipulat la art. 2 alin. (1) lit. d) faptul că „Pentru a fi eligibilă, o cheltuială trebuie să îndeplinească cumulativ următoarele condiții cu caracter general, fără a încălca prevederile alin. (3) art. 3, art. 4 și art. 5 alin. (2): să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare”, ori ceea ce s-a sancționat prin nota de constatare a neregulilor a fost abaterea de la prevederile legislației specifice de achiziții. Așa fiind, motivațiile reclamantei nu se susțin.

Ținând cont de faptul că contractul de finanțare este un acord cu termeni specifici, privind furnizarea, în anumite condiții, a finanțării nerambursabile pentru acoperirea parțială a costurilor eligibile efectuate în vederea implementării unui proiect și că o condiție esențială pentru ca o cheltuială să fie eligibilă, este să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare, nu se pot reține afirmațiile reclamantei.

În concluzie, consecința abaterilor de la prevederile legale este sancționată cu excluderea de la finanțare a cheltuielilor. Sub aspectul actului normativ aplicabil în speță și al încălcării principiului neretroactivității legii civile, urmează a fi avut în vedere art. 66 din OUG nr.66/2011, potrivit căruia „activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea

prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare”.

Raportat la prevederile articolului mai sus menționat este evident faptul că O.G. nr.79/2003 ar fi fost aplicabil în speță numai în situația în care controlul ar fi fost deja început la data intrării în vigoare a O.U.G. nr.66/2011.

Indiferent de momentul identificării neregulilor în utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, încălcarea legii se sancționează.

Abaterile de la prevederile legislației naționale și comunitare sunt sancționate în baza legii specifice aplicabile la data efectuării controlului, însă calificarea abaterii se realizează prin raportare la dispozițiile legale incidente la momentul la care faptele și actele juridice s-au produs.

Interpretarea acestor prevederi legale rezultă din situația de excepție a activității de control, controlul având caracter ulterior, inclusiv înăuntrul termenului de prescripție extinctivă.

Având în vedere că efectuarea controlului s-a făcut ulterior intrării în vigoare a O.U.G. nr.66/2011, doar acest act normativ poate fi aplicabil în speță.

În cazul constatării unei abateri de la legalitate, sancțiunea prevăzută de O.G. nr. 79/2003 ar fi fost declararea ca neeligibile a cheltuielilor efectuate în cadrul proiectului, cu alte cuvinte o corecție de 100%.

Neregulile săvârșite în procedura de utilizare și administrare a fondurilor comunitare și a fondurilor de cofinanțare aferente, așa cum sunt definite prin art.2 lit.a) din O.G. nr. 79/2003, sunt sancționate cu restituirea sumelor plătite din fondurile comunitare și/sau din cofinanțarea aferentă, costurile bancare, inclusiv accesoriile acestora, precum și a altor sume stabilite de lege în sarcina debitorului, în conformitate cu art. 4 din actul normativ mai sus menționat, acestea fiind considerate creanțe bugetare și asimilate creanțelor bugetare (art.2 lit.d și art.4 alin.2 din ordonanță).

Aplicarea în timp a O.G. nr. 79/2003 a generat stabilirea unor debite excesive în sarcina beneficiarilor fondurilor europene, inclusiv a instituțiilor publice finanțate de la bugetul de stat, ca urmare a restituirii integrale a sumelor de care au beneficiat în mod necuvenit.

Art. 2 lit. n) din O.U.G. nr. 66/2011 consacră principiul proporționalității în sensul că „orice măsură adoptată trebuie să fie adecvată, necesară și corespunzătoare scopului urmărit atât în ceea ce privește resursele angajate în constatarea neregulilor, cât și în ceea ce privește stabilirea creanțelor bugetare rezultate din nereguli, ținând seama de natura și frecvența neregulilor constatate și de impactul financiar al acestora asupra proiectului/programului respectiv”.

Acest principiu și-a găsit exprimarea concretă în prevederile Anexei 1 ale O.U.G. nr. 66/2011 în care sunt stabilite procentual corecțiile fiscale pentru fiecare abatere constatată.

Prevederile de natură fiscală ale celor două ordonanțe reglementează în mod evident situații juridice obiective, astfel încât, aplicarea unor corecții fiscale mai favorabile reglementate de legea nouă (O.U.G. nr.66/2011), unor situații juridice obiective (nereguli) consumate sub imperiul legii vechi (O.G. nr. 79/2003), nu încalcă principiul constituțional invocat și nici principiul legalității consacrat în materie fiscală.

Diferit de reglementările de ordin fiscal, cele două acte normative conțin și norme de procedură fiscală (ex: constatarea neregulilor, căile de atac), așa încât sub aspectul activității de constatare a

neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare, legea nouă este de imediată aplicare, cu excepția situației tranzitorii reglementată de art. 66 din O.U.G. nr. 66/2011.

În drept: art. 115 și următoarele din Codul de Procedură Civilă, cu modificările și completările ulterioare, Legea nr 554/2004 privind contenciosul administrativ, cu modificările și completările ulterioare, OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

Prin încheierea din data de 15.02.2013 s-a dispus conexarea cauzei cu nr. 7990/2/2012 la dosarul cu nr. 2237/2/2012.

Analizându-se actele și lucrările dosarului, instanța a reținut următoarele:

În fapt, în baza Raportului de audit de operațiuni pentru P.O.R. al Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.2011, înregistrat cu nr. 94973/22.12.2011, echipa de control din cadrul instituției pârâte a încheiat o notă de control prin care s-au reținut constatări cu implicații financiare cu privire la încălcarea legislației specifice achizițiilor publice, respectiv O.U.G. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, după cum urmează:

„Ofertantul stabilit câștigător, SC Blominfo Geonet SRL Târgoviște, nu a îndeplinit conform documentelor depuse în cadrul ofertei depuse criteriile de calificare și selecție impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire și anunțul de participare, respectiv dotarea cu personal de specialitate pentru activitatea de proiectare drumuri”, încălcând astfel „principiul tratamentului egal prezentat la art. 2 alin. (2) lit. b) din O.U.G. 34/2006”.

Conform art. 190 alin. (1) din O.U.G. 34/2006, „Capacitatea tehnică și profesională a ofertantului/candidatului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract, și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă”, iar conform alin. (2) al aceluiași articol „În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează capacitatea tehnică și profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1), de către o altă persoană, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective prin care aceasta confirmă faptul ca va pune la dispoziție ofertantului/candidatului resursele tehnice și profesionale invocate. Persoana ce asigură susținerea tehnică nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire conform prevederilor art. 180 și art. 181”.

„Din verificarea procedurii de atribuire a Contractului nr. 5053/07.05.2010, încheiat între Consiliul Județean Călărași și ASOCIEREA SC ZALEX DG CONS SRL, SC KEMNA CONSTRUCȚII SRL și KEMNA BAU ANDRAE GmbH & Co. KG., având ca obiect execuția de lucrări, s-a constatat că beneficiarul, în calitate de autoritate contractantă, nu a respectat principiile transparenței, prin încălcarea obligațiilor de publicitate”.

Autoritatea Contractantă a redus perioada minimă de 52 de zile prevăzută între data transmiterii spre publicare în JOUE (Jurnalul Oficial al Uniunii Europene) a Anunțului de participare (07.01.2010) și data limită de depunere a ofertelor (08.02.2010), la 32 de zile, potrivit prevederilor art. 75, alin. 2 din O. U. G. 34/2006, deși această reducere este permisă doar cu condiția ca anunțul de informare prealabil să fi cuprins toate informațiile necesare pentru anunțul de participare, în cazul în care respectivele informații sunt disponibile în momentul publicării anunțului, conform prevederilor art. 38 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004.

Anunțul de intenție publicat în JOUE, cu nr. 2009/S14-019578/22.01.2009, nu a cuprins toate informațiile care sunt prevăzute în Anexa VII A din Directiva 2004/18/CE pentru Anunțul de participare, cu privire la informațiile esențiale pe baza cărora potențialii ofertanți și-ar fi putut evalua capacitatea de a participa în procedura de atribuire, respectiv parte din criteriile de calificare și selecție a ofertanților și criteriul de atribuire al contractului.

În consecință, echipa de control, preluând constatările, concluziile și recomandările Autorității de Audit din Raportul de audit de operațiuni pentru P.O.R., în temeiul prevederilor O.U.G. nr. 66/2011 și a normelor de aplicare a acesteia, aprobate prin H.G. nr. 875/2011, a constatat faptul că se impune aplicarea unei corecții financiare de 5% din valoarea eligibilă a contractului de servicii nr. 6765/27.07.2007 - încheiat între UAT județul Călărași și SC Blominfo Geonet SRL Târgoviște și, respectiv de 10 % din valoarea eligibilă a contractului de lucrări nr. 5053/07.05.2010 - încheiat între UAT județul Călărași și ASOCIEREA SC Zalex DG CONS & KEMNA BAU ANDRAE GmbH & SC KEMNA CONSTRUCȚII SRL, atribuite prin încălcarea principiului tratamentului egal și prin aplicarea necorespunzătoare a unor elemente auxiliare procedurii de atribuire.

Valoarea corecției financiare a fost de 4.052.666,60 lei inclusiv TVA, adică 5% aplicabilă la valoarea eligibilă a contractului de servicii nr. 6765/27.07.2007 în sumă de 10.000 lei fără TVA, respectiv 10% aplicabilă la valoarea eligibilă a contractului de execuție nr. 5053/07.05.2010 în sumă de 3.395.602,18 lei fără TVA, la care se adaugă TVA recuperabilă.

Valoarea creanței bugetare rezultate din aplicarea corecției financiare pentru contractul de servicii și contractul de lucrări a fost de 1.345.755,13 lei inclusiv TVA.

Împotriva acestei note de constatare, reclamanta a formulat contestație administrativă ce a fost soluționată prin decizia nr.60/25.04.2012, în sensul respingerii contestației ca neîntemeiată.

Cu privire la prezenta plângere, curtea reține următoarele:

Ofertantul SC Blominfo Geonet SRL a depus Declarația ofertantului în care se preciza faptul că acesta dispune pentru îndeplinirea contractului "...de 19 persoane cu studii superioare de specialitate și de alte 78 de persoane cu studii superioare de alte specialități" și a bifat cu NU opțiunea utilizării de subcontractanți potrivit formularului 12G.

Ținând seama de faptul că, comisia de evaluare avea drept atribuții „verificarea propunerilor tehnice prezentate de ofertanți, din punctul de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor minime din caietul de sarcini sau din documentația descriptivă" autoritatea contractantă a solicitat în temeiul art. 201 alin (1) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, clarificări ofertantului referitor la dotarea de personal de specialitate (inginer specialitatea drumuri) angrenat în activitatea de proiectare, ofertantului de SC Blominfo Geonet SRL. Potrivit punctului 4 din adresa nr. 5877/02.07.2007, autoritatea contractantă precizează: "Oferta tehnică prezentată de dumneavoastră nu este întocmită conform cerințelor din Caietul de sarcini - completare corespunzătoare a ofertei tehnice conform Caietului de sarcini."

Prin adresa nr. 5940/03.07.2007, ofertantul a răspuns solicitării de clarificări, prezentând Declarație privind partea/părțile din contract care sunt îndeplinite de subcontractanți și specializarea acestora, prin care menționează ca subcontractant SC Vianet SRL, având ca specialitate Proiectare de specialitate drumuri și depune totodată CV-ul d-lui P.E, angajat al SC Vianet SRL.

Pe cale de consecință, deși conform ofertei SC Blominfo Geonet SRL Târgoviște se angaja a executa integral contractul, societatea nu avea personalul de specialitate principal, iar declarația privind dotarea cu personal prezentată inițial în ofertă de SC Blominfo Geonet SRL nu a răspuns cerinței din caietului de sarcini, aferent documentației de atribuire a contractului de achiziție, unde, la pct. 3 -

Cerințe de proiectare, se precizează: Echipa de proiectare va trebui să conțină personal calificat în proiectarea de drumuri și poduri, precum și în vederea efectuării de studii: structuri rutiere, topografice, geotehnice, trafic, mediu".

Introducerea subcontractantului - după deschiderea ofertelor, menționându-se faptul că "s-a încheiat un acord de subcontractare care printr-o regretabilă eroare lipsește din oferta noastră", are ca efect modificarea ofertei depuse întrucât, conform art. 171 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare: "Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă".

A fost atașat contractul de servicii nr. 4853/03.07.2008 între SC Blominfo Geonet SRL Târgoviște și SC Vianet SRL, încheiat la data de 03.04.2008, care are o dată ulterioară desfășurării procedurii de achiziție (2007).

În raport cu constatările Autorității de Audit, se stipulează faptul că ofertantul Blominfo Geonet SRL este susținut pentru îndeplinirea cerințelor de calificare și selecție (în ceea ce privește dotarea cu personal de specialitate pentru întocmirea proiectului tehnic și a cererii de finanțare) de către o altă persoană, în speță SC Vianet SRL, în postură de terț susținător.

Totodată, echipa de audit nu a fost de acord cu justificarea prezentată în nota de relații, deoarece se face abstracție de prevederile caietului de sarcini din documentația de atribuire a contractului de achiziție unde la pct. 3 Cerințe de proiectare.

Pârâtul a reținut în mod temeinic că declarația privind partea/părțile din contract care sunt îndeplinite de subcontractanți și specializarea acestora, prin care se menționează ca subcontractant SC Vianet SRL, nu reprezintă un angajament ferm în sensul art. 186 alin. (2) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare prin care acesta să confirme faptul ca va pune la dispoziția ofertantului resursele tehnice și profesionale invocate, pe durata de derulare a contractului de achiziție publică.

Referitor la contractului de lucrări nr. 5053 din 07.05.2010, reclamanta menționează că „...au fost respectate principiile ce stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică precum și, în egală măsură, legislația în vigoare în materia achizițiilor publice”.

Potrivit prevederilor art. 75 - (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu completările și modificările ulterioare „în cazul în care autoritatea contractantă a publicat un anunț de intenție referitor la contractul de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, aceasta are dreptul de a reduce perioada prevăzută la alin. (1) până la 36 de zile”.

Termenul redus, menționat este permis potrivit alin. (3) în cazul în care anunțul de intenție a conținut toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare - în măsura în care acestea sunt cunoscute la data publicării anunțului de intenție - și a fost transmis spre publicare cu cel mult 12 luni și cu cel puțin 52 de zile înainte de data transmiterii spre publicare a anunțului de participare.

Având în vedere dispozițiile art. 75 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, precum și prevederile art. 38 alin. (4) din Directiva 2004/18/CE, pentru a beneficia de reducerea prevăzută la art. 75 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă trebuie să îndeplinească următoarele condiții: să menționeze în anunțul de intenție toate informațiile cuprinse în anunțul de participare; informațiile cuprinse în anunțul de participare să fie disponibile la data anunțului de intenție; anunțul de intenție să fie publicat cu cel mult 12 luni și cu cel puțin 52 de zile înainte de data transmiterii spre publicare a anunțului de participare.

Aceasta este de altfel, după cum este precizat și pe site-ul ANRMAP în newsletter-ul nr. 15 noiembrie 2011, modalitatea de interpretare a auditorilor Curții Europene de Conturi și a reprezentanților serviciilor tehnice ale Comisiei Europene.

Potrivit celor ante-menționate, este nefondată susținerea potrivit căreia informațiile prevăzute de lege pentru anunțul de participare nu erau disponibile la momentul transmiterii spre publicare a anunțului de intenție, întrucât autoritatea putea beneficia de reducerea termenului precizată la art. 75 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, numai în condițiile în care aceasta îndeplinea toate condițiile impuse de art. 75 alin. (3) din același act normativ, precum și de prevederile art. 38 alin. (4) din Directiva 2004/18/CE.

Nu se poate admite faptul că, în opinia reclamantei, anumite structuri implicate în verificarea procedurii de achiziție în speța dată, confirmă respectarea legislației aplicabile în domeniu, în ceea ce privește termenele stabilite în anunțurile publicate în JOUE/SEAP. În pofida avizărilor obținute din partea acestor structuri, nu înlătură răspunderea beneficiarului privind derularea procedurii alese, conform reglementărilor în vigoare privind achizițiile publice.

Potrivit art. 2 alin. (4) din H.G. nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare: Autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile.

În conformitate cu contractul de finanțare, legea părților, cheltuielile sunt considerate eligibile dacă sunt în conformitate cu H.G. nr. 759/2007 privind regulile de eligibilitate a cheltuielilor efectuate în cadrul operațiunilor finanțate prin programele operaționale, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, în hotărâre este stipulat la art. 2 alin. (1) lit. d) faptul că „Pentru a fi eligibilă, o cheltuială trebuie să îndeplinească cumulativ următoarele condiții cu caracter general, fără a încălca prevederile alin. (3) art. 3, art. 4 și art. 5 alin. (2): să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare", ori ceea ce s-a sancționat prin nota de constatare a neregulilor a fost abaterea de la prevederile legislației specifice de achiziții.

Așa fiind, motivațiile reclamantei nu se susțin. Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA- 13652/22.02.2012 a fost emisă în baza recomandărilor formulate de către Autoritate de Audit în Raportul de audit de operațiuni pentru P.O.R. nr. 51648/AP/22.12.2011, comunicat M.D.R.T. cu adresa nr. 94973/22.12.2011, prin preluarea constatărilor, concluziilor și corecțiilor propuse, în conformitate cu următoarele prevederi legale coroborate:

Art. 5 din OUG nr. 66/2011: „autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația: ...c) implementării corespunzătoare și la timp a recomandărilor formulate de organismele de control și audit intern și extern, naționale și europene, în aplicarea prevederilor prezentei ordonanțe de urgență.”

Art. 21 alin. (26) din O.U.G. nr. 66/2011: „procesul-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare se emite în termen de 60 de zile de la data comunicării documentelor de constatare emise de Autoritatea de Audit, conform regulamentului prevăzut la art. 24”.

Art. 24 din O.U.G. nr. 66/2011: "Etapile privind elaborarea rapoartelor de audit, procedura contradictorie și implementarea recomandărilor formulate de Autoritatea de Audit se desfășoară

conform regulamentului care se aprobă de Plenul Curții de Conturi, în condițiile art. 11 din Legea nr. 94/1992 privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi, republicată, cu modificările ulterioare".

Art. 31 alin. (1) din O.U.G. nr. 66/2011: „Activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare poate fi reluată de aceeași sau altă structură de control prevăzută la art. 20 dacă, până la data împlinirii termenului de prescripție, apar alte date suplimentare necunoscute la data efectuării verificărilor sau apar erori de calcul care influențează rezultatele acestora".

Art. 31 alin. (2) din O.U.G. nr. 66/2011: "condițiile alin. (1) se poate emite un nou proces-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare pentru eventuale diferențe necesare până la acoperirea integrală a prejudiciului".

Art. 511 din Regulamentul privind organizarea și desfășurarea activităților specifice Curții de Conturi, precum și valorificarea actelor rezultate din aceste activități, aprobat prin Hotărârea plenului Curții de Conturi nr. 130/2010, publicată în Monitorul Oficial Nr. 832 din 13 decembrie 2010: "Atunci când în rapoartele de audit sunt consemnate nereguli, Autoritatea de Audit solicită autorităților competente să ia măsuri de înlăturare a acestora, iar acestea din urmă sunt obligate să le ducă la îndeplinire".

Ținând cont de faptul că contractul de finanțare este un acord cu termeni specifici, privind furnizarea, în anumite condiții, a finanțării nerambursabile pentru acoperirea parțială a costurilor eligibile efectuate în vederea implementării unui proiect și că o condiție esențială pentru ca o cheltuială să fie eligibilă, este să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare, nu se pot reține afirmațiile reclamantei.

În concluzie, consecința abaterilor de la prevederile legale este sancționată cu excluderea de la finanțare a cheltuielilor.

Sub aspectul actului normativ aplicabil în speță și al încălcării principiului neretroactivității legii civile, urmează a fi avut în vedere art. 66 din OUG nr.66/2011, potrivit căruia „activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare”.

Raportat la prevederile articolului mai sus menționat este evident faptul că O.G. nr.79/2003 ar fi fost aplicabil în speță numai în situația în care controlul ar fi fost deja început la data intrării în vigoare a O.U.G. nr.66/2011.

Indiferent de momentul identificării neregulilor în utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, încălcarea legii se sancționează.

Abaterile de la prevederile legislației naționale și comunitare sunt sancționate în baza legii specifice aplicabile la data efectuării controlului, însă calificarea abaterii se realizează prin raportare la dispozițiile legale incidente la momentul la care faptele și actele juridice s-au produs.

Interpretarea acestor prevederi legale rezultă din situația de excepție a activității de control, controlul având caracter ulterior, inclusiv înlăuntrul termenului de prescripție extinctivă.

Având în vedere că efectuarea controlului s-a făcut ulterior intrării în vigoare a O.U.G. nr.66/2011, doar acest act normativ poate fi aplicabil în speță.

În cazul constatării unei abateri de la legalitate, sancțiunea prevăzută de O.G. nr. 79/2003 ar fi fost declararea ca neeligibile a cheltuielilor efectuate în cadrul proiectului, cu alte cuvinte o corecție de 100%.

Neregulile săvârșite în procedura de utilizare și administrare a fondurilor comunitare și a fondurilor de cofinanțare aferente, așa cum sunt definite prin art.2 lit.a) din O.G. nr. 79/2003, sunt sancționate cu restituirea sumelor plătite din fondurile comunitare și/sau din cofinanțarea aferentă, costurile bancare, inclusiv accesoriile acestora, precum și a altor sume stabilite de lege în sarcina debitorului, în conformitate cu art. 4 din actul normativ mai sus menționat, acestea fiind considerate creanțe bugetare și asimilate creanțelor bugetare (art.2 lit.d și art.4 alin.2 din ordonanță).

Aplicarea în timp a O.G. nr. 79/2003 a generat stabilirea unor debite excesive în sarcina beneficiarilor fondurilor europene, inclusiv a instituțiilor publice finanțate de la bugetul de stat, ca urmare a restituirii integrale a sumelor de care au beneficiat în mod necuvenit.

Art. 2 lit. n) din O.U.G. nr. 66/2011 consacră principiul proporționalității în sensul că „orice măsură adoptată trebuie să fie adecvată, necesară și corespunzătoare scopului urmărit atât în ceea ce privește resursele angajate în constatarea neregulilor, cât și în ceea ce privește stabilirea creanțelor bugetare rezultate din nereguli, ținând seama de natura și frecvența neregulilor constatate și de impactul financiar al acestora asupra proiectului/programului respectiv”.

Acest principiu și-a găsit exprimarea concretă în prevederile Anexei 1 ale O.U.G. nr. 66/2011 în care sunt stabilite procentual corecțiile fiscale pentru fiecare abatere constatată.

Față de considerentele de fapt și de drept învederate anterior instanța reține că acțiunea nu este fondată, astfel că o va respinge. Pentru aceleași considerente va fi respinsă și acțiunea conexă ca nefondată.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Respinge acțiunea formulată de *reclamanții* JUDEȚUL CĂLĂRAȘI și CONSILIUL JUDEȚEAN CĂLĂRAȘI, ambii cu sediul în Călărași, județul Călărași, în contradictoriu cu *pârâtul* MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI - PRIN DIRECȚIA CONTROL ȘI VERIFICARE UTILIZARE FONDURI COMUNITARE, cu sediul în București, ca nefondată.

Respinge acțiunea conexă formulată de formulată de *reclamanții* JUDEȚUL CĂLĂRAȘI și CONSILIUL JUDEȚEAN CĂLĂRAȘI, ambii cu sediul în Călărași, în contradictoriu cu *pârâtul* MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI CENTRALE, cu sediul în București, ca nefondată.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, azi 15.02.2013.

Dosar nr. 2240/2/2012

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 342
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 25.01.2013

Pe rol soluționarea acțiunii în contencios administrativ formulată de *reclamanții* JUDEȚUL CĂLĂRAȘI și CONSILIUL JUDEȚEAN CĂLĂRAȘI, în contradictoriu cu *pârâtul* MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI - PRIN DIRECȚIA CONTROL ȘI VERIFICARE UTILIZARE FONDURI COMUNITARE, având ca obiect „*anulare act administrativ*”.

Dezbaterile și susținerile părților au avut loc în ședința publică din data de 18.01.2013, fiind consemnate în încheierea de ședință de la acea dată, care face parte integrantă din prezenta hotărâre, când Curtea, având nevoie de timp pentru a delibera și pentru a da părților posibilitatea să depună concluzii scrise, în temeiul art. 260 Cod procedură civilă, a amânat pronunțarea la data de 25.01.2013, pentru când a hotărât următoarele:

CURTEA, DELIBERÂND ASUPRA CAUZEI DE FAȚĂ, CONSTATĂ URMĂTOARELE:

Prin acțiunea înregistrată pe rolul acestei instanțe la data de 19.03.2012, sub nr. 2240/2/2012, reclamanții Județul Călărași și Consiliului Județean Călărași, au formulat contestație împotriva notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, încheiată de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, prin Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare în data de 21.02.2012 privind proiectul SMIS 1142 intitulat „Îmbunătățirea accesului la rețeaua rutieră europeană de transport TEN-17 în județul Călărași, prin reabilitarea și modernizarea DJ 201 B, km 19+000 - km 39+950 pe traseul limita județ Ialomița - Valea Argovei și DJ 303, km 26+294 - km 48+278 pe traseul Valea Argovei - Mănăstirea”.

În motivarea acțiunii s-au arătat următoarele: prin nota de constatare mai sus amintită, Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, prin Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare, a aplicat instituției corecții financiare în cuantum total de inclusiv TVA de 4.078.348,37 lei. Corecția este compusă din: procentul de 5% aplicat la valoarea eligibilă a contractului de servicii nr. 6764 din 27.07.2007 în cuantum de 15.000 lei fără TVA, procentul de 10% aplicat la valoarea eligibilă a contractului de execuție 3425 din 30.03.2010 în cuantum de 3.412.183,51 lei fără TVA, TVA recuperabilă în sumă de 651.164,85 lei. La cererile de rambursare depuse până la data prezentei, la Autoritatea de Management, valoarea creanței bugetare rezultate din aplicarea corecției financiare pentru contractul de lucrări este de 1.022.422,43 lei.

Aceste corecții au fost aplicate ca urmare a constatării, de către echipa de control, a încălcării prevederilor legale, astfel:

În cadrul achiziției de servicii de proiectare a fost admisă oferta depusă de S.C. Bloominfo Geonet S.R.L. Târgoviște, în condițiile în care aceasta nu îndeplinește în totalitate criteriile de selecție și calificare și de asemenea a fost acceptată susținerea acestor criterii de o altă persoană, care nu face dovada că nu se încadrează în prevederile art. 180 și 181 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, acest fapt reprezentând o încălcare a principiului tratamentului egal prezentat la art. 2 alin. (2) lit. b) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii. În urma constatării acestei încălcări au fost aplicate corecții de 5% din valoarea eligibilă a contractului de servicii nr. 6764/27.07.2007 încheiat între Județul Călărași și S.C. Blominfo Geonet S.R.L. Târgoviște.

În cadrul achiziției de lucrări, în Anunțul de intenție publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. 2009/S14-019578/22.01.2009 nu au fost cuprinse toate informațiile care sunt prevăzute în Anexa VII A din Directiva 2004/18/CE pentru anunțul de participare, cu privire la informațiile esențiale pe baza cărora potențialii ofertanți și-ar fi putut evalua capacitatea de a participa în procedura de atribuire, respectiv parte din criteriile de calificare și selecție a ofertanților și criteriul de atribuire al contractului. În urma constatării acestei încălcări au fost aplicate corecții de 10% din valoarea eligibilă a contractului de lucrări nr. 3425/30.03.2010 încheiat între Județul Călărași și Asocieria S.C. Euro Grup DG Transport S.R.L. & S.C. Delta AC 93 S.R.L..

Echipa de control a aplicat greșit prevederile legale în ceea ce privește achizițiile publice: Conform celor menționate în nota de constatare "Ofertantul stabilit câștigător S.C. Blominfo Geonet Târgoviște, nu a îndeplinit conform documentelor depuse în cadrul ofertei depuse criteriile de calificative și selecție impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire și anunțul de participare, respectiv dotarea cu personal de specialitate pentru activitatea de proiectare drumuri".

Criteriile de selecție și calificare sunt prevăzute de art. 176 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare:

„Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare numai la:

- a) situația personală a candidatului sau ofertantului;
- b) capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- c) situația economică și financiară;
- d) capacitatea tehnică și/sau profesională;
- e) standarde de asigurare a calității;
- f) standarde de protecție a mediului, în cazurile prevăzute la art. 188 alin. (2) lit. f) și alin. (3) lit. e).

Această prevedere legală nu creează obligații pentru autoritatea contractantă în sensul de a aplica cumulativ aceste criterii ci doar creează obligația de a aplica numai acele criterii prevăzute de actul normativ.

În acest sens, criteriul prevăzut la art. 176, lit. d), respectiv capacitatea tehnică și/sau profesională a fost prevăzut în fișa de date a achiziției la Secțiunea IV. 4 sub formă generică și anume dotarea cu personal și utilaje."

De asemenea, Anunțul de participare nr. 12.998/08.05.2007, la Cap. III. 2.3 Capacitatea tehnică, nu sunt prevăzute cerințe referitoare la personalul de specialitate, întărind astfel opinia noastră că ofertanții nu aveau obligația de a îndeplini anumite cerințe de calificare și selecție, referitoare la personalul de specialitate.

Oferta cuprinde 3 părți respectiv: documente de calificare, oferta tehnică și oferta financiară. Comisia de evaluare a ofertelor analizează, într-o primă etapă îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție prevăzute în fișa de date a achiziției. Această atribuție rezultă din coroborarea prevederilor art. 72 alin. (2) lit. b) și ale art. 36 alin. (1) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare.

„Art. 72 - ... (2) Atribuțiile comisiei de evaluare sunt următoarele: ... b) verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați, în cazul în care acestea au fost solicitate prin documentația de atribuire; Art. 36 - (1) Oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: ... b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a prezentat, conform prevederilor art. 11 alin. (4)-(5), documente relevante în acest sens”.

Așa cum reiese din prevederile art. 36 alin. (1) și (2) o ofertă poate fi respinsă de comisia de evaluare doar ca fiind inacceptabilă sau neconformă.

Acceptabilitatea unei oferte din punct de vedere al art. 36 lit. b), poate fi analizată doar în faza analizei concordanței documentelor de calificare cu cerințele din fișa de date a achiziției/anunțul de participare.

Așa cum ne precizează art. 72 alin. (2), invocat mai sus, din atribuțiile comisiei de evaluare reiese în mod clar că verificarea documentelor ofertanților se face etapizat, respectiv verificarea cerințelor de calificare (lit. b) care se face în concordanță cu cerințele din fișa de date a achiziției/anunțul de participare și verificarea propunerilor tehnice prezentate de ofertanți, din punctul de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor minime din caietul de sarcini sau din documentația descriptivă (lit. f).

În ceea ce privește Contractul de lucrări nr. 3425 din 30.03.2010, echipa de control a constatat că autoritatea contractantă nu a respectat principiul transparenței deoarece a redus perioada minimă prevăzută între data transmiterii în JOUE a anunțului de participare și data de depunere a ofertelor în baza art. 75 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii.

În cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică au fost respectate principiile ce stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică precum și, în egală măsură, legislația în vigoare în materia achizițiilor publice.

Anunțul de intenție a fost publicat în baza prevederilor art. 35 alin. (1) lit. c) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004, respectiv art. 51 alin. (1) lit. c) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Această publicare este condiționată de obligația de a transmite spre publicare cât mai curând posibil după aprobarea programului în care este prevăzut contractul de lucrări, în conformitate cu prevederile art. 52 alin. (2).

Reducerea termenului de depunere a ofertelor a fost făcută în baza prevederilor art. 38 alin. (4) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004, respectiv art. 75 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, astfel:

În mod total eronat echipa de control a considerat că anunțul de participare a fost transmis spre publicare în data de 22.12.2009, acesta a fost transmis spre publicare în data de 10.12.2009, iar data luată în considerare pentru calculul termenului a fost data publicării anunțului.

De asemenea echipa de control a considerat că Anunțul de intenție nr. 2009/S 15-020920/23.01.2009 nu a cuprins toate informațiile care sunt prevăzute în Anexa VII A din Directiva 2004/18/CE pentru anunțul de participare.

Art. 38 alin. (4) din Directiva 2004/18/CE prevede că „Termenul redus menționat la primul paragraf este permis cu condiția ca anunțul de informare prealabilă să fi cuprins toate informațiile necesare

pentru anunțul de participare prevăzut de anexa VII A, în cazul în care respectivele informații sunt disponibile în momentul publicării anunțului și în care respectivul anunț de informare prealabilă a fost trimis spre publicare cu minimum 52 de zile și maximum 12 luni înainte de data trimiterii anunțului de participare."

Același lucru este reluat și de prevederile art. 75 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Autoritatea contractantă a inclus în anunțul de intenție toate informațiile cunoscute la data publicării anunțului de intenție - 22 ianuarie 2009 (Anunț de intenție: SEAP nr. 14.260/22.01.2009; JOUE nr. 2009/S 15-020920/23.01.2009).

Având în vedere stadiul evoluției proiectului, la momentul publicării anunțului de intenție nu existau date suplimentare celor cuprinse în acesta și publicate în SEAP/JOUE.

După aprobarea proiectului (contractul de finanțare nr. 430/07.07.2009), fiind întrunite toate condițiile pentru demararea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, a fost constituită comisia de întocmire a documentației de atribuire (Dispoziția privind constituirea echipei de elaborare a documentației de atribuire nr. 212/18.10.2009) care a stabilit informațiile și cerințele din Fișa de date a achiziției, clauzele contractuale obligatorii, caietul de sarcini și modelele de formulare, transpuse conform formatului standard în Anunțul de participare publicat în SEAP (nr. 92.165/22.12.2009)/JOUE (nr. 2009/S 248-356001/24.12.2009).

În sprijinul celor precizate de noi stă și aprobarea publicării anunțului de participare în SEAP, în urma verificării acestuia de către ANRMAP. Autoritatea de reglementare în materia achizițiilor publice, nu a avut obiecțiuni asupra legalității anunțului de participare (având în vedere că acesta conține numărul anunțului de intenție aferent, publicat în SEAP și JOUE), aprobând publicarea acestuia în SEAP și JOUE.

Mai mult decât atât, autoritatea de reglementare în materia achizițiilor publice, ANRMAP, pe fondul solicitării de creștere a gradului de absorbție a fondurilor structurale, a adoptat în anul 2009 o serie de modificări legislative ce vizau reducerea de termene pentru procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică (motivarea în baza căreia Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 19/2008 modifică și completează Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, a fost de a aduce o serie de aspecte pozitive cadrului legal al achizițiilor publice și un plus de eficiență în cheltuirea fondurilor publice alocate, inclusiv a fondurilor comunitare, eliminându-se astfel amânarea sau întârzierea implementării unor proiecte de investiții majore, cu impact social și economic la nivel național sau local).

În perioada cuprinsă între data publicării anunțului de participare și data-limită de depunere a ofertelor, nu a fost depusă nicio contestație privitoare la lipsa unor informații din anunțul de intenție, în raport cu informațiile cuprinse în anunțul de participare.

Pe parcursul derulării procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, Ministerul Finanțelor Publice prin Unitatea pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice (UCVAP)/Compartimentul de Verificare a Achizițiilor Publice (CVAP), a îndeplinit funcția de verificare a aspectelor procedurale care intră sub incidența legislației privind atribuirea contractelor de achiziție publică. Raportul de activitate nr. 173.580/06.04.2010, întocmit în baza prevederilor art.5 alin.(3) din OUG nr. 30/2006, cu modificările și completările ulterioare, la Cap. 2 punctul 2.1 Observații privind respectarea regulilor de publicitate și a termenelor prevăzute în legislația aplicabilă în domeniu, confirmă respectarea legislației aplicabile în domeniu, în ceea ce privește termenele stabilite în anunțurile publicate în JOUE/SEAP.

În drept, acțiunea a fost întemeiată pe prevederile Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare. În dovedirea acțiunii au fost depuse la dosar.

La termenul din data de 11.05.2012, reclamantele au precizat acțiunea, arătând în esență următoarele:

Nota de constatare contestată, încheiată de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, prin Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare este lovită de nulitate.

Conform prevederilor art. 6, alin. (1) din Codul civil „Legea civilă este aplicabilă cât timp aceasta este în vigoare. Aceasta nu are putere retroactivă”.

Ordonanță de urgență nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, a fost publicată în Monitorul Oficial nr. 461 din 30.06.2011.

Așa cum prevede art. 6, alin. (2) din Codul Civil „Actele și faptele juridice încheiate ori, după caz, săvârșite sau produse înainte de intrarea în vigoare a legii noi nu pot genera alte efecte juridice decât cele prevăzute de legea în vigoare la data încheierii sau, după caz, a săvârșirii ori producerii lor”.

Actele și faptele juridice încheiate ori, după caz, săvârșite sau produse înainte de intrarea în vigoare a legii noi nu pot genera alte efecte juridice decât cele prevăzute de legea în vigoare la data încheierii sau, după caz, a săvârșirii ori producerii lor.”

Având în vedere aceste prevederi, s-a arătat că Ordonanța de urgență nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, nu poate fi aplicată, deoarece actele și faptele juridice la care face referire Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată în data de 21.02.2012 privind proiectul SMIS 1142, s-au produs cu mult înainte de intrarea în vigoare a actului normativ.

Pe de altă parte, dacă instanța trece peste motivul de nulitate invocat, s-a considerat că sancțiunile aplicate nu sunt în concordanță cu gravitatea faptelor astfel:

Procentul de 5% aplicat la valoarea eligibilă a contractului de servicii nr. 6764 din 27.07.2007 aplicat în baza prevederilor pct. 2.4 din anexa la Ordonanței de urgență nr. 66/2011 nu a fost interpretat corect. Conform tabelului centralizator al constatărilor și recomandărilor atașat de pârât, notei de constatare, autoritatea de audit constată că „rezultatul procedurii nu a fost viciat, nu s-a schimbat procedura de atribuire, nu s-a încălcat principiul tratamentului egal al ofertanților...”.

În ceea ce privește procentul de 10% aplicat, la valoarea eligibilă a contractului de execuție 3425 din 30.03.2010, în baza prevederilor pct. 1.12 din anexa la Ordonanța de urgență nr. 66/2011, actul normativ invocat prevede că „Dacă acest tip de neregulă este doar de natură formală, fără un potențial impact financiar, nu se va aplica nici o reducere/corecție financiară.”

În nota de constatare contestată nu se reține nici un eventual impact financiar ce l-ar fi avut această neregulă și nu a existat nici un fel de impact financiar. Acest lucru rezultă cu certitudine din Raportul procedurii de atribuire a contractului de achiziție, conform căruia participarea a fost suficientă pentru a asigura un nivel concurențial satisfăcător, cu participarea a 5 ofertanți. Nu se poate afirma că procedura de publicitate nu a fost corespunzătoare atât timp cât nu au existat nici un fel de contestații cu privire la procedura de publicitate și toți cei 5 participanți au avut posibilitatea să își prezinte oferte și nici unul dintre acesta nu a fost descalificat. Din acest punct de vedere considerăm că sancțiunea nu trebuia aplicată.

Mai mult decât atât, pct. 1.12 din anexa la Ordonanța de urgență nr. 66/2011, oferă posibilitatea organului de control să aplice sancțiunea graduală, în funcție de gravitatea faptei, procentul de diminuare fiind de 2%, 5% sau 10%. Având în vedere argumentele precizate, sancțiunea aplicată este în neconcordanță cu situația de fapt și s-a solicitat reducerea acesteia în cazul în care instanța trece peste apărările anterioare.

Legal citat, pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI a depus întâmpinare la dosar, prin care a solicitat respingerea acțiunii ca nefondată, pentru următoarele considerente:

În fapt, în baza Raportului de audit de operațiuni pentru P.O.R. al Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.2011, înregistrat cu nr. 94973/22.12.2011, echipa de control a încheiat o notă de control prin care s-au reținut constatări cu implicații financiare cu privire la încălcarea legislației specifice achizițiilor publice, respectiv O.U.G. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, după cum urmează:

„Ofertantul stabilit câștigător, SC Blominfo Geonet SRL Târgoviște, nu a îndeplinit conform documentelor depuse în cadrul ofertei depuse criteriile de calificare și selecție impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire și anunțul de participare, respectiv dotarea cu personal de specialitate pentru activitatea de proiectare drumuri”, încălcând astfel „principiul tratamentului egal prezentat la art. 2 alin. (2) lit. b) din O.U.G. 34/2006”.

Conform art. 190, alin. (1) din O.U.G. 34/2006, „Capacitatea tehnică și profesională a ofertantului/candidatului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract, și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă”, iar conform alin. (2) al aceluiași articol „În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează capacitatea tehnică și profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1), de către o altă persoană, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective prin care aceasta confirmă faptul ca va pune la dispoziție ofertantului/candidatului resursele tehnice și profesionale invocate. Persoana ce asigură susținerea tehnică nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire conform prevederilor art. 180 și art. 181”.

„Din verificarea procedurii de atribuire a Contractului nr. 3425/30.03.2010, încheiat între Consiliul Județean Călărași și ASOCIEREA SC EURO GRUP DG TRANSPORT SRL & SC DELTA ACM 93 SRL, având ca obiect execuția de lucrări, s-a constatat că beneficiarul, în calitate de autoritate contractantă, nu a respectat principiile transparenței, prin încălcarea obligațiilor de publicitate”.

Autoritatea Contractantă a redus perioada minimă de 52 de zile prevăzută între data transmiterii spre publicare în JOUE (Jurnalul Oficial al Uniunii Europene) a Anunțului de participare (22.12.2009) și data limită de depunere a ofertelor (15.01.2010), la 25 de zile, potrivit prevederilor art. 75, alin. 2 din O.U.G. 34/2006, deși această reducere este permisă doar cu condiția ca anunțul de informare prealabilă să fi cuprins toate informațiile necesare pentru anunțul de participare, în cazul în care respectivele informații sunt disponibile în momentul publicării anunțului, conform prevederilor art 38 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004.

Anunțul de intenție publicat în JOUE, cu nr. 2009/S15-020920/23.01.2009, nu a cuprins toate informațiile care sunt prevăzute în Anexa VII A din Directiva 2004/18/CE pentru Anunțul de participare, cu privire la informațiile esențiale pe baza cărora potențialii ofertanți și-ar fi putut evalua capacitatea de a participa în procedura de atribuire, respectiv criteriile de calificare și selecție a ofertanților și criteriul de atribuire al contractului.

Referitor la achiziția de servicii de proiectare, UAT Călărași face următoarele mențiuni: „Criteriile de selecție și calificare sunt prevăzute de art. 176 din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii:

Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare numai la:

- a. situația personală a candidatului sau ofertantului;
- b. capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- c. situația economică și financiară;
- d. capacitatea tehnică și/sau profesională;
- e. standarde de asigurare a calității;
- f. standarde de protecție a mediului, în cazurile prevăzute la art. 188 alin. (2) lit.f) și alin. (3) lit.e).

Această prevedere legală nu creează obligații pentru autoritatea contractantă în sensul de a aplica cumulativ aceste criterii prevăzute de actul normativ.

În acest sens, criteriul prevăzut la art. 176, lit. d, respectiv capacitatea tehnică și/sau profesională a fost prevăzut în fișa de date a achiziției la secțiunea IV.4 sub formă generică și anume...dotarea cu personal și utilaje. De asemenea Anunțul de participare nr. 12.998/08.05.2007, la Cap.III. 2.3. Capacitatea tehnică, nu sunt prevăzute cerințe referitoare la personalul de specialitate, astfel că ofertanții nu aveau obligația de a îndeplini anumite cerințe de calificare și selecție, referitoare la personalul de specialitate.

Referitor la contractul de lucrări nr. 3425 din 30.03.2010, reclamanta menționează că „...au fost respectate principiile ce stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică precum și, în egală măsură, legislația în vigoare în materia achizițiilor publice.”

Potrivit prevederilor art. 75 (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu completările și modificările ulterioare, în cazul în care autoritatea contractantă a publicat un anunț de intenție referitor la contractul de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, aceasta are dreptul de a reduce perioada prevăzută la alin. (1) până la 36 de zile".

Termenul redus, menționat este permis potrivit alin. (3) „... în cazul în care anunțul de intenție a conținut toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare - în măsura în care acestea sunt cunoscute la data publicării anunțului de intenție - și a fost transmis spre publicare cu cel mult 12 luni și cu cel puțin 52 de zile înainte de data transmiterii spre publicare a anunțului de participare".

Având în vedere dispozițiile art. 75 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, precum și prevederile art. 38 alin. (4) din Directiva 2004/18/CE, pentru a beneficia de reducerea prevăzută la art. 75 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă trebuie să îndeplinească următoarele condiții: să menționeze în anunțul de intenție toate informațiile cuprinse în anunțul de participare; informațiile cuprinse în anunțul de participare să fie disponibile la data anunțului de intenție; anunțul de intenție să fie publicat cu cel mult 12 luni și cu cel puțin 52 de zile înainte de data transmiterii spre publicare a anunțului de participare.

Nu se poate admite faptul că, în opinia reclamantei, anumite structuri implicate în verificarea procedurii de achiziție în speța dată, confirmă respectarea legislației aplicabile în domeniu, în ceea ce privește termenele stabilite în anunțurile publicate în JOUE/SEAP. În pofida avizărilor obținute din partea acestor structuri, nu înlătură răspunderea beneficiarului privind derularea procedurii alese, conform reglementărilor în vigoare privind achizițiile publice.

În drept, întâmpinarea a fost întemeiată pe dispozițiile OUG nr.66/2011, Codul de procedură Fiscală, Legea nr.554/2004 a contenciosului administrativ și Codul de Procedură Civilă.

Pe rolul acestei instanțe a fost înregistrată la data de 25.10.2012, sub nr. 7989/2/2012 cererea de chemare în judecată a reclamanților Județul Călărași și Consiliului Județean Călărași împotriva părâtului Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului pentru că prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună anularea Deciziei nr. 53 din 24.04.2012 a Comisiei de soluționare a contestației, numită prin ordinul ministrului dezvoltării regionale și turismului nr. 689 din 10.04.2012 precum și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată în data de 21.02.2012 privind proiectul SMIS 1142 intitulat „Îmbunătățirea accesului la rețeaua rutieră europeană de transport TEN-17 în județul Călărași prin reabilitarea și modernizarea DJ 201 B, km 19+000 - km 39+950 pe traseul limita județ Ialomița - Valea Argovei și DJ 303, km 26+294 - km 48+278 pe traseul Valea Argovei - Mănăstirea”.

În motivarea acțiunii s-au arătat în esență următoarele:

Prin Decizia nr. 53 din 24.04.2012 a Comisiei de soluționare a contestației au fost respinse contestația și plângerea prealabilă formulate împotriva notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată în data de 21.02.2012 privind proiectul SMIS 1142 intitulat „Îmbunătățirea accesului la rețeaua rutieră europeană de transport TEN-17 în județul Călărași, prin reabilitarea și modernizarea DJ 201 B, km 19+000 - km 39+950 pe traseul limita județ Ialomița - Valea Argovei și DJ 303, km 26+294 - km 48+278 pe traseul Valea Argovei - Mănăstirea”.

Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, prin Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare a aplicat instituției corecții financiare în cuantum total de inclusiv TVA de 4.078.348,37 lei. Corecția este compusă din: procentul de 5% aplicat la valoarea eligibilă a contractului de servicii nr. 6764 în cuantum de 15.000 lei fără TVA; procentul de 10% aplicat la valoarea eligibilă a contractului de execuție 3425 în cuantum de 3.412.183,51 lei, fără TVA. TVA recuperabilă în sumă de 651.164,85 lei.

La cererile de rambursare depuse până la data prezentei, la Autoritatea de Management, valoarea creanței bugetare rezultate din aplicarea corecției financiare pentru contractul de lucrări este de 1.022.422,43 lei.

Aceste corecții au fost aplicate ca urmare a constatării, de către echipa de control, a încălcării prevederilor legale de către noi astfel:

În cadrul achiziției de servicii de proiectare a fost acceptată admisibilă oferta depusă de SC Bloominfo Geonet SRL Târgoviște, în condițiile în care aceasta nu îndeplinește în totalitate criteriile de selecție și calificare și de asemenea a fost acceptată susținerea acestor criterii de o altă persoană, care nu face dovada că nu se încadrează în prevederile art. 180 și 181 din OUG 34/2006, acesta fapt reprezentând o încălcare a principiului tratamentului egal prezentat la art. 2, alin. (2), lit. b) din OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii. În urma constatării acestei încălcări au fost aplicate corecții de 5% din valoarea eligibilă a contractului de servicii nr. 6764/27.07.2007 încheiat între Județul Călărași și S.C. Blominfo Geonet SRL Târgoviște.

În cadrul achiziției de lucrări Anunțul de intenție publicat în JOUE nr. 2009/S14-019578/22.01.2009 nu au fost cuprinse toate informațiile care sunt prevăzute în Anexa VII A din Directiva 2004/18/CE pentru anunțul de participare, cu privire la informațiile esențiale pe baza cărora potențialii ofertanți și-ar fi putut evalua capacitatea de a participa în procedura de atribuire, respectiv parte din criteriile de calificare și selecție a ofertanților și criteriul de atribuire al contractantului. În urma constatării acestei încălcări au fost aplicate corecții de 10% din valoarea eligibilă a contractului de

lucrări nr. 3425/30.03.2010 încheiat între Județul Călărași și Asociera SC Euro Grup DG Transport SRL & SC Delta AC 93 SRL.

Împotriva notei de constatare, a formulat atât contestație administrativă cât și plângere prealabilă. Prin decizia nr. 53 din 24.04.2012, Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin comisia constituită pentru soluționarea contestației a respins plângerea prealabilă și contestația ca fiind nefondate.

Soluția astfel pronunțată este netemeinică și nelegală astfel:

Nota de constatare de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată în data de 21.02.2012 precum și Decizia nr. 53 din 24. 04.2012 a Comisiei de soluționare a contestației sunt lovite de nulitate.

Conform prevederilor art. 6, alin. (1) din Codul civil „Legea civilă este aplicabilă cât timp aceasta este în vigoare. Aceasta nu are putere retroactivă”.

Ordonanță de urgență nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, a fost publicată în Monitorul Oficial nr. 461 din 30.06.2011.

Așa cum prevede art. 6, alin. (2) din Codul Civil „Actele și faptele juridice încheiate ori, după caz, săvârșite sau produse înainte de intrarea în vigoare a legii noi nu pot genera alte efecte juridice decât cele prevăzute de legea în vigoare la data încheierii sau, după caz, a săvârșirii ori producerii lor.”

„Actele și faptele juridice încheiate ori, după caz, săvârșite sau produse înainte de intrarea în vigoare a legii noi nu pot genera alte efecte juridice decât cele prevăzute de legea în vigoare la data încheierii sau, după caz, a săvârșirii ori producerii lor.”

Având în vedere aceste prevederi, Ordonanța de urgență nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, nu poate fi aplicată în situația sa, deoarece actele și faptele juridice la care fac referire cele două acte administrative s-au produs cu mult înainte de intrarea în vigoare a actului normativ.

În drept, acțiunea a fost întemeiată pe prevederile OUG 66/2011 privind prevenirea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, cu modificările și completările ulterioare precum și ale legii 554/2006 privind contenciosul administrativ, cu modificările și completările ulterioare.

Legal citat, pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI (M.D.R.T.) a depus întâmpinare la dosar, prin care a solicitat respingerea acțiunii ca neîntemeiate, arătând în esență următoarele:

Cu privire la excepția nulității absolute invocate în cauză:

Sub aspectul actului normativ aplicabil în speță și al încălcării principiului neretroactivității legii civile, urmează a fi avut în vedere art. 66 din OUG nr.66/2011, potrivit căruia „activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare”.

Raportat la prevederile articolului mai sus menționat este evident faptul că O.G. nr. 79/2003 ar fi fost aplicabil în speță numai în situația în care controlul ar fi fost deja început la data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011.

Indiferent de momentul identificării neregulilor în utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, încălcarea legii se sancționează.

Abaterile de la prevederile legislației naționale și comunitare sunt sancționate în baza legii specifice aplicabile la data efectuării controlului, însă calificarea abaterii se realizează prin raportare la dispozițiile legale incidente la momentul la care faptele și actele juridice s-au produs.

Interpretarea acestor prevederi legale rezultă din situația de excepție a activității de control, controlul având caracter ulterior, inclusiv înăuntrul termenului de prescripție extinctivă.

Având în vedere că efectuarea controlului s-a făcut ulterior intrării în vigoare a O.U.G. nr.66/2011, doar acest act normativ poate fi aplicabil în speță.

În cazul constatării unei abateri de la legalitate, sancțiunea prevăzută de O.G. nr. 79/2003 ar fi fost declararea ca neeligibile a cheltuielilor efectuate în cadrul proiectului, cu alte cuvinte o corecție de 100%.

Art. 15 alin.2 din Constituția României consacră principiul neretroactivității legii, sens în care prevede că „legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile”.

Aplicarea principiului constituțional mai sus enunțat, la specificul raporturilor fiscale, cu referire expresă la aplicarea în timp a legii fiscale, comportă o serie de distincții, respectiv:

În marea lor majoritate, normele fiscale au un caracter imperativ, ceea ce face ca acestea să se înscrie în situațiile juridice obiective. Aceste situații fac delimitarea de situațiile juridice subiective în care subiectele de drept au posibilitatea opțiunii aplicării normelor juridice fiscale.

Prevederile de natură fiscală ale celor două ordonanțe reglementează în mod evident situații juridice obiective, astfel încât, aplicarea unor corecții fiscale mai favorabile reglementate de legea nouă (O.U.G. nr.66/2011), unor situații juridice obiective (nereguli) consumate sub imperiul legii vechi (O.G. nr. 79/2003), nu încalcă principiul constituțional invocat și nici principiul legalității consacrat în materie fiscală.

Pe fondul cauzei, în fapt, pârâțul a pornit în temeiul O.U.G. nr. 66/2011, o misiune de control ce a avut ca obiect verificarea aspectelor sesizate prin adresa Serviciului Verificare Conformitate Programe și Gestionare Nereguli nr. VT-5761/25.01.2012, cu privire la recomandarea din Raportul Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.2011.

Documentul menționat mai sus face referire la suspiciuni de neregulă în implementarea proiectului cod SMIS 1147, cu titlul „Îmbunătățirea accesului la rețeaua rutieră europeană de transport TEN-T7 în județul Călărași, prin reabilitarea și modernizarea DJ 201 B, Km 19+000 - Km 39+950 pe traseul limita județ Ialomița - Valea Argovei și DJ303, Km 26+294 - Km 48+278 pe traseul Valea Argovei - Mănăstirea”, beneficiar Unitatea Administrativ Teritorială județul Călărași.

Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA- 13617/22.02.2012 a fost emisă în baza recomandărilor formulate de către Autoritatea de Audit în Raportul de audit de

operațiuni pentru P.O.R. nr. 51648/AP/22.12.2011, prin preluarea constatărilor, concluziilor și corecțiilor propuse.

Prin adresa nr. CA - 11266/14.02.2012, echipa de control a transmis proiectul Notei de constatare către reclamanta U.A.T. județul Călărași, care și-a exprimat ulterior punctul de vedere prin adresa nr. 1359/17.02.2012.

Împotriva Notei de constatare mai sus amintită, reclamanta a formulat contestație și plângere prealabilă, înregistrate la M.D.R.T. sub nr. 24256 și respectiv nr. 24262 din 29.03.2012, acestea fiind respinse ca nefondate de către comisia special constituită din cadrul instituției noastre (Decizia nr. 53/24.04.2012).

Contractul de finanțare nr. 430 a fost semnat la data de 07.07.2009, între Ministerul Dezvoltării Regionale și Locuinței (antecesorul MDRT) - în calitate de Autoritate de Management pentru Programul Operațional Regional (AM POR), Agenția pentru Dezvoltare Regională Centru - în calitate de Organism Intermediar (OI) și Unitatea Administrativ Teritorială județul Călărași - în calitate de Beneficiar, având o perioadă de implementare de 31 de luni.

Proiectul a avut ca obiectiv „îmbunătățirea accesului la rețeaua rutieră europeană de transport TEN-T7 în județul Călărași, prin reabilitarea și modernizarea DJ 201 B, Km 19+000 -Km 39+950 pe traseul limita județ Ialomița - Valea Argovei și DJ303, Km 26+294 - Km 48+278 pe traseul Valea Argovei - Mănăstirea”.

Contractul de finanțare nr. 430/07.07.2009 prevede rambursarea cheltuielilor în condițiile respectării H.G. nr. 759/2007 privind regulile de eligibilitate a cheltuielilor efectuate în cadrul operațiunilor finanțate prin programele operaționale, cu modificările și completările ulterioare, și a Ordinului comun MDLPL / MEF nr. 607/25.07.2007 și nr. 914/13.08.2007 pentru aprobarea categoriilor de cheltuieli eligibile pentru domeniul major de intervenție „Reabilitarea și modernizarea rețelei de drumuri județene, străzi urbane - inclusiv construcția - reabilitarea șoselelor de centură”.

În același sens, se instituie obligația beneficiarului - în calitate de autoritate contractantă, de a respecta, în scopul atribuirii contractelor de servicii, furnizare sau execuție de lucrări, a prevederilor legislației naționale în domeniul achizițiilor publice (OUG nr. 34/2006 și HG 925/2006).

Din verificarea documentelor de achiziție servicii și lucrări, aferente atribuirii Contractului de servicii nr. 6764/27.07.2007 - încheiat cu SC Blominfo SRL Târgoviște și a Contractului de lucrări nr. 3425/30.03.2010 - încheiat cu Asocieria SC Euro Grup DG Transport SRL & SC Delta ACM 93 SRL, s-a constatat încălcarea normativelor legale în materia achizițiilor publice de către reclamanta UAT jud. Călărași, în calitate de autoritate contractantă, respectiv:

Referitor la Contractul de servicii nr. 6764/27.07.2007:

În speță, s-a constatat că ofertantul câștigător - SC Blominfo Geonet SRL Târgoviște nu a îndeplinit criteriile de calificare și selecție impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire și anunțul de participare, respectiv dotarea cu personal de specialitate pentru activitatea de proiectare drumuri.

Astfel, în urma ședinței de deschidere a ofertelor, autoritatea contractantă, cu toate că a avut la dispoziție Declarația ofertantului în care se preciza că acesta dispune pentru îndeplinirea contractului "...de 19 persoane cu studii superioare de specialitate și de alte 78 de persoane cu studii superioare de alte specialități" și a constatat că acesta nu a prezentat nici un subcontractant desemnat, a solicitat clarificări ofertantului cu privire la personalului de specialitate angrenat în activitatea de proiectare (pct. 2).

Motivațiile reclamantei privitoare la faptul că, inițial, anunțul de participare "... nu conține cerințe referitoare la personalul de specialitate, întărind astfel opinia că ofertanții nu aveau obligația de a îndeplini anumite cerințe de calificare și selecție, referitoare la personalul de specialitate" nu se susține, pentru considerentele prezentate mai sus.

Mai mult, comisia de evaluare avea drept atribuții, potrivit art. 72 alin.(2) lit. f) din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, verificarea propunerilor tehnice prezentate de ofertanți, din punctul de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor minime din caietul de sarcini sau din documentația descriptivă."

Conform art. 171 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, "Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă". Prin urmare, conform ofertei inițiale, SC Blominfo Geonet SRL Târgoviște se angaja să execute integral contractul, fără a avea acoperit personalul de specialitate principal.

Prin urmare, reclamanta nu ar fi trebuit să accepte introducerea ulterioară a SC Blominfo Geonet SRL Târgoviște ca subcontractant desemnat, ale cărui resurse umane se iau în considerare la partea acestuia de implicare din contract.

Pe de altă parte, potrivit art. 96 alin. (1) din HG 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă avea obligația de a solicita prezentarea contractului dintre viitorul contractant și subcontractanții nominalizați în ofertă. În speță, la documentația proiectului a fost atașat contractul de servicii nr. 4853/03.07.2008 (încheiat la data de 03.04.2008, după aproximativ 1 an de la data finalizării Raportului procedurii) dintre SC Blominfo Geonet SRL Târgoviște și SC Vianet SRL, având unele termene intermediare de predare pe 25 iulie 2008, deci chiar în exteriorul perioadei de executare a contractului de bază.

Mai mult, în cadrul obiectivelor de realizat referitoare la proiectul tehnic, nu este menționat obiectivul specific supus licitației, respectiv „îmbunătățirea accesului la rețeaua rutieră europeană de transport TEN-T7 în județul Călărași, prin reabilitarea și modernizarea DJ 201 B, Km 19+000 - Km 39+950 pe traseul limita județ Ialomița - Valea Argovei și DJ303, Km 26+294 - Km 48+278 pe traseul Valea Argovei - Mănăstirea.”

Implicarea SC Vianet SRL în executarea contractului din postura de susținător: în raport de constatările Autorității de Audit, se stipulează faptul că ofertantul Blominfo Geonet SRL este susținut pentru îndeplinirea cerințelor de calificare și selecție (în ceea ce privește dotarea cu personal de specialitate pentru întocmirea proiectului tehnic și a cererii de finanțare) de către o altă persoană, în speță SC Vianet SRL - în postură de terț susținător.

Conform art. 190 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, „Capacitatea tehnică și profesională a ofertantului/candidatului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract, și de o alta persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă”.

Potrivit alin. (2) al aceluiași articol „în cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează capacitatea tehnică și profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1), de către o altă persoană, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective prin care aceasta confirmă faptul că va pune la dispoziție ofertantului/candidatului resursele tehnice și profesionale invocate. Persoana ce asigură susținerea tehnică nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor art. 180 și art. 181.”

În raport cu aceste cerințe, persoana juridică SC Vianet SRL, care vine în susținerea ofertantului pentru îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție (dotarea cu personal de specialitate), nu a făcut dovada respectării cerințelor impuse de art. 180 și art. 181 din OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare.

În acest sens, acceptarea ca admisibilă a ofertei depusă de SC Blominfo Geonet SRL Târgoviște, în condițiile în care aceasta nu îndeplinește în totalitate criteriile de selecție și calificare, precum și acceptarea susținerii acestor criterii de o altă persoană - care nu face dovada respectării prevederilor art. 180 și 181 din OUG nr. 34/2006, reprezintă o încălcare a principiului tratamentului egal prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006.

Totodată, este de reținut și faptul că „Declarația privind partea/părțile din contract care sunt îndeplinite de subcontractanți și specializarea acestora”, prin care se menționează ca subcontractant SC Vianet SRL, nu reprezintă un angajament ferm în sensul art. 186 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, prin care subcontractantul să confirme că va pune la dispoziția ofertantului resursele tehnice și profesionale invocate, pe durata de derulare a contractului de achiziție publică.

Referitor la Contractul de lucrări nr. 3425/30.03.2010:

Din verificarea procedurii de atribuire a Contractului nr. 3425/30.03.2010, încheiat între Consiliul Județean Călărași și ASOCIEREA SC EURO GRUP DG TRANSPORT SRL & SC DELTA ACM 93 SRL, având ca obiect execuția de lucrări, s-a constatat că beneficiarul, în calitate de autoritate contractantă, nu a respectat principiile transparenței, prin încălcarea obligațiilor de publicitate, astfel:

Autoritatea Contractantă a redus perioada minimă de 52 de zile prevăzută între data transmiterii spre publicare în JOUE a Anunțului de participare (22.12.2009) și data limită de depunere a ofertelor (15.01.2010), la 25 de zile, deși conform art. 75 alin. 2 din OUG 34/2006 această reducere este permisă doar cu condiția ca anunțul de informare prealabilă să fi cuprins toate informațiile necesare pentru anunțul de participare, în cazul în care respectivele informații sunt disponibile în momentul publicării anunțului, conform prevederilor art. 38 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004.

Anunțul de intenție publicat în JOUE nr. 2009/S 15-020920/23.01.2009 nu a cuprins toate informațiile care sunt prevăzute în Anexa VII din Directiva 2004/18/CE pentru Anunțul de participare, cu privire la informațiile esențiale pe baza cărora potențialii ofertanți și-ar fi putut evalua capacitatea de a participa în procedura de atribuire, respectiv criteriile de calificare și selecție a ofertanților și criteriul de atribuire al contractului.

Diminuarea termenului de 52 la 36 de zile este reglementată de art. 75 alin. 2) din OUG nr. 34/2006 cu completările și modificările ulterioare, care precizează: în cazul în care autoritatea contractantă a publicat un anunț de intenție referitor la contractul de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, aceasta are dreptul de a reduce perioada prevăzută la alin. (1) până la 36 de zile.

Termenul redus, este permis cu condiția ca anunțul de informare prealabilă să fi cuprins toate informațiile necesare pentru anunțul de participare prevăzut de anexa VII A, în cazul în care respectivele informații sunt disponibile în momentul publicării anunțului și în care respectivul anunț de informare prealabilă a fost trimis spre publicare cu minimum 52 de zile și maximum 12 luni înainte de data trimiterii anunțului de participare.

În drept, întâmpinarea a fost întemeiată pe dispozițiile art. 115-118 C.p.c., prevederile O.U.G. nr. 66/2011 și ale Legii nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, precum și dispozițiile Legii nr. 94/08.09.1992 privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi, cu modificările și completările ulterioare.

Prin încheierea din data de 18.01.2013 s-a dispus conexarea cauzei cu nr. 7989/2/2012 la dosarul cu nr. 2240/2/2012. Analizându-se actele și lucrările dosarului, instanța a reținut următoarele:

Prin Decizia nr. 53 din 24.04.2012 a Comisiei de soluționare a contestației au fost respinse contestația și plângerea prealabilă formulate de reclamante împotriva notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată în data de 21.02.2012 privind proiectul SMIS 1142 intitulat „Îmbunătățirea accesului la rețeaua rutieră europeană de transport TEN-17 în județul Călărași, prin reabilitarea și modernizarea DJ 201 B, km 19+000 - km 39+950 pe traseul limita județ Ialomița - Valea Argovei și DJ 303, km 26+294 - km 48+278 pe traseul Valea Argovei - Mănăstirea”.

Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, prin Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare a aplicat instituției corecții financiare în cuantum total de inclusiv TVA de 4.078.348,37 lei. Corecția este compusă din: procentul de 5% aplicat la valoarea eligibilă a contractului de servicii nr. 6764 din 27.07.2007 în cuantum de 15.000 lei fără TVA, procentul de 10% aplicat la valoarea eligibilă a contractului de execuție 3425 în cuantum de 3.412.183,51 lei, fără TVA.

Cu privire la excepția nulității absolute invocate în cauză:

Sub aspectul actului normativ aplicabil în speță și al încălcării principiului neretroactivității legii civile, urmează a fi avut în vedere art. 66 din OUG nr.66/2011, potrivit căruia „activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare”.

Raportat la prevederile articolului mai sus menționat este evident faptul că O.G. nr. 79/2003 ar fi fost aplicabil în speță numai în situația în care controlul ar fi fost deja început la data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011.

Abaterile de la prevederile legislației naționale și comunitare sunt sancționate în baza legii specifice aplicabile la data efectuării controlului, însă calificarea abaterii se realizează prin raportare la dispozițiile legale incidente la momentul în care faptele și actele juridice s-au produs.

Interpretarea acestor prevederi legale rezultă din situația de excepție a activității de control, controlul având caracter ulterior, inclusiv înăuntrul termenului de prescripție extinctivă.

Având în vedere că efectuarea controlului s-a făcut ulterior intrării în vigoare a O.U.G. nr.66/2011, doar acest act normativ poate fi aplicabil în speță.

În cazul constatării unei abateri de la legalitate, sancțiunea prevăzută de O.G. nr. 79/2003 ar fi fost declararea ca neeligibile a cheltuielilor efectuate în cadrul proiectului, cu alte cuvinte o corecție de 100%.

Neregulile săvârșite în procedura de utilizare și administrare a fondurilor comunitare și a fondurilor de cofinanțare aferente, așa cum sunt definite prin art.2 lit.a) din O.G. nr. 79/2003, sunt sancționate cu restituirea sumelor plătite din fondurile comunitare și/sau din cofinanțarea aferentă, costurile bancare, inclusiv accesoriile acestora, precum și a altor sume stabilite de lege în sarcina debitorului, în conformitate cu art. 4 din actul normativ mai sus menționat, acestea fiind considerate creanțe bugetare și asimilate creanțelor bugetare (art.2 lit.d și art.4 alin.2 din ordonanță).

Aplicarea în timp a O.G: nr. 79/2003 a generat stabilirea unor debite excesive în sarcina beneficiarilor fondurilor europene, inclusiv a instituțiilor publice finanțate de la bugetul de stat, ca urmare a restituirii integrale a sumelor de care au beneficiat în mod necuvenit.

Art. 2 lit. n) din O.U.G. nr. 66/2011 consacră principiul proporționalității în sensul că „orice măsură adoptată trebuie să fie adecvată, necesară și corespunzătoare scopului urmărit atât în ceea ce privește resursele angajate în constatarea neregulilor, cât și în ceea ce privește stabilirea creanțelor bugetare rezultate din nereguli, ținând seama de natura și frecvența neregulilor constatate și de impactul financiar al acestora asupra proiectului/programului respectiv”.

Acest principiu și-a găsit exprimarea concretă în prevederile Anexei 1 ale O.U.G. nr. 66/2011 în care sunt stabilite procentual corecțiile fiscale pentru fiecare abatere constatată.

Aplicarea principiului constituțional enunțat la art. 15, alin 2, la specificul raporturilor fiscale, cu referire expresă la aplicarea în timp a legii fiscale, comportă o serie de distincții, respectiv:

În marea lor majoritate, normele fiscale au un caracter imperativ, ceea ce face ca acestea să se înscrie în situațiile juridice obiective. Aceste situații fac delimitarea de situațiile juridice subiective în care subiectele de drept au posibilitatea opțiunii aplicării normelor juridice fiscale.

Prevederile de natură fiscală ale celor două ordonanțe reglementează în mod evident situații juridice obiective, astfel încât, aplicarea unor corecții fiscale mai favorabile reglementate de legea nouă (O.U.G. nr.66/2011), unor situații juridice obiective (nereguli) consumate sub imperiul legii vechi (O.G. nr. 79/2003), nu încalcă principiul constituțional invocat și nici principiul legalității consacrat în materie fiscală.

Față de aspectele reținute anterior, instanța reține că actele contestate nu sunt lovite de nulitate.

Pe fondul cauzei, în fapt, pârâtul a efectuat în temeiul O.U.G. nr. 66/2011 un control ce a avut ca obiect verificarea aspectelor sesizate prin adresa Serviciului Verificare Conformitate Programe și Gestionare Nereguli nr. VT-5761/25.01.2012, cu privire la recomandarea din Raportul Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.2011.

Documentul menționat mai sus face referire la suspiciuni de neregulă în implementarea proiectului cod SMIS 1147, cu titlul „Îmbunătățirea accesului la rețeaua rutieră europeană de transport TEN-T7 în județul Călărași, prin reabilitarea și modernizarea DJ 201 B, Km 19+000 -Km 39+950 pe traseul limita județ Ialomița - Valea Argovei și DJ303, Km 26+294 - Km 48+278 pe traseul Valea Argovei - Mănăstirea”, beneficiar Unitatea Administrativ Teritorială județul Călărași.

Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA- 13617/22.02.2012 a fost emisă în baza recomandărilor formulate de către Autoritatea de Audit în Raportul de audit de operațiuni pentru P.O.R. nr. 51648/AP/22.12.2011, prin preluarea constatărilor, concluziilor și corecțiilor propuse.

Prin adresa nr. CA - 11266/14.02.2012, echipa de control a transmis proiectul Notei de constatare către reclamanta U.A.T. județul Călărași, care și-a exprimat ulterior punctul de vedere prin adresa nr. 1359/17.02.2012.

Împotriva Notei de constatare, reclamanta a formulat contestație și plângere prealabilă, înregistrate la M.D.R.T. sub nr. 24256 și respectiv nr. 24262 din 29.03.2012, acestea fiind respinse ca nefondate de către comisia special constituită din cadrul pârâtului (Decizia nr. 53/24.04.2012).

Contractul de finanțare nr. 430 a fost semnat la data de 07.07.2009, între Ministerul Dezvoltării Regionale și Locuinței (antecesorul MDRT) - în calitate de Autoritate de Management pentru Programul Operațional Regional (AM POR), Agenția pentru Dezvoltare Regională Centru - în calitate de Organism Intermediar (OI) și Unitatea Administrativ Teritorială județul Călărași - în calitate de Beneficiar, având o perioadă de implementare de 31 de luni.

Proiectul a avut ca obiectiv „îmbunătățirea accesului la rețeaua rutieră europeană de transport TEN-T7 în județul Călărași, prin reabilitarea și modernizarea DJ 201 B, Km 19+000 -Km 39+950 pe traseul limita județ Ialomița - Valea Argovei și DJ303, Km 26+294 - Km 48+278 pe traseul Valea Argovei - Mănăstirea”.

Contractul de finanțare nr. 430/07.07.2009 prevede rambursarea cheltuielilor în condițiile respectării H.G. nr. 759/2007 privind regulile de eligibilitate a cheltuielilor efectuate în cadrul operațiunilor finanțate prin programele operaționale, cu modificările și completările ulterioare, și a Ordinului comun MDLPL/MEF nr. 607/25.07.2007 și nr. 914/13.08.2007 pentru aprobarea categoriilor de cheltuieli eligibile pentru domeniul major de intervenție „Reabilitarea și modernizarea rețelei de drumuri județene, străzi urbane - inclusiv construcția - reabilitarea șoselelor de centură”.

În același sens, se instituie obligația beneficiarului - în calitate de autoritate contractantă, de a respecta, în scopul atribuirii contractelor de servicii, furnizare sau execuție de lucrări, a prevederilor legislației naționale în domeniul achizițiilor publice (OUG nr. 34/2006 și HG 925/2006).

Din verificarea documentelor de achiziție servicii și lucrări, aferente atribuirii Contractului de servicii nr. 6764/27.07.2007 - încheiat cu SC Blominfo SRL Târgoviște și a Contractului de lucrări nr. 3425/30.03.2010 - încheiat cu Asocieria SC Euro Grup DG Transport SRL & SC Delta ACM 93 SRL, se constată încălcarea normativelor legale în materia achizițiilor publice de către reclamanta UAT jud. Călărași, în calitate de autoritate contractantă.

În speță, s-a constatat că ofertantul câștigător - SC Blominfo Geonet SRL Târgoviște nu a îndeplinit criteriile de calificare și selecție impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire și anunțul de participare, respectiv dotarea cu personal de specialitate pentru activitatea de proiectare drumuri.

Astfel, în urma ședinței de deschidere a ofertelor, autoritatea contractantă, cu toate că a avut la dispoziție Declarația ofertantului în care se preciza că acesta dispune pentru îndeplinirea contractului "...de 19 persoane cu studii superioare de specialitate și de alte 78 de persoane cu studii superioare de alte specialități" și a constatat că acesta nu a prezentat nici un subcontractant desemnat, a solicitat clarificări ofertantului cu privire la personalului de specialitate angrenat în activitatea de proiectare (pct. 2).

La punctul 4 al acestei adrese, reclamanta menționa că "Oferta tehnică prezentată nu este întocmită conform cerințelor din Caietul de sarcini - completare corespunzătoare a ofertei tehnice conform Caietului de sarcini".

În acest sens, membrii echipei de audit au solicitat un punct de vedere autorității contractante (adresele înregistrate la autoritatea contractantă sub nr. 9975/28.09.2011 și nr. 10147/03.10.2011).

Astfel, prin nota de relații luată domnului M.G, acesta specifică faptul că ofertantul Blominfo Geonet SRL îndeplinește cerința de „dotare cu personal” impusă prin fișa de date a achiziției, deoarece „nu s-au solicitat în fișa de date a achiziției condiții suplimentare referitoare la personalul

de specialitate". Echipa de audit nu a fost de acord cu justificarea prezentată în nota de relații, întrucât se face abstracție de prevederile caietului de sarcini, unde la pct. 3 - „Cerințe de proiectare” se precizează: „Echipa de proiectare va trebui să conțină personal calificat în proiectarea de drumuri și poduri, precum și în vederea efectuării de studii: structuri rutiere, topografice, geotehnice, trafic, mediu”.

În baza acestei cerințe, autoritatea contractantă a solicitat în mod justificat ofertantului clarificări privitoare la personalul de specialitate (inginer specialitatea drumuri) angrenat în activitatea de proiectare, în condițiile în care declarația privind dotarea cu personal prezentată inițial în ofertă de SC Blominfo Geonet SRL nu răspunde unei astfel de cerințe. Acest fapt este confirmat chiar de reclamantă-autoritatea contractantă, prin precizările formulate la punctul 4 din adresa nr. 5877/02.07.2007.

Motivațiile reclamantei privitoare la faptul că, inițial, anunțul de participare "...nu conține cerințe referitoare la personalul de specialitate, întărind astfel opinia că ofertanții nu aveau obligația de a îndeplini anumite cerințe de calificare și selecție, referitoare la personalul de specialitate”, nu se susține, pentru considerentele prezentate mai sus.

Mai mult, comisia de evaluare avea drept atribuții, potrivit art. 72 alin.(2) lit. f) din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, „...verificarea propunerilor tehnice prezentate de ofertanți, din punctul de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor minime din caietul de sarcini sau din documentația descriptivă.”

Implicarea SC Vianet SRL în executarea contractului din postura de subcontractant desemnat ofertantul câștigător SC Blominfo Geonet SRL Târgoviște, conform Procesului Verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 5662/26.06.2007, nu a indicat ca subcontractant pe SC Vianet SRL ca fiind direct implicat în derularea contractului, sens în care a bifat „nu” în caseta corespunzătoare.

Conform art. 171 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, "oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă". Prin urmare, conform ofertei inițiale, SC Blominfo Geonet SRL Târgoviște se angaja să execute integral contractul, fără a avea acoperit personalul de specialitate principal.

Prin urmare, reclamanta nu ar fi trebuit să accepte introducerea ulterioară a SC Blominfo Geonet SRL Târgoviște ca subcontractant desemnat, ale cărui resurse umane se iau în considerare la partea acestuia de implicare din contract.

Pe de altă parte, potrivit art. 96 alin. (1) din HG 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă avea obligația de a solicita prezentarea contractului dintre viitorul contractant și subcontractanții nominalizați în ofertă. În speță, la documentația proiectului a fost atașat contractul de servicii nr. 4853/03.07.2008 (încheiat la data de 03.04.2008, după aproximativ 1 an de la data finalizării Raportului procedurii) dintre SC Blominfo Geonet SRL Târgoviște și SC Vianet SRL, având unele termene intermediare de predare pe 25 iulie 2008, deci chiar în exteriorul perioadei de executare a contractului de bază.

Mai mult, în cadrul obiectivelor de realizat referitoare la proiectul tehnic, nu este menționat obiectivul specific supus licitației, respectiv „îmbunătățirea accesului la rețeaua rutieră europeană de transport TEN-T7 în județul Călărași, prin reabilitarea și modernizarea DJ 201 B, Km 19+000 - Km 39+950 pe traseul limita județ Ialomița - Valea Argovei și DJ303, Km 26+294 - Km 48+278 pe traseul Valea Argovei - Mănăstirea.”

Conform art. 190 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, „Capacitatea tehnică și profesională a ofertantului/candidatului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract, și de o alta persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă”.

Potrivit alin. (2) al aceluiași articol „în cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează capacitatea tehnică și profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1), de către o altă persoană, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective prin care aceasta confirmă faptul că va pune la dispoziție ofertantului/candidatului resursele tehnice și profesionale invocate. Persoana ce asigură susținerea tehnică nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor art. 180 și art. 181.”

În raport cu aceste cerințe, persoana juridică SC Vianet SRL, care vine în susținerea ofertantului pentru îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție (dotarea cu personal de specialitate), nu a făcut dovada respectării cerințelor impuse de art. 180 și art. 181 din OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare.

În acest sens, acceptarea ca admisibilă a ofertei depusă de SC Blominfo Geonet SRL Târgoviște, în condițiile în care aceasta nu îndeplinește în totalitate criteriile de selecție și calificare, precum și acceptarea susținerii acestor criterii de o altă persoană - care nu face dovada respectării prevederilor art. 180 și 181 din OUG nr. 34/2006, reprezintă o încălcare a principiului tratamentului egal prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006.

Totodată, este de reținut și faptul că „Declarația privind partea/părțile din contract care sunt îndeplinite de subcontractanți și specializarea acestora”, prin care se menționează ca subcontractant SC Vianet SRL, nu reprezintă un angajament ferm în sensul art. 186 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, prin care subcontractantul să confirme că va pune la dispoziția ofertantului resursele tehnice și profesionale invocate, pe durata de derulare a contractului de achiziție publică.

În consecință, ca urmare a solicitărilor suplimentare ale comisiei de evaluare către ofertantul SC Blominfo Geonet SRL, făcute în temeiul art. 201 alin (1) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, acesta a prezentat prin adresa 5940/03.07.2007 faptul că se bazează pe un personal de specialitate aparținând unui subcontractant nedeseșnat inițial.

Solicitările pentru clarificări adresate de către comisie ofertanților fac parte din procedură și de rezultatul acestei analize trebuie să se țină seama, întrucât documentația de atribuire are caracter de document public în raport cu prevederile art. 215 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare. Ca urmare a acestei analize, comisia putea constata că ofertantul SC Blominfo Geonet SRL Târgoviște nu îndeplinește condițiile pentru asigurarea de personal de specialitate nici în mod direct prin personal propriu, nici în mod transparent ca subcontractant legal desemnat și nici ca susținător terț cu punerea la dispoziție a resurselor proprii.

Referitor la Contractul de lucrări nr. 3425/30.03.2010:

Din verificarea procedurii de atribuire a Contractului nr. 3425/30.03.2010, încheiat între Consiliul Județean Călărași și ASOCIEREA SC EURO GRUP DG TRANSPORT SRL & SC DELTA ACM 93 SRL, având ca obiect execuția de lucrări, se constată că beneficiarul, în calitate de autoritate contractantă, nu a respectat principiile transparenței, prin încălcarea obligațiilor de publicitate, astfel:

Autoritatea Contractantă a redus perioada minimă de 52 de zile prevăzută între data transmiterii spre publicare în JOUE a Anunțului de participare (22.12.2009) și data limită de depunere a ofertelor (15.01.2010), la 25 de zile, deși conform art. 75 alin. 2 din OUG 34/2006 această reducere este permisă doar cu condiția ca anunțul de informare prealabilă să fi cuprins toate informațiile

necesare pentru anunțul de participare, în cazul în care respectivele informații sunt disponibile în momentul publicării anunțului, conform prevederilor art. 38 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004. Anunțul de intenție publicat în JOUE nr. 2009/S 15-020920/23.01.2009 nu a cuprins toate informațiile care sunt prevăzute în Anexa VII din Directiva 2004/18/CE pentru Anunțul de participare, cu privire la informațiile esențiale pe baza cărora potențialii ofertanți și-ar fi putut evalua capacitatea de a participa în procedura de atribuire, respectiv criteriile de calificare și selecție a ofertanților și criteriul de atribuire al contractului.

Diminuarea termenului de 52 la 36 de zile este reglementată de art. 75 alin. 2) din OUG nr. 34/2006 cu completările și modificările ulterioare, care precizează: în cazul în care autoritatea contractantă a publicat un anunț de intenție referitor la contractul de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, aceasta are dreptul de a reduce perioada prevăzută la alin. (1) până la 36 de zile.

Alineatul 3 al aceluiași articol condiționează aplicarea celor menționate mai sus de cuprinsul anunțului de intenție, care „trebuie să conțină toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare - în măsura în care acestea sunt cunoscute la data publicării anunțului de intenție”. Cu toate acestea, diminuarea termenului în cazul atribuirii contractelor de lucrări în cauză, fără ca anunțul de intenție să fi cuprins toate informațiile necesare pentru anunțul de participare, contravine prevederilor art. 38 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31.03.2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, care precizează:

„ (2) În cazul procedurilor deschise, termenul de primire a ofertelor este de 52 de zile de la data trimiterii anunțului de participare.

(4) În cazul în care autoritățile contractante au publicat un anunț de informare prealabilă, termenul minim de primire a ofertelor prevăzut la alineatul (2) și la alineatul (3) litera (b) poate fi redus, ca regulă generală, la 36 de zile, dar, în nici un caz, la mai puțin de 22 de zile”.

Termenul redus, menționat la primul paragraf, este permis cu condiția ca anunțul de informare prealabilă să fi cuprins toate informațiile necesare pentru anunțul de participare prevăzut de anexa VII A, în cazul în care respectivele informații sunt disponibile în momentul publicării anunțului și în care respectivul anunț de informare prealabilă a fost trimis spre publicare cu minimum 52 de zile și maximum 12 luni înainte de data trimiterii anunțului de participare.

Fiind încălcată legislația privind achizițiile publice în raport cu dispozițiile OUG nr. 34/2006 aplicabile la momentul derulării procedurii de achiziție, au fost identificate în mod corect nereguli în conformitate cu prevederile art. 2 alin. 1 lit. a) din OUG 66/2011 și aplicate corecții financiare pentru abaterile menționate.

Față de considerentele de fapt și de drept reținute mai sus, instanța reține că acțiunea nu este fondată, astfel că o va respinge.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Respinge acțiunea formulată de *reclamanții* JUDEȚUL CĂLĂRAȘI și CONSILIUL JUDEȚEAN CĂLĂRAȘI, ambii cu sediul în Călărași, în contradictoriu cu *pârâțul* MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI - PRIN DIRECȚIA CONTROL ȘI VERIFICARE UTILIZARE FONDURI COMUNITARE, cu sediul în București, sector 5, ca nefondată.

Respinge acțiunea conexă formulată de *reclamanții* JUDEȚUL CĂLĂRAȘI și CONSILIUL JUDEȚEAN CĂLĂRAȘI, ambii cu sediul în Călărași, județul Călărași, în contradictoriu cu *pârâțul* MINISTERUL

DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI, cu sediul în București, str. Apolodor, Latura Nord nr. 17, sector 5, ca nefondată.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, azi 25.01.2013.

Dosar nr. 461/64/2012

CURTEA DE APEL BRAȘOV
SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA Nr. 18/F
Ședința publică de la 06 Februarie 2013

Pentru astăzi fiind amânată pronunțarea asupra acțiunii formulate de reclamantul Județul Covasna în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare, având ca obiect „anulare act administrativ”. La apelul nominal făcut în ședință publică, la pronunțare, se constată lipsa părților. Procedura legal îndeplinită. Dezbaterile în cauza de față au avut loc în ședința publică din data de 17 ianuarie 2013, când părțile prezente au pus concluzii, în sensul celor consemnate în încheierea de ședință din aceea zi, care face parte integrantă din prezența iar instanța în vederea deliberării în baza art. 260 alin.1 Cod procedură civilă, a amânat pronunțarea pentru data de 24 ianuarie 2013, 30 ianuarie 2013, apoi la data de 6 februarie 2013.

CURTEA ASUPRA CONTESTAȚIEI DE FAȚĂ:

Constata ca prin cererea de chemare în judecată introdusă pe rolul acestei instanțe la data de 02.07.2012 sub nr. de mai sus reclamanta U.AT. Jud. Covasna a solicitat, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului ca prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună admiterea contestației formulate de reclamanta împotriva Deciziei nr. 2/05.01.2012 a Comisiei de soluționare a contestației având ca obiect Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată de către Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare în data de 02.11.2011 privind contractul de servicii nr. 372/20.08.2010 încheiat cu S.C. RESTE MEDIA S.R.L. în cadrul proiectului „Reabilitare drum județean DJ 121 Covasna-Zabala-Imeni-Catalina Tg. Secuiesc, Jud. Covasna” finanțat prin contractul de finanțare nr. 561/08.10.2009.

Se motivează că prin Nota de constatare a Direcției Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului nr. CA82481/04.11.2011 s-a dispus o corecție financiară de 25% asupra valorii contractului de servicii nr. 372/20.08.2010 încheiat între Județul Covasna, în calitate de reprezentant al Parteneriatului dintre Județul Covasna, Orașul Covasna și Municipiul Târgu Secuiesc și Reset Media SRL, contract al cărui obiect îl constituie prestarea de servicii de publicitate/informare pentru proiectul "Reabilitare drum județean DJ 121 Covasna - Zăbala - Imeni - Cătălina - Târgu Secuiesc, jud. Covasna „, finanțat prin contractul de finanțare nr. 561/08.10.2009.

În motivarea corecției se susține că respectivul contract de servicii a fost atribuit fără respectarea cerințelor privind asigurarea unui grad adecvat de publicitate și transparență, corecția fiind stabilită în conformitate cu punctul 2.1 din Anexa la OUG nr. 66/2011 - Corecțiile/reducerile financiare aplicabile cheltuielilor aferente proiectelor finanțate din fonduri europene și/sau din fonduri publice naționale aferente acestora în caz de nerespectare a reglementărilor privind achizițiile.

Neregula invocată, motiv al corecției financiare aplicate, este că autoritatea contractantă nu a publicat anunț de participare, respectiv anunț de atribuire pe site-ul www.publicitatepublica.ro, în conformitate cu prevederile art. 58 alin. 1 din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, raportat la art. 105 din HG nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din OUG nr. 34/2006.

Împotriva Notei de constatare CA82481/04.11.2011 s-a formulat contestație, înregistrată la Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului sub nr. 90553/08.12.2011, care a fost respinsă prin Decizia nr. 2/05.01.2012 a Comisiei de soluționare a contestației, numite prin Ordinul Ministrului Dezvoltării Regionale și Turismului.

Se mai arată ca în Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA82481/04.11.2011 nu se regăsesc justificări privind aplicabilitatea prevederilor art. 58 alin. 1 din OUG nr. 34/2006, în condițiile în care prevederile acestui articol se referă expres la contractele de publicitate media.

Conform art. 58 alin. 2 din OUG 34/2006 "...prin contract de publicitate media se înțelege orice contract de servicii având ca obiect crearea, producerea și/sau difuzarea de reclamă sau alte forme de promovare prin intermediul mijloacelor de informare în masă scrise, audiovizuale sau electronice". Conform documentației de atribuire ce a stat la baza atribuirii contractului de prestări servicii nr. 372/20.08.2010, modalitățile de promovare ale proiectului sunt: presa (anunțuri, informări, interviuri, comunicate de presa), media audio - video (spoturi publicitare și de informare, prezentări, interviuri), pagina web (creare, administrare), afișare de panouri publicitare și plăci permanente, materiale cu caracter informativ (broșuri, pliante, informări, CD-uri, DVD-uri), respectiv conferințe de presa. Se observa că numai modalitățile de promovare prin intermediul presei (anunțuri, informări, interviuri, comunicate de presa) și a media audio - video (spoturi publicitare și de informare, prezentări, interviuri) pot fi încadrate în categoria publicității media, în sensul art. 58 alin. 2 din OUG 34/2006, motiv pentru care autoritatea contractantă nu a definit contractul ca fiind de publicitate media.

Mijloacele de informare și publicitate, obiect ai contractului în speță, sunt conform cu cerințele contractului de finanțare nr. 561/08.10.2009, cod SMIS 5325, pentru implementarea activităților de informare și publicitate în legătură cu asistenta financiară nerambursabilă obținută prin Programul Operațional Regional. Aceste activități urmăresc creșterea nivelului de informare, conștientizare și transparența în ceea ce privește asistenta oferită țării noastre de către Uniunea Europeană și crearea unei imagini coerente a acesteia reflectând conținutul activităților finanțate prin Programul Operațional Regional, garantând un grad înalt de transparență în utilizarea fondurilor.

Autoritatea contractantă are obligația, ca beneficiar al finanțării, conform clauzelor contractuale, de a promova faptul că proiectul este finanțat de Uniunea Europeană și de Guvernul României prin Programul Operațional Regional, prin intermediul mijloacelor de promovare achiziționate conform contractului de prestări servicii nr. 372/20.08.2010 (panouri de promovare, plăci permanente, afișe, publicații și alte materiale cu caracter informativ inclusiv CD-uri și DVD-uri, materiale audio-video, site-uri web, comunicate de presa, prezentări, anunțuri publicitare, etc).

Așa cum am arătat și în contestația formulată, mijloacele de informare și publicitate au fost achiziționate în scopul promovării Uniunii Europene și a Guvernului României, și nicidecum a autorității contractante, motiv pentru care considerăm că prevederile tuturor alineatelor art. 58 din OUG 34/2006, dar mai ales rațiunea și scopul acestui articol (publicitatea/promovarea autorității contractante), nu au aplicabilitate.

2. Făcând abstracție de cele două argumente anterioare, consideră că, prin capitolele „Motivele în fapt”, „Temeiul de drept”, și „Concluziile activității de verificare”, din Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, trebuia să se demonstreze și eventual constatare caracterul contractului de prestări servicii nr. 372/20.08.2010 de contract de publicitate media în sensul legislației în vigoare aplicabile la data inițierii și finalizării procedurii, iar abia apoi să se constata presupusa nerespectare a prevederilor art. 58 din OUG nr. 34/2006. Or, în cuprinsul Notei

de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA82481/04.11.2011 nu am regăsit nici o referire la caracterul contractului de prestări servicii nr. 372/20.08.2010 de contract de publicitate media.

Chiar și în cazul în care contractul de prestări servicii nr. 372/20.08.2010 este contract de publicitate media, prezentam motivele pentru care subscria contestatoare am considerat că nu ne aflăm în situația publicării anunțului de participare/atribuire pe site-ul www.publicitatepublica.ro.

Art.3 litera v) din OUG 34/2006, în vigoare la data publicării anunțului de participare (09.06.2011), definește și identifică SEAP ca fiind sistemul informatic de utilitate publică, accesibil prin internet la o adresa dedicată „Art. 3 - în sensul prezentei ordonanțe de urgență, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:....v) sistemul electronic de achiziții publice - SEAP- desemnează sistemul informatic de utilitate publică, accesibil prin internet la o adresa dedicată, utilizat în scopul aplicării prin mijloace electronice a procedurilor de atribuire;”. După cum se observa, definiția SEAP este identică formulării de la art. 58 alin. 1 din OUG 34/2006 „...autoritatea contractantă are obligația de a publica un anunț de participare și un anunț de atribuire, în sistemul informatic de utilitate publică disponibil pe internet, la o adresa dedicată...”, motiv pentru care autoritatea contractantă a publicat anunțul de participare, respectiv anunțul de atribuire, numai în SEAP, considerând ca prin prevederile art. 58 alin. 1 din OUG 34/2006, legiuitorul a dorit să excepteze contractele de publicitate media de la aplicarea prevederilor art. 19 din OUG nr. 34/2006, făcând distincția între „valoarea anuală cumulată de 20.000 Euro” pentru contractele de publicitate media, comparativ cu posibilitatea achiziționării directe a serviciilor ce nu depășesc „75.000 Euro pentru fiecare achiziție”.

Apariția Ordinului ANRMAP nr. 180 din 03.06.2010 privind abrogarea Ordinului președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 183/2006 privind aplicarea dispozițiilor referitoare la contractul de publicitate media, cu câteva zile înainte de publicarea Anunțului de participare nr. 101820/09.06.2010 în SEAP, Ordin 183 care preciza la art. 4 alin. 2 ca anunțurile de participare și atribuire în cazul contractelor de publicitate media se publică și la adresa de internet www.publicitatepublica.ro, a condus la decizia reclamantului de a nu publica anunțurile și la aceasta adresa web.

Mai mult, toate prevederile art. 58 din OUG 34/2006 (criteriile de selecție și de alocare, modelele specifice de invitații de participare la procedura prin „cerere de oferte”, referatul de oportunitate, raportul de evaluare a impactului, dosarul achiziției publice și contractul de servicii de publicitate media, anunțurile de intenție/participare/atribuire, principalele clauze care trebuie incluse în contracte de publicitate media) erau reglementate de Ordinul ANRMAP nr. 183/2006 privind aplicarea dispozițiilor referitoare la contractul de publicitate media, Ordin ce menționează, încă din preambul, ca a fost emis „în aplicarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006.”

Învederează totodată aplicabilitatea notei de subsol îi) aferentă punctului 2.1 din Anexa la OUG nr. 66/2011 - Corecțiile/reducerile financiare aplicabile cheltuielilor aferente proiectelor finanțate din fonduri europene și/sau din fonduri publice naționale aferente acestora în caz de nerespectare a reglementărilor privind achizițiile, respectiv:

Principiul transparenței prezentei proceduri a fost asigurat prin publicarea anunțului de participare, documentației aferente și a anunțului de atribuire în SEAP, pe site-ul dedicat www.e-licitatie.ro. Site-ul este accesibil tuturor operatorilor economici din țară și din Statele Membre, prin care consideră că a fost asigurat un grad de publicitate care să permită atribuirea contractului în condiții de competiție

adecvata, asigurându-se accesul tuturor operatorilor economici la informațiile relevante privind o procedura de achiziții înainte ca aceasta să fie finalizată.

În sensul literei a) a notei de subsol invocate „Obligația de transparență presupune că un potențial ofertant care operează pe teritoriul unui alt stat membru poate avea acces la informații relevante privind o procedura de achiziții înainte ca aceasta să fie finalizată, astfel încât, dacă acel potențial ofertant dorește, să își poată exprima interesul prin participarea la procedura respectiva”.

În situația de față, deși autoritatea contractantă nu a publicat anunț de participare respectiv anunț de atribuire pe site-ul www.publicitatepublica.ro. cu siguranța nu a fost limitată posibilitatea unui operator economic care operează pe teritoriul unui alt stat membru de a participa la procedura de atribuire a contractului, deoarece site-ul www.publicitatepublica.ro este un site românesc operat în prezent de Secretariatul General al Guvernului, Serviciul de Informatică.

Mai mult, dreptul comunitar primar în domeniul achizițiilor publice, recomandă excepții în aplicarea normelor de achiziție publică transpuse din Directivele/Regulamentele Europene, pentru contractele de achiziții publice de servicii care urmăresc cumpărarea, dezvoltarea, producția sau coproducția de programe gata de difuzare și de alte servicii pregătitoare, precum cele privind scenariile sau alte prestații artistice necesare pentru realizarea programului, precum și contractele privind timpii de emisie, prin „emisie” înțelegându-se transmisia și difuzarea prin intermediul oricărei rețele electronice.

În astfel de situații, raportat și la reglementările europene mai sus expuse, consideră aplicabile prevederile din Nota de subsol aferente punctului 2.1 din Anexa la OUG nr. 66/2011: „în unele cazuri, datorită unor circumstanțe speciale, cum ar fi o miză economică foarte redusă, participarea la o procedură de achiziții poate să prezinte interes pentru operatorii economici care operează în alte state membre. În aceste cazuri, efectele asupra libertăților fundamentale trebuie să fie considerate ca fiind prea aleatorii și prea indirecte ca să justifice aplicarea normelor juridice derivate din dreptul comunitar primar și din acest motiv nu se aplică corecții financiare. Este de competența autorității contractante să determine dacă o procedură de achiziție prezintă sau nu un interes potențial pentru operatorii economici care operează în alt stat membru. Această decizie a autorității contractante trebuie să fie fundamentată pe o evaluare a circumstanțelor specifice fiecărui caz în parte, cum ar fi obiectul procedurii de achiziție, valoarea sa estimată, caracteristicile particulare ale sectorului de activitate în cauză (mărimea și structura pieței, practicile comerciale etc), precum și zona geografică în care este organizată procedura de achiziție.”

S-a solicitat admiterea cererii de chemare în judecată, în drept fiind invocate prevederile art.1 alin. 1,art. 8 alin.1 din Legea nr. 554/2004,art. 51 alin. 2 pct. 2.1. din Anexa la O.U.G. nr. 66/2011 ,art. 58 din O.U.G. nr. 34/2006. În probațiune au fost depuse înscrisuri.

În cauză pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului a depus întâmpinare, solicitând respingerea acțiunii în contencios administrativ,ca netemeinică și nelegală.

S-a invocat de asemenea, în cadrul întâmpinării, excepția de necompetența materială a Curții de Apel Brașov, raportat la prevederile art. 10 alin.1 teza I-a din Legea nr. 554/2004, excepție cu privire la care instanța s-a pronunțat în sensul respingerii prin închierca dc ședință din data de 14.11.2012.

Analizând actele și lucrările dosarului, Curtea constată că cererea de chemare în judecată este nefondată. În fapt, prin Nota de constatare emisă de către Direcția de Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul M.D.R.T. având nr. CA82481/04.11.2011 s-a dispus aplicarea unei

corecții financiare de 25% asupra valorii contractului de servicii nr. 372/20.08.2010 încheiat între reclamanta și Reset Media S.R.L., având ca obiect prestarea de servicii de publicitate/informare pentru proiectul „Reabilitare drum județean DJ 121 Covasna -Zăbăla-Imeni-Catalina Tg. Secuiesc,Jud. Covasna” finanțat prin contractul de finanțare nr. 561/08.10.2009. S-a reținut în motivarea măsurii că acel contract de servicii a fost atribuit fără respectarea cerințelor privind asigurarea unui grad adecvat de publicitate și transparentă, făcându-se aplicarea în acest sens de către pârât a pct. 2.1. din Anexa la O.U.G nr. 66/2011.

S-a mai reținut că autoritatea contractanta nu a publicat anunț de participare pe site-ul www.publicitatepublica.ro, în conformitate cu prevederile art. 58 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 raportat la art. 105 din H.G. nr. 925/2006 privind normele de aplicare a O.U.G. susmenționat. Împotriva Notei de Constatăre nr. CA82481/04.11.2011 autoritatea contractanta a formulat contestație, înregistrată la Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Europene sub nr. 90553/08.12.2011 și care a fost respinsă prin Decizia nr. 2/05.01.2012 a Comisiei de soluționare a contestației.

S-a reținut în motivarea Deciziei nr. 2/2012 că în conformitate cu Ghidul de buna practica pentru instituțiile publice referitor la achiziția de publicitate, în categoria „publicitate media” intră atât pagina web a proiectului cât și bannerul de publicitate pe pagini web; ca publicarea anunțului de participare și a anunțului de atribuire în SEAP nu echivalează cu „publicarea la adresa dedicată impusa de lege și nu absolvă autoritatea publică de respectarea obligațiilor impuse la Secțiunea a 6-a, capit. II din O.U.G. nr. 34/2006 referitoare la regulile de publicitate în cazul contractelor de publicitate media; ca, prin nerespectarea dispozițiilor obligatorii ale art. 58 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 nu a fost asigurat în totalitate principiul transparenței conform dispozițiilor legale speciale în materia contractelor de publicitate media.

Concluziile pârâtului cuprinse în Nota de Constatăre și în Decizia contestată sunt corecte. Potrivit art. 58 alin. 1-3 din O.U.G. nr. 34/2006 „ (1) în cazul atribuirii contractelor de publicitate media, cu o valoare estimată mai mare decât cea prevăzută la art. 19, autoritatea contractantă are obligația de a publica un anunț de participare și un anunț de atribuire în O sistemul informatic de utilitate publică disponibil pe internet, la o adresa dedicată, precum și pe pagina proprie de internet.

2) În sensul prevederilor alin. (1), prin contract de publicitate media se înțelege orice contract de servicii având ca obiect difuzarea de reclamă sau alte forme de promovare prin intermediul mijloacelor de informare în masă scrise, audiovizuale sau electronice.

3) Obligația prevăzută la alin. (1) nu exonerează autoritatea contractantă de respectarea prevederilor generale referitoare la regulile de publicitate, astfel cum sunt acestea prevăzute în cadrul secțiunii a 5-a din prezentul capitol.” Iar potrivit art. 19 din aceeași O.U.G. nr. 34/2006 „Autoritatea contractantă achiziționează direct produse, servicii sau lucrări, în măsura în care valoarea achiziției, estimată conform prevederilor secțiunii a 2-a a prezentului capitol, nu depășește echivalentul în lei a 15.000 euro pentru fiecare achiziție de produse, servicii ori lucrări. Achiziția se realizează pe bază de document justificativ.”

De asemenea, potrivit art. 105 din H.G. nr. 925/2006 „Sistemul informatic de utilitate publică prevăzut la art. 58 alin. (1) din ordonanța de urgență este operat de Agenția pentru Strategii Guvernamentale și este disponibil la adresa de internet www.publicitatepublica.ro.”

În cauză, contractul nr. 372/20.08.2010 încheiat între reclamanta - ca autoritate contractantă și S.C Reset Media S.R.L - are o valoare superioara valorii prag prevăzuta de art. 19 susmenționat (330.000 lei fără TVA) iar obiectul sau îl constituie prestări de servicii de publicitate media, astfel cum acestea sunt definite de art. 58 alin. 2 din O.U.G. 34/2006.

Contractul respectiv a fost atribuit fără respectarea cerințelor privind asigurarea unui grad adecvat de publicitate și transparență, autoritatea contractantă neproducând dovada că a publicat anunț de participare pe site-ul www.publicitatepublica.ro, în conformitate cu prevederile art. 58 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 raportate la art. 105 din H.G. nr. 925/2006 privind normele de aplicare a O.U.G. susmenționat.

Din documentația existentă la dosar (fise de date a achiziției, liste de verificare a procedurii de atribuire, corespondența electronică, etc) rezulta că autoritatea contractantă a publicat anunțul de participare nr. JOI820/09.06.2010 la procedura de achiziție pe site-ul „elicitatie.ro”. În ceea ce privește însă invitația de participare nr. 277341, se constată de către Curte că aceasta a fost publicată în SEAP dar abia în data de 27.01.2011 (act fila 110 dosar) cu mult ulterior atribuirii contractului de publicitate media menționat în considerentele prezentei hotărâri. Prin adresa nr. 16781/25.08.2011 ADR Centru i-a solicitat reclamantei U.AT. Jud. Covasna lămuriri suplimentare cu privire la achiziția de servicii de publicitate pentru proiectul în discuție, menționând în conținutul acestei adrese că „anunțul de participare publicat pe www.publicitatepublica.ro” nu este atașat la dosarul de achiziție.” Prin adresa nr. 8102/30.08.2011 emisă de reclamantă aceasta a comunicat ADR Centru că „la data inițierii procedurii de achiziție publică având ca obiect „Servicii de publicitate pentru promovarea proiectului „Reabilitare drum județean DJ 121 Covasna- Zăbala-Imeni-Catalina-Tg.Secuiesc...” instituția noastră încă nu era înregistrată pe site-ul www.publicitatepublica.ro”, drept pentru care nu am publicat anunțul de participare respectiv”.

Înregistrarea reclamantei pe site-ul susmenționat s-a făcut abia în data de 30.03.2011, astfel cum rezulta din înscrisurile depuse la dosar. Este evidentă încălcarea de către reclamanta a dispozițiilor art. 58 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006, însăși reclamanta confirmând acest fapt. Nu poate fi reținută susținerea reclamantei în sensul că nu avea obligația legală de a se conforma prevederilor art. 58 alin. 1 susmenționate, coroborate cu prevederile art. 105 din H.G. nr. 925/2006 (întrucât contractul de prestări servicii nr. 372/20.08.2010 nu se încadrează în sfera contractelor de „publicitate media” și ca „mijloacele de informare și publicitate au fost achiziționate în scopul promovării Uniunii Europene și a Guvernului României...și nicidecum a autorității contractante...”).

Calificarea contractului în discuție ca și contract de publicitate media rezulta atât din Ghidul de bună practică pentru instituțiile publice referitor la achiziția de publicitate. Potrivit acestui ghid, în categoria canalelor media sunt menționate: presa scrisă, radio, TV, Internet, Cinema, OOH. Referitor la Internet, în ghid este menționat ca principalul canal de utilizare în cadrul acestui mediu este site-ul web, publicitatea fiind realizată în general prin bannere electronice pe site. Panourile de publicitate, la rândul lor, sunt suporturi special construite, destinate afișării materialului publicitar, astfel încât utilizarea lor intra de asemenea în categoria de publicitate media. Este nefondată susținerea reclamantei în sensul că „mijloacele de informare și publicitate au fost achiziționate în scopul promovării U.E. și a Guvernului României și nicidecum a autorității contractante” întrucât prin achiziționarea serviciilor de publicitate media conform cerințelor contractuale se asigură tocmai promovarea faptului că autoritatea contractantă implementează un proiect major pentru comunitate prin intermediul finanțării nerambursabile primite de la Uniunea Europeană și Bugetul de stat prin Programul Operațional Regional.

Așadar, fiind vorba despre o procedură de achiziție în vederea atribuirii unui contract de publicitate media este fără îndoială că în cauza autoritatea contractantă era obligată să se conformeze regulilor speciale de transparență precizate în Secțiunea a 6-a din O.U.G. nr. 34/2006, și care erau în vigoare la data procedurii. Ori, o astfel de dovadă nu a fost făcută în cauză.

Potrivit jurisprudenței CJUE, principiul transparenței presupune că toate informațiile tehnice relevante pentru buna înțelegere a anunțului de participare sau a caietului de sarcini trebuie să fie puse de îndată ce este posibil la dispoziția tuturor întreprinderilor participante la o procedură de

achiziții publice, astfel încât, pe de o parte, să permită tuturor ofertanților mediu informați și care dau dovada de o diligență normală să înțeleagă conținutul exact al acestora și să le interpreteze în același fel, și pe de altă parte să dea posibilitatea autorității contractante să verifice dacă ofertele ofertanților corespund efectiv criteriilor care guvernează contractul în cauză. (Hotărârea Evropaiki/Comisia). Obligația de transparență ce revine autorităților publice care încheie un contract de concesiune de servicii implică garantarea în favoarea oricărui potențial ofertant a unui nivel de publicitate adecvat care să permită exercitarea concurenței în domeniul concesiunii de servicii precum și controlul imparțialității procedurilor de atribuire.

Iar Nota de subsol ii) din Anexa la O.U.G nr. 66/2011 interpretează conceptul de „grad de publicitate adecvat” în sensul că : a) Principiul egalității de tratament și cel al nediscriminării impun o obligație de transparență care constă în garantarea, în favoarea oricărui potențial ofertant, a unui grad de publicitate care să permită atribuirea contractului în condiții adecvate de competiție. Obligația de transparență presupune că un potențial ofertant care operează pe teritoriul unui alt stat membru poate avea acces la informații relevante privind o procedură de achiziție înainte ca aceasta să fie finalizată, astfel încât, dacă acel potențial ofertant dorește, să își poată exprima interesul prin participarea la procedura respectivă. Iar potrivit pct. 2.1 din aceeași Anexă nerespectarea cerințelor privind asigurarea unui grad adecvat de publicitate și transparența se sancționează prin aplicarea unei corecții financiare de 25% din valoarea contractului în cauză.

Litera b din aceeași Nota de subsol prevede că „ și în unele cazuri, datorită unor circumstanțe speciale, cum ar fi o miză economică foarte redusă, participarea la o procedură de achiziție poate să nu prezinte interes pentru operatorii economici care operează în alte state membre. În aceste cazuri, efectele asupra libertăților fundamentale trebuie să fie considerate ca fiind prea aleatorii și prea indirecte ca să justifice aplicarea normelor juridice derivate din dreptul comunitar primar și din acest motiv nu se aplică corecții financiare. Este de competența autorității contractante să determine dacă o procedură de achiziție prezintă sau nu un interes potențial pentru operatorii economici care operează în alt stat membru. Această decizie a autorității contractante trebuie să fie fundamentată pe o evaluare a circumstanțelor specifice fiecărui caz în parte, cum ar fi obiectul procedurii de achiziție, valoarea sa estimată, caracteristicile particulare ale sectorului de activitate în cauză (mărimea și structura pieței, practicile comerciale etc.), precum și zona geografică în care este organizată procedura de achiziție.”

Cum în speță a fost încălcat de către reclamanta principiul transparenței, astfel cu acesta este definit de art. 2 lit. d din O.U.G. nr. 34/2006 - prin nepublicarea de către reclamanta în calitate de autoritate contractantă a anunțului de participare pe site-ul dedicat www.publicitatepublica.ro este evident ca nu exista premisele încadrării în excepția prevăzută la lit. b - nota de subsol ii) aferentă punctului 2.1. din Anexa la O.U.G. nr. 66/2011, referitoare la corecțiile financiare aplicabile cheltuielilor aferente proiectelor finanțate din fonduri europene și/sau din fonduri publice naționale ...astfel cum eronat susține reclamanta. Față de cele arătate anterior, Curtea, constatând că actele contestate sunt legale și temeinice, iar corecția financiară aplicată reclamantului respecta prevederile pct. 2 (2.1) din Anexa nr. 1 a O.U.G. nr. 66/2011 va respinge cererea de chemare în judecată formulată de reclamanta în contradictoriu cu pârâțul.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul Județul Covasna - prin reprezentant convențional - în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare.

Definitivă. Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică azi 06.02.2013.

CURTEA DE APEL BRAȘOV
SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 278/F
ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 07 DECEMBRIE 2012

Pentru astăzi fiind amânată pronunțarea asupra acțiunii formulate de reclamantul Județul Covasna în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, având ca obiect „anulare act administrativ”. La apelul nominal făcut în ședința publică, la pronunțare, se constată lipsa părților. Procedura legal îndeplinită. Dezbaterile în cauza de față, au avut loc în ședința publică din data de 29 noiembrie 2012, când părțile prezente au pus concluzii în sensul celor consemnate în încheierea de ședință din acea zi, ce face parte integrantă din prezenta hotărâre, iar instanța în baza art.146 Cod procedură civilă pentru a da posibilitatea părților să depună concluzii scrise, potrivit art.260 alin.1 Cod procedură civilă a amânat pronunțarea la data de 7 Decembrie 2012.

CURTEA ASUPRA ACȚIUNII DE FAȚĂ,

Prin acțiunea civilă formulată și precizată la această instanță de reclamantul Județul Covasna în contradictoriu cu pârâții Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului și Curtea de Conturi a României - autoritatea de Audit, s-a solicitat instanței pronunțarea unei hotărâri judecătorești prin care să se dispună: anularea deciziei nr. 43 din 12.04.2012 privind soluționarea contestației și anularea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 13720 din data de 22.02.2012 privind contractul de finanțare nr. 561/08.10.2009, cod SMIS nr. 5325, „Reabilitare drum județean DJ 121 Covasna - Zăbala - Imeni -Cătălina - Târgu Secuiesc, Km 32+000-49+100, jud. Covasna”, Axa prioritara 2 „Îmbunătățirea infrastructurii de transport regionale și locale”, domeniul de intervenție 2.1. „Reabilitarea și modernizarea rețelei de drumuri județene, străzi urbane - inclusiv construcția/reabilitarea șoselelor de centura”, emise de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare.

În motivarea acțiunii se arată că în speță nu suntem în prezenta unei „obligații auxiliare” pentru a putea reține incidența dispozițiilor subpct. 1.12 din anexa la O.U.G. nr. 66/2011 ca temei în aplicarea corecției financiare, deoarece reclamantul avea obligația a publica anunțul de intenție, cât timp valoarea estimată a contractului depășea pragul valoric prevăzut de art. 51 alin. (1) lit. c) din O.U.G. nr. 34/2006.

Cu alte cuvinte, întrucât legiuitorul „obliga” la publicarea anunțului de intenție, nu se poate susține ca suntem în prezenta unei „obligații auxiliare”, deoarece nu suntem în prezenta unei „obligații subsecvente”, mai puțin importante, lăsată la latitudinea autorității contractante. Nefiind în prezenta unei „obligații auxiliare”, este categoric ca reținerea temeiului juridic în aplicarea corecției financiare, respectiv reținerea subpct. 1.12 din anexa la O.U.G. nr. 66/2011 este nelegală, astfel ca numai și pentru acest considerent acțiunea se impune a fi admisă, iar actele atacate anulate. Totodată, suntem în prezenta unei „nereguli formale, fără impact financiar”.

În acest sens, în dovedire, se invocă însăși cele reținute prin Nota atacată: „În ceea ce privește impactul pe care l-a avut utilizarea acestui criteriu în procesul de atribuire a contractului, din analiza efectuată s-a constatat ca la procedura au participat un număr de 2 ofertanți din România, din care o oferta a fost considerată neconforma întrucât nu a îndeplinit cerințele caietului de sarcini, nu se poate aprecia impactul pe care l-a avut reducerea nelegală a termenului de depunere a ofertelor asupra procesului de achiziție publică, respectiv asupra posibilității de depunere a ofertelor de către operatori economici care operează în statele membre”.

Ca atare, nefiind dovedit impactul financiar ori vreun potențial impact financiar (viitor), condiție imperativa de care este ținută aplicarea corecției financiare, adică existența prejudiciului/existența posibilității creării unui prejudiciu, este fără putința de tăgăda ca NU SE PUTEA și NICI NU SE POATE APLICA VREO CORECȚIE FINANCIARA, deoarece este apreciat ca fiind o „neregula formală care nu justifică aplicarea vreunei reduceri/corecții formale”.

În ceea ce privește aplicarea corecției financiare în procent de 10%, care constituie cuantumul maxim prevăzut de legiuitor la subpct. 1.12 din anexa la O.U.G. nr. 66/2011, aparte de faptul că nu s-a găsește aplicabilitatea în raport de cele constatate și nici rațiunea, deoarece nu s-a constatat „impactul financiar/potențialul impact financiar”, reprezintă o măsură excesivă, cu neobservarea principiului proporționalității, care guvernează O.U.G. nr. 66/2011 și de care este ținută activitatea de verificare, astfel cum prevede, în mod expres, art. 17 din aceeași ordonanță.

Măsura este disproporționată cu atât mai mult cu cât, procedura fiind declanșată anterior intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011, reclamantul nu a beneficiat de sprijinul pe care autoritățile competente în gestionarea fondurilor europene sunt obligate să-l acorde beneficiarilor potrivit aceleiași ordonanțe, respectiv de ajutor în scopul „prevenirii neregulilor” și de suport în „identificarea și gestionarea riscurilor, elaborarea și urmărirea aplicării procedurilor de management și a celorlalte instrumente de control intern, care să sigure corectitudinea acordării și utilizării fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora”.

Fără a deroga de la cele expuse în concluzii la pct. (1) și (2), care se impun a fi analizate cu prioritate, în opinia noastră, raportat la împrejurările în care „fapta” reținută în sarcina reclamantului s-a produs și care, în plus, nu a relevat vreun prejudiciu ori vreun potențial prejudiciu bugetului din care este subvenționat contractul, astfel cum s-a consemnat în Nota/cum reiese din Nota, obligația organelor de constatare era, chiar apreciind, în *extremis*, ca fiind întrunite condițiile instituite de legiuitor la subpct. 1.12 din anexa la O.U.G. nr. 66/2011, de a aplica, cel mult, o corecție de 2%, iar nu de 10%.

Pornind de la faptul că, reducerea/corecția financiară aplicată reclamantului se întemeiază pe faptul „încălcării principiului transparenței”, ca efect al unei pretinse reduceri al termenului de primire a ofertelor în atribuirea contractului de execuție de lucrări nr. 64/2011, se subliniază că susținerea nu-și găsește suport în realitate. Se reiterează faptul că, astfel cum se reține de altminteri și în actele atacate, inițial, anunțul de participare care a fost dat în considerarea anunțului de intenție (nr. 16467 din 11.11.2009), avea ca termen limită de depunere a ofertelor data de 31.03.2010.

Pentru a stabili dacă participă sau nu cu oferta la procedură, potențialii ofertanți și-au exprimat interesul în vizitarea amplasamentului lucrării. Vizita în teren a avut loc la data de 17.03.2012, ocazie cu care s-au prezentat nu mai puțin de 19 operatori economici din România, Grecia, Italia și Spania. Procedura s-a finalizat potrivit actului privind comunicarea rezultatului procedurii nr. 7806/29.07.2010 emis de reclamant. Împotriva actului anterior arătat, trei ofertanți s-au adresat cu contestație CNSC. CNSC a soluționat contestația la data de 27.08.2010. prin anularea procedurii, potrivit deciziei nr. 4528/C5/4932. 4990. 5021. Efectul anularii îl constituie repunerea părților în situația anterioară.

Reținând efectul produs de anularea procedurii, se constată că, singurul act care „scapă” acestui efect este anunțul de intenție, deoarece este un act, în anumite situații obligatoriu, premergător organizării procedurii, ce poate fi atacat într-un termen limitat, de care, în cauza, potențialii operatori economici nu au uzat. Scăpând de acest efect, anunțul de intenție a continuat să-și producă efectele, întrucât procedura a fost reluată. Data reluării procedurii, în speța, este data de

09.11.2010 când s-a republicat anunțul de participare (nr. 110851) care prevedea data limita de depunere a ofertelor, data de 09.12.2010.

În consecința, ca efect al reluării procedurii de atribuire, despre care aveau cunoștința toate părțile interesate, deoarece toată procedura a fost una publică, intervalul de timp scurs între data publicării anunțului de intenție și data limita de depunere a ofertelor este de peste 11 luni.

Acest interval trebuie avut în vedere, deoarece corecția aplicată vizează modul de atribuire a contractului de execuție de lucrări nr. 64 din 22.02.2011. contract care a fost încheiat ca urmare a publicării anunțului de participare nr. 110851 din 09.12.2010, iar nu ca urmare a anunțului de participare nr. 94764 din 24.02.2010, întrucât toată procedura desfășurată în baza acestui ultim anunț a fost anulată de CNSC prin decizia mai sus indicată.

Reținând faptul ca, aplicarea corecției vizează modul de atribuire a contractului de execuție de lucrări nr. 64 din 22.02.2011, este clară rațiunea care sta la baza stabilirii încălcării principiului transparenței și cu atât mai puțin temeiul juridic care justifică o asemenea măsură.

Așadar, în condițiile în care: (I) corecția vizează modul de încheiere a contractului nr. 64/2011 atribuit ca urmare a procedurii organizate în baza anunțului de participare din data de 09.11.2010, (II) anunțul de intenție a fost publicat la data de 11.11.2009, iar (ii) termenul limita pentru depunerea ofertelor a fost data de 09.12.2010, urmează a se constata ca, în realitate, organul de control nu putea reține nici *in extremis* nesocotirea principiului transparenței.

Măsura dispusă s-ar fi justificat (cu condiția întrunirii și a celorlalte condiții prevăzute de legiuitor) numai dacă procedura organizată în baza anunțului de participare publicat la data de 24.02.2010, cu data limita de depunere a ofertelor 31.03.2010, s-ar fi finalizat cu încheierea contractului nr. 64/2011. Or, nu suntem în prezenta unei atare situații, astfel ca, orice raportare în atribuirea contractului nr. 64/2011 la data limita de depunere a ofertelor consemnata în anunțul de participare din data de 24.02.2010 care, în fapt, ca urmare a anularii nu mai produce/nu mai poate produce niciun efect, este nu numai greșită, ci și nelegală.

De vreme ce organul care a încheiat actul atacat și a soluționat contestația s-a raportat la data limita prevăzută pentru depunerea ofertelor din primul anunț de participare (anunț care a fost anulat), iar nu la data limita de depunere a ofertelor consemnata în anunțul în baza căruia s-a încheiat contractul care a făcut obiectul verificărilor de legalitate, este evident ca, numai și prin prisma acestui considerent, actele atacate sunt netemeinice și nelegale. Subsecvent, în măsura în care se va trece și peste argumentul anterior se evidențiază ca, indiferent cum, corecția financiară aplicată, în baza motivelor reținute, este netemeinică și nelegală în lumina celor ce se vor arăta în continuare.

Astfel potrivit O.U.G. nr. 34/2006, în forma avută la data publicării anunțului de intenție:
„Autoritatea contractantă are obligația de a asigura transparența atribuirii contractelor de achiziție publică și încheierii acordurilor-cadru prin publicarea, în conformitate cu prevederile prezentului capitol, a anunșurilor de intenție, de participare și de atribuire.

În cazul contractelor a căror valoare estimată este mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2), autoritatea contractantă are obligația de a include în anunșurile prevăzute la alin. (1) cel puțin informațiile cuprinse în anexa nr. SA și, dacă este necesar, alte informații considerate utile de către autoritatea contractantă, prin utilizarea formularelor standard adoptate de Comisia Europeană. " (art. 47 alin. 1 și 2);

„Anunțul publicat la nivel național nu trebuie să conțină alte informații față de cele existente în anunțul publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și trebuie să menționeze data transmiterii către Comisia Europeană. ” (art. 50 alin. 2).

„Anexa nr. 3A - ANUNȚ DE INTENȚIE

1. Denumirea, adresa, numărul de fax, adresa de e-mail ale autorității contractante și ale biroului de la care se pot obține, după caz, informații suplimentare. În cazul în care urmează să fie atribuit un contract de servicii sau de lucrări, se precizează instituțiile competente și punctele de contact (inclusiv adresa de Internet) de la care se pot obține informații suplimentare cu privire la cadrul legislativ general privind impozitarea, protecția mediului, protecția muncii și condițiile de muncă, aplicabil în locul în care urmează să fie realizată prestația.

2. După caz, se precizează dacă este vorba de un contract de achiziție publică rezervat atelierelor protejate sau a cărui executare este prevăzută în cadrul unui program de angajare protejată.

3. În cazul achiziției de lucrări: natura și dimensiunea lucrărilor: locul de execuție; dacă lucrarea este divizată în mai multe loturi caracteristicile esențiale ale respectivelor loturi: dacă este posibil estimarea costurilor pe care le implica lucrările în cauză: numărul (numerele) de referință din nomenclatura.

În cazul achiziției de produse: natura și cantitatea sau valoarea produselor care urmează să fie furnizate; numărul (numerele) de referință din nomenclatura.

În cazul achiziției de servicii: valoarea totală estimată a achizițiilor în fiecare din categoriile de servicii prevăzute în anexa 2A; numărul (numerele) de referință din nomenclatura.

4. Date provizorii prevăzute pentru inițierea procedurilor de atribuire a contractului sau a contractelor, în cazul contractelor de servicii specificându-se categoria în care se încadrează fiecare.

5. După caz, se precizează dacă urmează să fie încheiat un acord-cadru.

6. După caz, alte informații.

7. Data transmiterii spre publicare a anunțului de intenție sau, după caz, data transmiterii spre publicare a anunțului simplificat de informare prealabilă.

8. Se precizează dacă contractul intra sub incidența Acordului OMC (numai în cazul anunțurilor transmise spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene).”

În conformitate cu Anexa I: Formularul standard 1 din Anexa la Regulamentul (CE) nr. 1564/2005 al Comisiei, anunțul de intenție, formularul standard, trebuie să cuprindă informațiile prevăzute în anexa la prezenta acțiune. Potrivit DEX, cuvântul "standard", în contextul analizat, arată "totalitatea prescripțiilor de standardizare; document, act (oficial) în care sunt consemnate aceste prescripții".

Așadar, orice completare adusă formularului de către autoritatea contractantă privind anunțul de intenție este exclusă.

Or, așa cum a rezultat din înscrisul anexat, informațiile reținute de echipa de control prin Nota ca fiind nesocotite fie nu se pot (puteau) consemna în cadrul vreuneia dintre secțiunile standard, pentru simplul motiv că emitentul nu a afectat vreo secțiune în sensul pretins de organele de control, fie trebuiau cunoscute ("data prevăzută - dacă se cunoaște - pentru începerea lucrărilor - pentru finalizarea lucrărilor"). Pentru cea de-a doua situație, se evidențiază și dispozițiile art. 75 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006 care arată că reducerea este permisă "în cazul în care anunțul de intenție a conținut toate informațiile prevăzute pentru anunțul de participare - în măsura în care acestea sunt cunoscute la data publicării anunțului de intenție (...)".

Cu alte cuvinte, în cazul primei situații aplicabilitate își găsește principiul *ubi lex non distinguit, nec nos distiguere debemus*, iar pentru cea de-a doua adagiul latin *actori incumbit probatio*. În privința celei de-a doua situații, urmează să se constate că, din nicio reținere a organelor de control nu reiese că reclamantul a cunoscut datele cu privire la "procedura de atribuire", "criteriul de

atribuire" ori "condițiile de participare" și ca, în mod deliberat, în scopul eludării legii sau în scop de favorizare a unora dintre operatorii economici nu le-a inserat în anunțul de intenție.

Nefiind în prezenta vreunei dovezi în sensul "cunoașterii tuturor informațiilor" ce pot fi inserate în anunțul de participare, ci, dimpotrivă (așa cum vom arata în cele ce urmează), este categoric ca cele reținute prin Nota sunt cu nesocotirea legii și a principiilor care trebuie să guverneze verificările efectuate în baza O.U.G. nr. 66/2011.

Deși se apreciază ca toate cele de mai sus sunt suficiente pentru ca instanța să-și formeze convingerea că cererea dedusă judecății este justă, pentru rigurozitate, se evidențiază reținerile organelor de control, astfel cum acestea au fost consemnate în Nota și, corelativ, argumentul contrar acestor rețineri.

În motivarea corecției financiare aplicate, organele de control au reținut:

„Următoarele informații nu sunt prevăzute în anunțul de intenție:

- (1) „codurile CPV ale lucrărilor - a fost trecut doar CPV 45233142-6 lucrări de reparare a drumurilor iar în anunțul de participare nr. 110851/09.11.2010 s-au prevăzut și codurile CPV 45221100-3 lucrări de construcții pentru poduri și 45221110-6 - lucrări de construcții pentru poduri;
- (2) anunțul de intenție nu conține informații cu privire la data prevăzută pentru începerea procedurilor de atribuire;
- (3) durata contractului prevăzută în anunțul de intenție este de 24 luni iar în anunțul de participare de 10 luni;
- (4) anunțul de intenție nu conține informații cu privire la procedura de atribuire aplicată, criteriile de atribuire a contractului, condițiile de participare”, care au condus, astfel, la „încălcarea prevederilor art. 38 alin. (4) din Directiva 2004/18/CE și art. 75. alin. (2) și (3) din O.U.G. nr. 34/2006, conform cărora pentru a beneficia de reducerea termenului de primire a ofertelor de la 52 de zile la 36 de zile anunțul de intenție trebuia să conțină toate informațiile prevăzute pentru anunțul de participare, în cazul în care sunt cunoscute”.

Vocabularul comun privind achizițiile publice (CPV) se bazează pe o structură ramificată de coduri de până la noua cifre, cărora le corespunde o denumire, ce descrie produsele, lucrările sau serviciile care reprezintă obiectul contractelor de achiziție publică. Codul numeric cuprinde 8 cifre: diviziuni, identificate prin primele două cifre ale codului; grupe, identificate prin primele trei cifre ale codului; clase, identificate prin primele patru cifre ale codului; categorii, identificate prin primele cinci cifre ale codului.

Rațiunea pentru care trebuie utilizate coduri CPV cât mai specifice constă în depășirea barierelor lingvistice între autoritatea contractantă și operatorii economici, astfel încât informația privind obiectul contractului să fie accesibilă și precisă și pentru operatorii economici vorbitori de alte limbi, asigurându-se principiul nediscriminării și transparenței. Potrivit dispozițiilor specifice materiei achizițiilor publice, contractele de achiziție publică sunt: a) contracte de lucrări, b) contracte de furnizare și c) contracte de servicii (art. 3¹ O.U.G. nr. 34/2006).

În conformitate cu art. 4 din O.U.G. nr. 34/2006, „Contractul de lucrări este acel contract de achiziție publică care are ca obiect: a) fie execuția de lucrări legate de una dintre activitățile cuprinse în anexa 1 sau execuția unei construcții, b) fie atât proiectarea, cât și execuția de lucrări legate de una dintre activitățile cuprinse în anexa 1 sau atât proiectarea, cât și execuția unei construcții, c) fie realizarea prin orice mijloace a unei construcții care corespunde necesității și obiectivelor autorității contractante, în măsura în care acestea nu corespund prevederilor lit. a) și b). În sensul prevederilor alin. (1), prin construcție se înțelege rezultatul unui ansamblu de lucrări de construcție de clădiri sau lucrări de geniu civil, destinat să îndeplinească prin ei înșiși o funcție tehnică sau economică”.

Noțiunea de „lucrări similare” a fost definită de doctrina de specialitate ca fiind „*acele lucrări de construcții care sunt grupate, în conformitate cu CPV în aceeași clasă elementară*”.

Astfel cum a reieșit din anunțul de intenție, forma tip, elaborat de Uniunea Europeană și anexat prezentei acțiuni, secțiunea destinată clasificării CPV este constituită din două subsecțiuni [obiect principal și obiect(e) suplimentar(e)] care, la rândul lor, cuprind două tipuri de vocabular (principal și suplimentar-după caz).

În cauza, suntem în prezența unui contract de achiziție publică de lucrări având ca obiect „*Reabilitare drum județean DJ121 Covasna — Zăbala - Imeni - Cătălina — Tg. Secuiesc, Km 32 + 000 -49 + 100, județul Covasna*” (cod CPV 45233142 - 6 Lucrări de reparare a drumurilor - Rev 2).

În conformitate cu art. 2 alin. 1 din O.G. nr. 43/1997 privind regimul drumurilor, cu modificările și completările ulterioare, „*drumurile fac parte din sistemul național de transport*”, iar în conformitate cu alin. 3 din aceeași ordonanță, „*fac parte din drum: ampriza și zonele de siguranță, podurile, podețele, viaductele, pasajele denivelate, zonele de sub pasajele rutiere, tunelurile, construcțiile de apărare și consolidare, trotuarele, pistele pentru cicliști, locurile de parcare, opriri și staționare, bretelele de acces, indicatoarele de semnalizare rutieră și alte dotări pentru siguranța circulației, spațiile de serviciu sau control, spațiile cuprinse în triunghiul de vizibilitate din intersecții, spațiile cuprinse între autostrada și/sau drum și bretelele de acces, terenurile și plantațiile din zona drumului, mai puțin zonele de protecție.*”

Prin urmare, achiziția nu are și nu poate avea decât un obiect principal, reprezentat de lucrările de reparare a drumurilor, lucrări care cuprind inclusiv cele privind repararea podurilor.

Suntem în prezența unui singur obiect principal, iar nu și în prezența unui obiect suplimentar, întrucât lucrarea nu implică și proiectarea ori execuția unei construcții, ci strict execuția de lucrări constând în reabilitare.

Fiind în prezența unei lucrări de reabilitare, este evident, raportat la faptul existenței unei forme tip a anunțului de intenție ce se publică în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, pe de o parte, ca secțiunea care reglementează obiectul principal conferă posibilitatea completării unui singur cod CPV, iar, pe de altă parte, că secțiunea destinată obiectului suplimentar, care cuprinde, într-adevăr, mai multe rubrici, nu putea fi completată atât timp cât obiectul achiziție nu era însoțit de un obiect suplimentar.

În privința secțiunii destinate obiectului principal, pe lângă vocabularul principal, într-adevăr, emitentul a prevăzut și vocabularul suplimentar, însă, în cauza, acesta nu putea fi completat deoarece aparte de faptul că nu este o obligație, el este utilizat pentru a completa descrierea obiectului contractului de achiziție/pentru efectuarea de precizări suplimentare privind natura sau destinația specifică bunurilor ce urmează a fi achiziționate, cerința ce, categoric, nu este întrunită în cauză.

Pornind de la toate cele de mai sus și având în vedere:

(I) faptul că, potrivit CPV, lucrările pentru poduri sunt lucrări incidente și adiacente lucrărilor de reparare a drumurilor, deoarece fac parte din aceeași diviziune (Lucrări de construcții) și grupa (Lucrări de construcții complete sau parțiale și lucrări publice), cum rezulta inclusiv din anexa 1 la O.U.G. nr. 34/2006,

(II) precum și faptul, nu lipsit de importanță, că procentul alocat lucrărilor pentru poduri din valoarea totală a contractului este de aprox. 6%,

Se reține că, neprecizarea în anunțul de intenție și al codului destinat lucrărilor pentru poduri nu poate fi apreciat ca fiind un motiv care justifică constatarea potrivit căreia reclamantul a încălcat principiul transparenței. Principiul transparenței ar fi putut fi considerat ca fiind nesocotit numai în măsura în care obiectul contractului ar fi fost unul complex, însoțit de lucrări de proiectare și/sau execuție de construcții neevidențiate prin indicarea CPV. Or, nu suntem în prezența unui atare obiect, astfel ca, reținerile din Nota sunt neconforme realității și nelegale, prin prisma obligațiilor ce revin autorităților contractante în privința CPV.

În legătura cu reținerile privind lipsa informațiilor relative la
(I) data prevăzută pentru începerea procedurilor de atribuire
(II) procedura de atribuire aplicată,
(III) criteriile de atribuire a contractului,
(IV) condiții de participare

Se apreciază necesar a trata în mod unitar reținerile ce se subscriu alin. (2) și (4) din Nota, întrucât argumentația este aceeași. În privința acestor reține, se reiterează, ceea ce s-a evidențiat și mai sus, că obligația completării anunțului de intenție cu informațiile de mai sus este ținută de faptul cunoașterii acestor informații la data publicării. Deci, suntem în prezența unei obligații sub condiție suspensivă întrucât suntem în prezența unei obligații suspensive, nu se poate susține și cu atât mai puțin imputa faptul neexecutării obligației consemnării în anunțul de intenție a tuturor informațiilor deoarece condiția suspensivă, reprezentată în cauza de cunoașterea informațiilor în discuție, presupune ca obligația nu exista, nu este perfectă.

Prin urmare, având în vedere ca nu s-a produs vreo dovadă a faptului ca reclamantul, la momentul transmiterii anunțului de intenție, cunoștea toate informațiile, este indiscutabil ca reducerea/corecția financiară aplicată este nelegală, deoarece nu se face dovada nașterii obligației. De altfel, informațiile în discuție nici nu puteau fi cunoscute cât timp acestea, la rândul lor, depindeau de factori externi, prezenți ca urmare a externalizării elaborării documentației de atribuire. Este cel puțin logic ca, toate informațiile în discuție depindeau de finalizarea documentației de atribuire și, firesc, de intrarea în posesia acesteia.

Întrucât legiuitorul reglementează o obligație, însă sub condiție suspensivă și cum condiția a fost îndeplinită ulterior publicării anunțului de intenție, este categoric ca, sancționarea reclamantului prin aplicarea unei corecții financiare în procentul maxim prevăzut de legiuitor este absurdă.

Durata contractului nu a fost și nu este o cerință care să poată fi inserată în formularul standard „anunț de intenție”, neexistând nicio secțiune destinată acestui scop. Pe de altă parte, cât timp informațiile antamate anterior nu puteau fi cunoscute la momentul transmiterii spre publicare a anunțului de intenție, cu atât mai puțin putea fi cunoscută durata contractului.

La precizarea duratei contractului din anunțul de intenție, reclamantul, în lipsa oricărui alt element de referință, a fost obligat să se raporteze la durata estimată prevăzută în contractul de finanțare, stabilită de proiectant care, ca urmare a întocmirii documentației de atribuire și, deci, stabilirii cerințelor tehnice, s-a constatat a fi mai mică decât cea anticipată inițial. De altfel, având în vedere că expresia „transparență” reprezintă *„aducerea la cunoștința publicului și a părților interesate a tuturor informațiilor referitoare la aplicarea procedurii de atribuire, în mod complet și explicit”*, nu s-ar putea susține că, prin reducerea termenului, principiul a fost nesocotit.

În consecință, pe lângă faptul că raportarea la termenul limită de depunere a ofertelor stabilit în primul anunț de participare este greșită, urmează a se constata că, indiferent cum, chiar prin raportare la termenul limită stabilit inițial, reținerea în sarcina subscrisului a încălcării art. 75 alin.

(2) și (3) din O.U.G. nr. 34/2006 și a principiului transparenței este nu numai nejustificată, ci și contrară prescripțiilor pretins încălcate.

Nu în ultimul rând, organele competente în aplicarea O.U.G. nr. 66/2011 s-au rezumat a prelua *ad literam* cele constatate de Autoritatea de Audit, în condițiile în care, astfel cum rezulta și din art. 2 din normele metodologice de aplicare a prevederilor O.U.G. nr. 66/2011, aveau dreptul și obligația, în considerarea principiului proporționalității, nu numai de a efectua propriile verificări/investigații, ci și de a contesta constatările Autorității de Audit.

Neprocedând în acest sens, cu atât mai mult cu cât a fost sesizat cu o contestație extrem de bine motivată și argumentată din punct de vedere juridic, întemeiată pe motive de nelegalitate și de neconformitate, apreciem că MDRT a încheiat Nota și soluționat contestația în mod greșit, cu nesocotirea legii.

Văzând art.137 Cod procedură civilă, Curtea urmează a se pronunța cu prioritate asupra excepției lipsei calității procesual pasive a pârâtului Curtea de Conturi a României - Autoritatea de Audit, pe care o apreciază ca întemeiată.

Obiectul acțiunii îl constituie anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA 13720/22.02.2012 și a Deciziei nr.43/12.04.2012 ambele emise de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, cadrul legal stabilit de legiuitor fiind OUG 66/2011. Astfel raportul juridic administrativ s-a născut între această entitate și Județul Covasna. Raportul de Audit efectuat de Autoritatea de Audit, în baza art.14 alin.2 lit.b din Legea nr.94/1992, conținând recomandări, fără însă a se dispune măsuri, care se regăsesc însă în Nota de constatare CA 13720/22.02.2012 și Decizia nr.43/12.04.2012, ambele emise de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului.

Raportul de Audit nu are valoarea juridică a unui act administrativ, în sensul art.2 alin.1 lit.c din Legea nr.554/2004 nefiind un act administrativ atacabil în baza Legii nr.554/2004.

Pe cale de consecință, Curtea va admite excepția lipsei calității procesual pasive a Curții de Conturi a României - Autoritatea de Audit și va respinge acțiunea civilă formulă de reclamantul Județul Covasna în raport cu acest pârât.

Acțiunea formulată în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului este fondată. Potrivit Notei, pârâtul a aplicat corecția financiară în baza pct. 1.12. din Anexa la OUG nr. 66/2011. În conformitate cu temeiul de drept evidențiat, pentru aplicarea corecției financiare trebuia constatată următoarea abatere: "Aplicarea necorespunzătoare a unor elemente auxiliare procedurii de atribuire"

În acord cu același temei, legiuitorul descrie abaterea constatată că fiind „Contractul a fost atribuit cu respectarea legislației privind achizițiile publice, însă nu au fost respectate unele obligații auxiliare, cum ar fi publicarea anunțului de atribuire a contractului. Dacă acest tip de neregulă este doar de natura formală, fără un potențial impact financiar, nu se va aplica nicio reducere/corecție financiară”, corecția financiară, în măsura constatării impactului financiar, fiind de „2%, 5% sau 10% din valoarea contractului, în funcție de gravitatea neregulii și caracterul repetitiv al acesteia.”

Din textul în discuție rezulta că legiuitorul condiționează aplicarea corecției financiare (i) de nesocotirea unor obligații auxiliare, respectiv a obligațiilor auxiliare ce revin autorităților contractante în aplicarea procedurilor de achiziție publică organizate potrivit OUG nr. 34/2006, (ii) de existența impactului financiar și (iii) de existența unei alte nereguli decât aceea formală (inexistența neregulii formale). Prin urmare, legiuitorul, chiar dacă nu precizează expresiss verbis că

pentru a aplica corecția financiară trebuie întrunite cele trei condiții în mod cumulativ, aceasta este consacrată/derivă, implicit, din norma juridică.

În plus, întrucât legiuitorul în privința corecției/reducerii financiare reglementează procente diferite, respectiv 2%, 5% sau 10% se constată că, în stabilirea procentului incident, autoritatea cu competențe în gestionarea fondurilor europene este ținută, pe de o parte, de principiul proporționalității, iar, pe de altă parte, de existența unei nereguli grave sau cu caracter repetitiv, atunci când aplica corecția de 10%. În cauză, nu suntem în prezența niciuneia dintre cele trei ipoteze.

Sensul sintagmei "obligație auxiliară" este stabilit de legiuitor prin chiar exemplul dat, anume "nepublicare anunț de atribuire". Regulile de publicitate sunt reglementate de Secțiunea a 5-a din OUG nr. 34/2006. Prin secțiunea în discuție legiuitorul reglementează trei tipuri de anunțuri: 1. "anunț de intenție, 2. anunț de participare și 3. anunț de atribuire.

Dacă în privința anunțului de participare legiuitorul nu face nicio derogare, în privința anunțului de intenție și a anunțului de atribuire legiuitorul distinge după cum sunt sau nu obligatorii, funcție de anumite criterii. Ca atare, putem susține că suntem în prezența unei obligații auxiliare numai dacă obligația în sine este relativă, lăsată la aprecierea autorității contractante.

Or, în cauză, având în vedere că reclamantul a fost obligat la publicarea anunțului de intenție atât în SEAP, cât și în JOUE nu se poate susține că obligația este auxiliară, mai puțin importantă.

În acest sens, relevanța prezintă dispozițiile art. 51 din OUG nr. 34/2006, care arată că, autoritatea contractantă are obligația de a publica anunțul de intenție nu numai atunci când dorește să beneficieze de reducerea prevăzută de art. 75 alin. (2) și art. 89 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, ci și atunci când, inter alia, valoarea estimată a contractului de lucrări, cum este cel în baza căruia s-a aplicat corecția financiară, ce urmează a fi atribuit în următoarele 12 luni, este egală sau mai mare decât echivalentul în lei a 5.000.000 euro.

În susținerea faptului că "anunțul de intenție" nu are "caracter auxiliar" atunci când obiectul achiziției îl constituie contractele de lucrări care depășesc un anumit prag valoric, ci, dimpotrivă, prioritar, stau și dispozițiile art. 52 din OUG nr. 34/2006 care instituie, în sarcina autorităților publice, "obligația de a transmite spre publicare anunțul de intenție cât mai curând posibil după aprobarea programului în care este prevăzut contractul de lucrări".

Întrucât în privința contractelor de lucrări ce se doresc a fi atribuite, care depășesc un anumit prag valoric, legiuitorul nu recunoaște așa numitul „drept de opțiune”, este categoric că, în speța, „anunțul de intenție” nu poate avea caracter auxiliar.

Relativ la condițiile „impactului financiar” și existența unei nereguli, alta decât aceea formală Potrivit art. 2 alin. (1) lit. a) din O.U.G, nr. 34/2006, „expresia neregulă” are în vedere „orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezulta dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit:

Așadar, ambele sintagme/condiții își găsesc corespondența în noțiunea atribuită de legiuitor expresiei „neregulă”, deoarece una dintre condițiile existenței „neregulii” este de a „prejudicia”/„care poate prejudicia”.

De asemenea, natura formală (sau inexistența acesteia) se stabilește tot prin raportare la existența sau nu a „prejudiciului”, la posibilitatea de a aduce sau nu „un prejudiciu”.

Reținând ceea ce are în vedere legiuitorul prin sintagma, „potențial impact financiar”, respectiv prejudicierea/posibilitatea prejudicierii bugetului/bugetelor din care sunt acordate fondurile, se constată că, raportat la reținerea/constatarea din Nota potrivit căreia se poate aprecia impactul (pagina...) cerința instituită la subpct. 1.12 din anexa la OUG nr. 66/2011 nu este îndeplinită.

Relativ la gravitatea neregulii și caracterul repetitiv, întrucât legiuitorul prevede aplicarea unor corecții/reduceri financiare diferențiate (2%, 5%, 10%), apreciem că rațiunea acestei diferențieri este data de necesitatea respectării principiului proporționalității, pe care legiuitorul l-a avut în vedere în emiterea OUG nr. 66/2011 și de care este ținută orice acțiune exercitată în temeiul acestei ordonanțe.

Pornind de la necesitatea aplicării unei corecții financiare proporționale cu „neregula” constatată (existența unui echilibru în luarea deciziei de sancționare, prin aplicarea unei corecții financiare în legătura cu „neregula” constatată), remarcăm că, stabilirea procentului aplicat (2%, 5%, 10%), se face în funcție de gravitatea neregulii constatate și de caracterul repetitiv al acesteia. Așadar, corecția în procent de 10% se aplică numai în cazul constatării unei nereguli deosebit de grave sau, în ipoteza unei nereguli mai puțin grave, dacă neregula constatată are caracter repetitiv, condiții care, în cauza, nu sunt îndeplinite, astfel cum reiese din analiza reținerii or/constatărilor consemnate prin Nota.

Nefiind îndeplinită condiția instituită de legiuitor pentru a putea aprecia justificarea aplicării corecției financiare în procent de 10% și cum aceasta nu poate fi „diminuată” în această fază, este categoric că Nota se impune a fi anulată, deoarece instanța nu ar putea corecta nelegalitățile săvârșite de pârât.

În concluzie, *reclamantul era ținut de obligația publicării anunțului de intenție*, întrucât legiuitorul „obliga” la publicarea anunțului de intenție, nu se poate susține că suntem în prezenta unei „obligații auxiliare”, deoarece nu suntem în prezenta unei „obligații subsecvente”, mai puțin importante, lăsată la latitudinea autorității contractante; *„fapta” constatată nu a produs vreun impact financiar; „fapta” constatată are caracter formal*.

În extremis, chiar și în ipoteza în care se apreciază existența unei „obligații auxiliare”, de vreme ce s-a constatat „imposibilitatea aprecierii impactului financiar”, ceea ce echivalează cu inexistența lui, este categoric că singura soluție admisibilă este de ne-aplicare a corecției/reducerii financiare. În alte cuvinte, nefiind dovedit impactul financiar ori vreun potențial impact financiar (viitor), condiție imperativă de care este ținută aplicarea corecției financiare, adică existența prejudiciului/existența posibilității creării unui prejudiciu, este fără putința de tăgăda că NU SE PUTEA și NICI NU SE POATE APLICA VREO CORECȚIE FINANCIARĂ, deoarece este apreciat că fiind o „neregula formală care nu justifică aplicarea vreunei reduceri/corecții formale”.

Cat privește cuantumul corecției financiare aplicate, respectiv 10% din valoarea contractului, acesta este maximum prevăzut de legiuitor, condiționat, în ipoteza întrunirii tuturor cerințelor instituite, de gravitatea faptei ori de caracterul repetitiv.

Întrucât nu s-a probat că a îngreunat accesul la procedura și nici dovedit că a mai săvârșit nereguli, se constată că, în fapt, este o măsură excesivă, cu neobservarea principiului proporționalității, care guvernează OUG nr. 66/2011, de care este ținută activitatea de verificare, astfel cum prevede în mod expres art. 17 din aceeași ordonanță.

Astfel fiind, este de principiu că reducerea/corecția financiară aplicată subscrisului de 10% nu poate fi sancționată decât cu nulitatea, chiar dacă, ipotetic, raportat la împrejurările în care „fapta” reținută în sarcina subscrisului s-a produs (care nu a relevat vreun prejudiciu ori vreun potențial prejudiciu bugetului din care este subvenționat contractul, astfel cum s-a consemnat în Nota/cum reiese din Nota), ar putea fi apreciată că sancționabilă cu 2% ori 5%, potrivit pct. 1.12.

Motivul care a stat la baza aplicării corecției financiare a fost nesocotirea principiului transparenței (în cazul contractului de execuție de lucrări nr. 64/22.02.2011, Autoritatea contractantă a încălcat principiul transparenței.)

Pentru a putea reține nesocotirea principiului transparenței, ar fi trebuit ca Paratul să facă dovada că subscrisul a restricționat accesul la procedura.

Or, atâta vreme cât (i) interesul a fost exprimat de nu mai puțin de 19 operatori economici, iar (ii) la procedura au participat 2 ofertanți este categoric că motivul invocat în aplicarea corecției și temeiul de drept reținut în aplicarea corecției nu subzista.

Potrivit celor reținute în Nota: „În cazul Contractului de execuție lucrări nr. 64/22.02.2011 Autoritatea contractantă a încălcat principiul transparenței prin reducerea termenului de primire a ofertelor prevăzut de OUG nr. 34/2006, art. 75 alin. (1) de la 52 zile la 35 zile deși nu au fost îndeplinite condițiile prevăzute de Directiva 2004/18/CE la art. 38, alin. (4) respectiv „anunțul de informare prealabilă să fie cuprins toate informațiile necesare pentru anunțul de participare prevăzut de anexa VIIA, în cazul în care respectivele informații sunt disponibile în momentul publicării anunțului și în care respectivul anunț de informare prealabilă a fost trimis spre publicare cu minimum 52 zile și maximum 12 luni înainte de data trimiterii anunțului de participare.

Autoritatea contractantă a transmis Anunțul de intenție nr. 16467/11.11.2009 care însă nu conține toate informațiile prevăzute pentru anunțul de participare pentru a putea beneficia de reducerea termenului de la 52 de zile la 36 de zile, conform art. 75 alin. (2) și (3) din OUG nr. 34/2006 și art. 38 alin. (4) din Directiva 2004/18/CE.

Următoarele informații nu sunt prevăzute în anunțul de intenție: codurile CPV ale lucrărilor - a fost trecut doar CPV 45233142-6 lucrări de reparare a drumurilor iar în anunțul de participare nr. 110851/09.11.2010 s-au prevăzut și codurile CPV 45221100-3 - lucrări de construcții pentru poduri și 45221110-6 - lucrări construcții pentru poduri; anunțul de intenție nu conține informații cu privire la data prevăzută pentru începerea procedurilor de atribuire; durata contractului prevăzută în anunțul de intenție este de 24 luni iar în anunțul de participare de 10 luni; anunțul de intenție nu conține informații cu privire la procedura de atribuire aplicată, criteriile de atribuire a contractului, condițiile de participare.”

De principiu, atâta vreme cât Directiva 2004/18/CE a fost transpusă în plan național prin OUG nr. 34/2006, orice invocare a acesteia este superflua. În plus, directivele nu se aplică în mod direct în legislația internă a statului (membru), ci se determină prin actul normativ intern prin care fiecare stat înțelege să transpună dispozițiile acesteia.

Deși nu se arată în ce constă neconformitatea consemnării la nivelul codurilor CPV numai a codului mare, în cadrul căruia este subsumat codul 45221100-3 - lucrări de construcții pentru poduri sau analogul acestuia, respectiv 45221110-6 - lucrări de construcții pentru poduri, reținem că, potrivit art. 4 din OUG nr. 34/2006, „Contractul de lucrări este acel contract de achiziție publică care are ca obiect: a) fie execuția de lucrări legate de una dintre activitățile cuprinse în anexa I sau execuția unei construcții, b) fie atât proiectarea, cât și execuția de lucrări legate de una dintre activitățile cuprinse în anexa 1 sau atât proiectarea, cât și execuția unei construcții, c) fie realizarea prin orice mijloace a unei construcții care corespunde necesității și obiectivelor autorității contractante, în

măsura în care acestea nu corespund prevederilor lit. a) și b) în sensul prevederilor alin. (1), prin construcție se înțelege rezultatul unui ansamblu de lucrări de construcții de clădiri sau lucrări de geniu civil, destinat să îndeplinească prin el însuși o funcție tehnică sau economică".

Întrucât obiectul achiziției organizate de subscrisul (lucrări specifice drumurilor - județene) nu se subscrie nici ipotezei reglementate la lit. a) [deoarece nu implică „execuția unei construcții” și nici lucrări de construcții prevăzute în Anexa 1 la ordonanța, ambele specifice imobilelor], nici ipotezei reglementate la lit. b) [deoarece achiziția nu implică și servicii de proiectare], se constată că singura ipoteză care se găsește incidența este cea consemnată la lit. c). Pornind de la această realitate dată, trebuie clarificat dacă și în ce măsură se impunea consemnarea tuturor codurilor CPV în anunțul de intenție.

Pentru a răspunde la această întrebare, se impune să se clarifice ce se înțelege prin noțiunea de „lucrări similare.” Doctrina de specialitate a definit noțiunea de „lucrări similare” ca fiind „acele lucrări de construcții care sunt grupate, în conformitate cu CPV în aceeași clasă elementară”.

În conformitate cu art. 2 alin. (1) din OG nr. 43/1997 privind regimul drumurilor, cu modificările și completările ulterioare, „drumurile fac parte din sistemul național de transport”, iar în conformitate cu alin. (3) din aceeași ordonanță, „fac parte din drum: ampriza și zonele de siguranță, podurile, podețele, viaductele, pasajele denivelate, zonele de sub pasajele rutiere, tunelurile, construcțiile de apărare și consolidare, trotuarele, pistele pentru cicliști, locurile de parcare, opriri și staționare, bretelele de acces, indicatoarele de semnalizare rutieră și alte dotări pentru siguranța circulației, spațiile de serviciu sau control, spațiile cuprinse în triunghiul de vizibilitate din intersecții, spațiile cuprinse între autostrada și/sau drum și bretelele de acces, terenurile și plantațiile din zona drumului, mai puțin zonele de protecție”

Obiectul achiziției care a făcut obiectul verificărilor 1-a constituit „Reabilitare drum județean DJ12J Covasna - Zăbala - Imeni - Cătălina - Tg. Secuiesc, Km 32 + 000 - 49 + 100, județul Covasna.” (cod CPV 45233142-6 Lucrări de reparare a drumurilor - Rev 2).

Anunțul de intenție, formularul standardizat, cuprinde o secțiune destinată clasificării CPV. Această secțiune cuprinde, la rândul său, două subsecțiuni, respectiv una destinată obiectului principal și una destinată obiectului suplimentar. La rândul său, obiectul suplimentar cuprinde două tipuri de vocabular (principal și suplimentar - după caz).

Pentru a putea reține necesitatea completării atât a obiectului principal, cât și a obiectului suplimentar, ar fi trebuit ca obiectul achiziției organizate de subscrisul să fie unul complex, compus. Or, obiectul achiziției organizate de subscrisul 1-a constituit strict „reabilitare drum județean”. Întrucât „reabilitarea drumului județean” cuprinde, în chiar noțiunea sa, inclusiv reabilitarea podurilor, orice „imputare” a neconsemnării (și) codului de reparare a podurilor este, dacă ne putem permite să facem o astfel de asociere, un „pleonasm”.

Prin urmare, achiziția nu are și nu poate avea decât un obiect principal, reprezentat de lucrările de reparare a drumurilor, lucrări care cuprind inclusiv cele privind repararea podurilor.

Întrucât logic și firesc întrebarea care poate fi ridicată este aceea: «atunci de ce la nivelul anunțului de participare s-a consemnat și CPV specific, podurilor, dacă apreciați că este un „pleonasm”», înțelegem să preîntâmpinăm o astfel de chestiune arătând că motivația subscrisului a fost de a reliefa, chiar dacă inutil, faptul că lucrările de reparare a drumurilor implică pe lângă podețe, viaducte, pasaje denivelate, tuneluri s.a. și poduri. În măsura în care CPV ar fi explicitat mai pe larg toate lucrările specifice lucrărilor de reparare a drumurilor, probabil că subscrisul ar fi enumerat mult mai multe CPV specifice diviziunii, respectiv grupei în discuție.

De altfel, având în vedere că CPV se bazează pe o structura ramificată de coduri de pana la noua cifre, cărora le corespunde o denumire ce descriu produsele, lucrările sau serviciile care reprezintă obiectul contractelor de achiziție publică, cum și faptul că subscrisul am asigurat vizita în teren, nu se poate susține că operatorii economici au fost puși în dificultate ori că au fost împiedicați în participarea la procedura, mai cu seama că o astfel de teză este contrazisă de faptul vizitării amplasamentului de nu mai puțin de 19 operatori economici din țara și din afara spațiului național (ceea ce clar nu este puțin). Este locul să precizăm că rolul CPV este strict de depășire a barierelor lingvistice, iar nu pentru alt motiv.

Așadar, întrucât suntem în prezența unui singur obiect principal, iar nu și în prezența unui obiect suplimentar, nu se poate susține că reclamantul a încălcat obligația care-mi incumba, mai cu seama că nu s-a făcut dovada încălcării principiului transparenței, respectiv împiedicarea în participarea la procedura, ci, dimpotrivă.

De altfel, reținând și existența formularului standardizat, constatăm, în principal, că secțiunea care reglementează obiectul principal conferă posibilitatea completării unui singur cod CPV, iar, subsidiar, că secțiunea destinată obiectului suplimentar, care cuprinde, într-adevăr, mai multe rubrici, nu putea fi completată atât timp cât obiectul achiziției nu era însoțit de un obiect suplimentar.

În privința secțiunii destinate obiectului principal, așa cum am precizat și în cadrul cererii introductive, pe lângă vocabularul principal, într-adevăr, emitentul a prevăzut și vocabularul suplimentar, însă, în cauza, acesta nu putea fi completat, deoarece, aparte de faptul că nu este o obligație, el este utilizat pentru a completa descrierea obiectului contractului de achiziție/pentru efectuarea de precizări suplimentare privind natura sau destinația specifică bunurilor ce urmează a fi achiziționate, cerința ce, categoric, nu este întrunită în cauza.

În concluzie, având în vedere că potrivit CPV, lucrările pentru poduri sunt lucrări incidente și adiacente lucrărilor de reparare a drumurilor, deoarece fac parte din aceeași diviziune (Lucrări de construcții) și grupa (Lucrări de construcții complete sau parțiale și lucrări publice), cum rezultă inclusiv din anexa 1 la OUG nr. 34/2006, precum și faptul că procentul alocat lucrărilor pentru poduri din valoarea totală a contractului este modic (aprox. 6%), nu se poate și nu s-ar putea susține că, neprecizarea în anunțul de intenție și al codului destinat lucrărilor pentru poduri constituie un motiv care să justifice aplicarea corecției financiare, respectiv un motiv care să permită reținerea nesocotirii principiului transparenței.

Cât privește „reținerile” privind ne-precizarea în anunțul de intenție a „datei prevăzute pentru începerea lucrărilor, a duratei contractului, a procedurii de atribuire aplicată, a criteriilor de atribuire și a condițiilor de participare”, se învederează, în primul rând, că reclamantul, la data transmiterii anunțului de intenție, nu le-a cunoscut, nu avea cum să le cunoască (serviciul în această privință fiind externalizat) și nici nu s-a constatat/dovedit contrariul (condiție de aplicare a corecției financiare).

În plus, în privința „duratei contractului”, aparte de faptul evident al necunoașterii întinderii reale a acesteia la momentul trimiterii spre publicare a anunțului de intenție (de către subscrisul, evident), ci, cel mult, a estimării relative a acesteia, remarcăm faptul că, indiferent cum, chiar și în ipoteza în care Pârâtul ar fi dovedit contrariul (deși nu a făcut-o), diminuarea duratei de la 24 de luni la 10 luni nu echivalează cu lipsa mențiunii și nici nu poate fi calificată ca un motiv care a adus atingere principiului transparenței, prin prisma noțiunii atribuite de doctrina de specialitate („aducerea la cunoștința publicului și a părților interesate a tuturor informațiilor referitoare la aplicarea procedurii, în mod complet și explicit”, deci, nu „desăvârșit”). S-ar fi putut susține nesocotirea principiului transparenței în măsura în care informațiile referite nu s-ar fi regăsit în Anunțul de

participare, deoarece, cîta vreme art. 38 alin. (4) din Directiva 2004/18/CE și art. 75 alin. (2) și (3) din OUG nr. 34/2006 a prevăzut obligația publicării tuturor informațiilor „în măsura în care acestea sunt cunoscute” a negat faptul că principiul transparenței ar fi nesocotit atunci cînd informațiile nu sunt cunoscute.

Ceea ce este comun tuturor „informațiilor care nu sunt cuprinse în anunțul de intenție”, consta în faptul că toate cele 6 „rețineri” din Nota nu puteau fi practic menționate în anunțul de intenție, fie pe motiv că acestea nu erau cunoscute (cum sunt cele relative la data prevăzută pentru începerea procedurilor de atribuire, la durata contractului, la procedura de atribuire aplicată, la criteriile de atribuire a contractului și la condițiile de participare), fie nu-si găseau efectiv locul în formularul standardizat (cum sunt cele relative CPV și durata contractului). În privința ultimei situații, se reține că, potrivit OUG nr. 34/2006, în forma avută la data publicării anunțurilor: „Autoritatea contractantă are obligația de a asigura transparența atribuirii contractelor de achiziție publică și încheierii acordurilor-cadru prin publicarea, în conformitate cu prevederile prezentului capitol, a anunțurilor de intenție, de participare și de atribuire, (art.47 alin.1). În cazul contractelor a căror valoare estimată este mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2), autoritatea contractantă are obligația de a include în anunțurile prevăzute la alin. (1) cel puțin informațiile cuprinse în anexa nr. 3A (...) (art. 47 alin. 2)” în conformitate cu Anexa 3A, Anunțul de intenție nu cuprinde vreo secțiune în sensul specificat de Pârât. Așadar, întrucît suntem în prezenta unui formular standard care semnifică, în contextul analizat, "totalitatea prescripțiilor de standardizare; document, act (oficial) în care sunt consemnate aceste prescripții", orice completare adusă formularului de către autoritatea contractantă privind anunțul de intenție este exclusă.

Deci, constatarea relativă la faptul „ne-precizării” în Anunțul de intenție publicat în SEAP și JOUE a cerințelor referite nu subzista în aplicarea corecției financiare, atît pentru că motivul reținut de pârât nu poate fi nicicum subscris pct. 1.12. din OUG nr.66/2011, cît și pentru faptul că aceste informații fie nu erau cunoscute la momentul transmiterii Anunțului de intenție în vederea publicării în SEAP și JOUE, fie nu puteau fi consemnate, practic, la nivelul anunțului, pentru simplul motiv că emitentul (legiuitorul) nu afectează vreo secțiune cu aceasta destinație/cu destinația pretinsă de pârât.

Pentru aceste rațiuni de fapt și de drept Curtea, conform art.18 alin.1 din Legea nr.554/2004 va admite acțiunea principală formulată de reclamantul județul Covasna în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, va anula Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr CA 13720 din data de 22 02 2012 privind contractul de finanțare nr 561 /08 10 2009, cod SMIS nr 5325 „Reabilitare drum județean DJ 121 Covasna-Zabala-Imeni-Catalina-Tg.Secuiesc, km 32+000-49+100, jud Covasna”, Axa prioritară 2 „Îmbunătățirea infrastructurii de transport regionale și locale”, domeniul de intervenție 2.1. „Reabilitarea și modernizarea rețelei de drumuri județene, străzi urbane-inclusiv construcția/reabilitarea șoselelor de centură” și Decizia nr 43 din 12 04 2012 privind soluționarea contestației formulate împotriva acestei Note de constatare.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Admite excepția lipsei calității procesual pasive a Curții de Conturi a României, Autoritatea de Audit. Respinge acțiunea principală formulată de reclamantul județul Covasna în contradictoriu cu pârâta Curtea de Conturi a României, Autoritatea de Audit, cu sediul în București, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, și-n consecință:

Anulează Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr CA 13720 din data de 22 02 2012 privind contractul de finanțare nr. 561/08 10 2009, cod SMIS nr 5325 „Reabilitare drum județean DJ 121 Covasna-Zabala-Imeni-Catalina-Tg Secuiesc, km 32+000-

49+100, jud. Covasna „, Axa prioritară 2 „Îmbunătățirea infrastructurii de transport regionale și locale „Domeniul de intervenție 2.1. „Reabilitarea și modernizarea rețelei de drumuri județene, străzi urbane-inclusiv construcția/reabilitarea șoselelor de centura” și Decizia nr 43 din 12 04 2012 privind soluționarea contestației formulate împotriva acestei Note de constatare.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, astăzi 07.12.2012.

TRIBUNALUL COVASNA
SENTINȚA CIVILĂ NR.2572
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 25 OCTOMBRIE 2013

Pe rol fiind pronunțarea asupra acțiunii în contencios administrativ formulată de reclamantul Municipiul Sf. Gheorghe prin Primar în contradictoriu cu pârâatul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Regional 2007-2013, având ca obiect „anulare act administrativ”. La apelul nominal făcut în ședința publică de astăzi se constată lipsa părților. Procedura de citare legal îndeplinită. S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință, după care: Dezbaterile asupra cauzei de față au avut loc în ședința publică din 11 octombrie 2013 susținerile părților fiind consemnate în încheierea de ședință din aceea zi, încheiere care face parte integrantă din prezenta sentință, iar instanța în vederea deliberării a amânat pronunțarea asupra cauzei la data de 18 octombrie 2013 și apoi la 25 octombrie 2013.

TRIBUNALUL

I. Prin *acțiunea* formulată la data de 13.09.2012 și înregistrată pe rolul Tribunalului Covasna sub nr. 2392/119/2012 reclamanta MUNICIPIUL SFÂNTU GHEORGHE prin Primar a chemat în judecată pe pârâta MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI - Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Regional 2007- 2013 solicitând instanței ca prin hotărârea ce o va pronunța să dispună anularea măsurii de corecție financiară aplicată autorității contractante UAT Municipiul Sfântu Gheorghe referitor la Contractul de finanțare SMIS 7716 nr. 1180/18.12.2010 încheiat în cadrul Programului Operațional Regional 2007-2013 pentru proiectul „Crearea și amenajarea spațiilor verzi din Str. Cimitirului Municipiul Sfântu Gheorghe”, cu obligarea pârâtei la plata cheltuielilor de judecată.

În motivarea acțiunii se arată că, în fapt, prin adresa nr. 25570/08.05.2012 Direcția Generală de Plăți și Autorizare Programe din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului a informat reclamanta cu privire la faptul că în data de 24.04.2012 s-a autorizat cererea de rambursare nr. 2 în valoare de 169.802,29 lei aferentă contractului de finanțare mai sus arătat, prin aceeași adresă fiind înștiințată reclamanta că suma de 8635,87 lei cu TVA aferent de 2072,61 lei este sumă neeligibilă, iar la rubrica „explicații” se specifică faptul că această sumă reprezintă corecția financiară aplicată *facturii 500363/16.11.2011 emisă de furnizorul S. C. VALDEKIMPEXS.R.L.*

Se arată că adresa de mai sus prin care s-au aplicat corecții financiare de 5% este nelegală în condițiile în care au fost eludate dispozițiile imperative ale art. 21 alin. 13 și art. 27 alin.1 din OUG 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, dispoziții conform cărora ar fi trebuit în mod obligatoriu încheiat un proces verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare ori notă de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, această obligație legală fiind eludată.

Se arată că doar procesul verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanței sau nota de constatare constituie titlu de creanță și se emite în vederea stingerii acestei creanțe, o adresă de informare neputând avea această natură.

De asemenea se arată că reclamanta a contestat măsura aplicată, rezultatele concilierii fiind consemnate în procesul verbal de conciliere din data de 30.07.2012 în sensul respingerii contestației, reținându-se încălcarea prevederilor art. 178 alin.2 din OUG 34/2006.

În drept, se invocă disp. art. 8 alin.I din Legea 554/2004, art. 38 lit.f, art. 21 alin. 13, 19 și 20 și art. 27 alin.I din OUG 66/2011, art. 8 și art. 274 Cpc.

II. În apărare pârâta MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI a depus la dosar la data de 17.10.2012 *întâmpinare* (fila 24) prin care a solicitat respingerea acțiunii ca neîntemeiată.

În motivarea întâmpinării se arată că în cauză nu sunt aplicabile disp. art. 20 și 21 din OUG 66/2011 având în vedere disp. art. 9 din același act normativ, astfel că în mod corect a procedat pârâta la emiterea și comunicarea informării potrivit art. 6 și 9 din OUG 66/2011, actul emis fiind corect denumit și legal emis.

În drept, se invocă disp. OUG 66/2011, Legea 554/2004 și Codul de procedură civilă.

III. Ulterior reclamanta și-a *precizat acțiunea* (fila 137) arătând că înțelege să solicite instanței ca prin hotărârea ce o va pronunța să dispună în sensul celor de mai jos:

- a) anularea înscrisului „informare privind situația cheltuielilor aprobate în cererea de rambursare nr. 2” cu nr. 25570/08.05.2012 precum și a Notei de propunere spre respingere a pretențiilor beneficiarului nr. 57091/01.08.2012 ca fiind nelegale;
- b) Anularea măsurii de corecție financiară aplicată autorității contractante UAT Municipiul Sfântu Gheorghe referitor la contractul de finanțare mai sus arătat.

Cu obligarea pârâtei la plata cheltuielilor de judecată.

În motivarea acțiunii precizate se completează motivele de nelegalitate a actelor atacate, invocându-se și faptul că pârâta a aplicat o corecție financiară întemeiată pe prevederile OUG 66/2011, în condițiile în care acest act normativ a apărut după comunicarea în SEAP a documentației procedurii de achiziție publică, astfel că acest act normativ nu era aplicabil reclamantei raportat la contractul în discuție.

În drept se invocă disp. art. 8 alin.I din Legea 554/2004, art. 38 lit.f, art. 21 alin. 13, 19 și 20 și art. 27 alin.I din OUG 66/2011, art. 8 și art. 274 Cpc.

IV. La data de 10 mai 2013 a fost depusă la dosar o nouă precizare a acțiunii, detaliindu-se motivele de nulitate a actelor contestate, aceasta fiind reluată în mod detaliat ulterior, astfel cum se va reține în cele ce urmează.

V. Prin încheierea din data de 17 mai 2013 instanța a trimis cauza pe cale administrativă spre soluționare Curții de Apel Brașov, iar prin sentința civilă nr. 137/F/04.09.2013 această instanța a declinat competența de soluționare în favoarea Tribunalului Covasna, dosarul fiind înregistrat sub nr. 2392/119/2012*.

VI. În cadrul dosarului Curții de Apel Brașov, reclamanta a depus o nouă precizare a acțiunii, arătând că solicită pronunțarea unei hotărâri prin care să se dispună în sensul celor de mai jos:

- a) Anularea înscrisului ”informare privind situația cheltuielilor aprobate în cererea de rambursare nr. 2” nr. 25570/08.05.2012;
- b) Anularea ”notei de propunere spre respingere a pretențiilor beneficiarului nr. 57091/01.08.2012”;
- c) anularea măsurii de corecție financiară aplicată autorității contractante UAT Municipiul Sfântu Gheorghe referitor la Contractul de finanțare SMIS 7716 nr. 1180/18.12.2010 încheiat în cadrul Programului Operațional Regional 2007- 2013 pentru proiectul „Crearea și amenajarea spațiilor verzi din Str. Cimitirului Municipiul Sfântu Gheorghe”, cu obligarea pârâtei la plata cheltuielilor de judecată.

În motivarea acțiunii astfel precizată se arată, în plus față de motivele deja iterate, că prin formularea cerințelor din fișa de date a achiziției din cadrul procedurii de atribuire a contractului autoritatea contractantă a solicitat ca ofertantul să dispună de capacitate de susținere financiară a lucrărilor pentru 30% din valoarea estimată a lucrărilor și să facă dovada acestei susțineri financiare exclusiv cu extras de cont, contract de linie de credit și contract de depozit, aceste cerințe fiind în concordanță cu art. 176 și art. 178 alin.1 din OUG 34/2006, ele fiind formulate dată fiind natura contractului și complexitatea sa, pentru a putea fi dus la îndeplinire contractul, condițiile întrunit condiția transparenței și fiind menționate în cadrul invitației/anunțului de participare, astfel că sancțiunea corecției financiare aplicată este nejustificată.

În drept invocă dispozițiile legale menționate anterior, respectiv art. 176 și art. 178 alin.1, din OUG 34/2006.

VII. Tribunalul constată că în cadrul dosarului Curții de Apel Brașov, s-a procedat la comunicarea precizării cererii de chemare în judecată, pârâte nedepunând la dosar o completare la întâmpinare prin care să formuleze apărări față de motivele nou invocate prin precizarea acțiunii de către reclamantă.

VIII. În dovedirea acțiunii și respectiv în apărare au fost depuse la dosar *înscrisuri*, respectiv - de către reclamantă - procesul verbal de conciliere nr. 55951/30.07.2012 (fila 7), adresa de notificare nr. 57272/02.08.2012 (fila 8), nota de propunere spre respingere a pretențiilor beneficiarului nr. 5709/01.08.2012 (fila 11), adresa de informare nr. 25570/08.05.2012 cu privire la situația cheltuielilor aprobate prin cererea de rambursare nr. 2 (fila 13), contestația formulată de reclamantă (fila 15), Contractul de finanțare SMIS 7716 nr. 1180/18.12.2010 încheiat în cadrul Programului Operațional Regional 2007-2013 (fila 39), Detaliu invitație de participare (fila 140), Documentația de atribuire a contractului de lucrări (fila 142), fiind de asemenea depusă de pârâtă documentația ce a stat la baza emiterii notei atacate (fila 68 -135 dosar), cuprinzând și lista de verificare a procedurii a atribuire a contractelor de achiziție publică (fila 89 și urm.), contractul de execuție de lucrări nr. 40154/04.08.2011 (fila 104).

Analizând actele și lucrările dosarului, instanța reține următoarele:

IX. *În fapt*, între pârâta MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI - în calitate de Autoritate de Management pentru Programul Operațional Regional 2007-2013 (AMPOR) și reclamanta MUNICIPIUL SFÂNTU GHEORGHE - în calitate de beneficiar - s-a încheiat contractul de finanțare SMIS 7716 nr. 1180/18.12.2010 având ca obiect - conform art. 1 (fila 40) - acordarea finanțării nerambursabile de către AMPOR pentru implementarea Proiectului nr. „Crearea și amenajarea spațiilor verzi din Str. Cimitirului Municipiul Sfântu Gheorghe”, stipulându-se în contract că beneficiarului i se va acorda finanțarea nerambursabilă în termenii și condițiile stabilite prin contractul de finanțare și anexele la acesta, beneficiarul acceptând finanțarea nerambursabilă și angajându-se să implementeze proiectul pe propria răspundere în conformitate cu prevederile cuprinse în contract și cu legislația națională și comunitară în vigoare.

Valoarea contractului a fost de 2.125.412,60 lei potrivit art. 4 din contract, pârâta AMPOR angajându-se să acorde o *finanțare nerambursabilă* de maxim 2.082.904,35 lei echivalentă cu aproximativ 98% din valoarea totală eligibilă a Proiectului.

Instanța reține că mecanismul de acordare a finanțării de către AMPOR, adică a sumei totale acordate pârâtei pentru derularea proiectului constând în „Crearea și amenajarea spațiilor verzi din Str. Cimitirului Municipiul Sfântu Gheorghe”, a fost reglementat detaliat de art. 6 și art. 7 din contract, concretizându-se în plata de către reclamantă a unei *sume inițiale* - adică a unei

prefinanțări, urmând ca ulterior să fie plătite *mai multe tranșe* pe baza cererilor succesive de rambursare depuse de reclamantă, Se reține în continuare că, urmare a formulării de către reclamantă a celei de a doua cereri de rambursare aferentă contractului și a verificării solicitării și a documentației depuse de reclamantă, pârâta a reținut că reclamanta a săvârșit o abatere de la aplicarea prevederilor privind procedurile de achiziție, respectiv a încălcat prevederile art. 178 alin.2 din OUG 34/2006, motiv pentru care a fost emis actul intitulat "informare privind situația cheltuielilor aprobate în cererea de rambursare nr. 2" nr. 25570/08.05.2012 (fila 13), act prin care a fost aplicată reclamantei o *reducere procentuală de 5% din valoarea contractului de achiziție* încheiat de reclamantă în vederea derulării proiectului „Crearea și amenajarea spațiilor verzi din Str. Cimitirului Municipiul Sfântu Gheorghe”, suma acordată ca urmare a cererii de rambursare fiind doar de 169.802,29 lei, iar reducerea financiară aplicată fiind de 8.635,87 lei și TVA de 2.072,61 (fila 13).

Ulterior reclamanta a contestat măsura aplicată, copia contestației fiind depusă la dosar, fiind încheiat procesul verbal de conciliere deus la dosar în prezența reprezentanților ambelor părți, iar pârâta a emis nota de propunere spre respingere a pretențiilor beneficiarului nr. 57091/01.08.2012 depusă la dosar (fila 11). Drept urmare, reclamanta a formulat prezenta acțiune în contencios administrativ prin care a solicitat anularea actului prin care i-a fost adusă la cunoștință reducerea procentuală aplicată de pârâtă, și anume "informarea privind situația cheltuielilor aprobate în cererea de rambursare nr. 2" nr. 25570/08.05.2012 precum și anularea actului emis de pârâtă prin care i-a fost respinsă contestația depusă împotriva acestuia și anume "notei de propunere spre respingere a pretențiilor beneficiarului nr. 57091/01.08.2012" precum și, în esență anularea măsurii de corecție financiară.

X. Soluționând acțiunea, instanța va analiza în primul rând motivul invocat de reclamantă privind inaplicabilitatea prevederilor OUG 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora raportat la data încheierii contractului de lucrări, iar în acest sens se reține că, într-adevăr, dispozițiile ordonanței au intrat în vigoare la data de 29 iunie 2011, ulterior datei transmiterii în SEAP a invitației de participare din data de 21 iunie 2011 (fila 140), astfel cum a arătat reclamanta, însă acest aspect nu prezintă relevanță din perspectiv aplicabilității în cauză a prevederilor ordonanței pentru următoarele considerente.

Astfel, reținându-se că reclamanta invocă inaplicabilitatea ordonanței raportat la încheierea contractului de achiziții publice, iar nu la data încheierii contractului de finanțare (18.10.2010) se va avea în vedere că potrivit art. 1 alin. 1 din ordonanță, acest act normativ reglementează activitățile de prevenire, de constatare a neregulilor, de stabilire și de recuperare a creanțelor bugetare rezultate din neregulile apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, precum și de raportare a neregulilor către Comisia Europeană sau către alți donatori internaționali.

Raportând dispoziția de mai sus la definițiile cuprinse în art. 2 lit. h și i se reține, în esență, că obiectul de reglementare al ordonanței vizează activitatea de control și investigare desfășurată de autoritățile competente în vederea stabilirii existenței unei nereguli, respectiv activitatea prin care se stabilește și se individualizează obligația de plată rezultată din neregula constatată, prin emiterea unui titlu de creanță.

Ca atare, OUG 66/2011 reglementează procedura de verificare și control, iar nu condițiile de formă și de fond pe care trebuie să le respecte beneficiarii finanțărilor la încheierea contractelor de achiziție publică, astfel că ordonanța va fi aplicabilă, din punct de vedere al procedurii de verificare și contractelor de finanțare și respectiv contractelor de achiziții publice încheiate anterior intrării sale în vigoare sau, în ceea ce privește a doua categorie, cu privire la care derularea procedurii de

achiziție publică s-a derulat anterior intrării în vigoare a ordonanței, cu o excepție reglementată expres de legiuitor în art. 63 potrivit căruia - prevederile secțiunii a 2-a la cap. II se vor aplica contractelor/acordurilor/deciziilor/ordinelor de finanțare încheiate după intrarea în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, rațiunea fiind aceea că aceste prevederi reglementează reguli în materia conflictului de interese la încheierea contractului de finanțare, reguli ce țin de valabila încheiere a contractului și care nu pot avea efect retroactiv (în sensul că nu se poate pretinde părților din contractul de finanțare să fi respectat anumite reguli care nu erau prevăzute la momentul încheierii contractului).

Concluzionând, instanța constată că procedura constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare, adică procedura de verificare a legalității acordării finanțării reglementată de OUG 66/2011 se aplică și contractelor de finanțare încheiate anterior intrării în vigoare a ordonanței, din această perspectivă fiind esențial a se reține că verificările ulterioare vizează respectarea de către beneficiar a respectării unor prevederi care erau în vigoare la data derulării procedurii de achiziție publică, și anume OUG 34/2006, astfel că, raportat la cazul de față, nu se poate reține că s-ar fi stabilit în sarcina în reclamantei încălcarea unor norme care nu erau în vigoare la data derulării procedurii de achiziție publică.

XI. În ceea ce privește al doilea motiv invocat de reclamantă, și anume încălcarea condițiilor de formă cu privire la actul prin care s-a aplicat reducerea financiară de 5%, se constată că reclamanta a invocat nerespectarea art. 21 alin.3 și a art. 27 alin.1 din OUG 66/2011, arătându-se că în cauză ar fi trebuit emise în mod obligatoriu un proces verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a unei creanțe bugetare sau o notă de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, ceea ce nu s-a întâmplat, fiind emisă doar o notă de informare, iar pârâta s-a prevalat de dispozițiile cuprinse în art. 6 și 9 din OUG 66/2009 astfel că în mod legal a fost emisă doar o informare.

Sub acest aspect, instanța va analiza motivul de nulitate invocat de reclamantă pornind de la cuprinsul actului emis de pârâtă, act intitulat "informare privind situația cheltuielilor aprobate în cererea de rambursare nr.2", iar în acest sens se constată că actul începe prin a "informa" reclamanta cu privire la constatarea unei abateri de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare, aducându-i-se acesteia la cunoștință aplicarea unei "reduceri procentuale din sumele solicitate la plată de către beneficiar", specificându-se expres că măsura aplicată constă într-o "reducere procentuală de 5% la valoarea contractului conform pct.2.3. din Anexa la OUG 66/2011", în partea finală a informării menționându-se de asemenea că măsura aplicată constă în "reducere procentuală".

Ca atare, o primă observație vizează faptul că măsura aplicată nu a constat în aplicarea unei "corecții financiare" astfel cum aceasta este definită de art. 2 lit.o din OUG 66/2011, ci în aplicarea unei „reduceri procentuale”, temeiul de drept invocat expres de emitentul informării în cuprinsul actului reprezentându-l art. 6 și 9 din OUG 66/2011.

În acest sens, se va avea în vedere că potrivit art. 6 alin.1 din Ordonanță - autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația de a exclude integral sau parțial de la rambursarea cheltuielilor efectuate și declarate de beneficiari acele cheltuieli care nu respectă condițiile de legalitate, regularitate ori conformitate stabilite prin prevederile legislației naționale și comunitare în vigoare, în situația în care - în procesul de verificare a solicitărilor de plată - acestea determină existența unor astfel de cheltuieli, iar conform alin.3, în aplicarea prevederilor de mai sus autoritățile au obligația aplicării de "reduceri procentuale din sumele solicitate la plată de către beneficiari", alineatele 4 și 5 făcând de asemenea referire la măsura "reducerii procentuale" (care se efectuează în funcție de gradul de realizare a indicatorilor/obiectivelor, în

conformitate cu procedurile specifice stabilite de fiecare autoritate cu competențe în gestionarea fondurilor europene).

Or, în conformitate cu art. 9 din OUG 66/2011, pentru cheltuielile incluse în solicitările de plată ale beneficiarilor care nu respectă condițiile de legalitate, regularitate sau conformitate nu se aplică procedura de constatare a neregulii prevăzută la art. 21. rezultând prin urmare că într-o atare situație nu se emite proces-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare sau notă de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, această obligație cu privire la forma actului fiind reglementată pentru aplicarea măsurii corecției financiare, astfel cum aceasta este definită de art. 2 lit.o din OUG 66/2011.

Prin prisma acestor considerente, reținând că în cadrul aplicării reducerii procentuale nu se emite proces verbal sau notă de constatare a neregulii, astfel cum se emite în cazul aplicării corecției financiare, rezultă că, din punct de vedere al formei, actul emis de pârâtă nu încalcă prevederile OUG 66/2011.

XII. Pe fond instanța reține că motivul aplicării reducerii procentuale l-a constituit săvârșirea unei abateri de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice aferente contractului de lucrări nr. 4054/04.08.2011 încheiat cu S.C. VALDEK IMPEX S.R.L. reținându-se încălcarea prevederilor art. 178 alin.2 din OUG 34/2006 privind achizițiile publice și a art. 8 din HG 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor OUG 34/2006.

Astfel s-a reținut în informarea emisă că, în urma verificării achiziției aferente contractului de execuție de lucrări mai sus arătat s-a constatat faptul că "beneficiarul a solicitat în fișa de date pentru dovedirea situație: economico financiare prezentarea în mod *exclusiv* a unor documente din care să rezulte o capacitate de susținere financiară pentru 30% din valoarea estimată a contractului", arătându-se că, în conformitate cu Anexa la OUG 66/2011-pct.2.3. se impune aplicarea unei reduceri procentuale de 5% din valoarea contractului de lucrări pentru încălcarea principiului tratamentului egal.

Tribunalul va reține că textul legal din cuprinsul OUG 66/2011 potrivit căruia a fost reținută abaterea îl reprezintă *pct.2.3. din Anexa la acest act normativ, abatere care constă - conform normei citate - în "aplicarea unor criterii de calificare și selecție și/sau a unor criterii de atribuire (factori de evaluare) nelegale", descrierea abaterii fiind următoarea: "aplicarea unor criterii de calificare și selecție sau a unor factori de evaluare care împiedică anumiți ofertanți potențiali să participe la procedura de atribuire din cauza restricțiilor prevăzute în documentația de atribuire"* textul oferind și exemple în acest sens, și anume obligația de a avea deja o reprezentanță în țară sau în regiune ori stabilirea unor standarde tehnice prea specifice care favorizează un singur operator.

2. Reținând care este abaterea reținută în sarcina reclamantei, abatere care conform pct.2.3 din Anexa la OUG 66/2011 se sancționează prin aplicarea unei reduceri sau reduceri / corecții de 10% care poate fi diminuată cu 5% în funcție de gravitate, instanța va analiza fapta reținută în sarcina reclamantei în calitate de beneficiar al finanțării, sens în care se reține că potrivit pct.V.3 din Documentația de atribuire a contractului de lucrări (fila 148) reclamanta, în calitate de autoritate contractantă, a stabilit, în cadrul criteriilor de calificare și selecție a ofertanților, la capitolul "informații privind situația economico financiară," condiția prezentării exclusive a unor documente din care să rezulte o capacitate de susținere financiară a lucrărilor de către constructor pentru 30% din valoarea estimată fără TVA, urmând ca ofertantul prezinte pentru îndeplinirea acestei cerințe în mod exclusiv următoarele documente: extras de cont în care suma disponibilă să fie de minim 30% din valoarea estimată fără TVA, contract linie de credit însoțită de extras de cont din care să rezulte

un disponibil care să acopere valoarea de minim 30% din valoarea estimată, respectiv contracte de depozit pe numele ofertantului însoțit de extras de cont similar”.

Totodată, s-a prevăzut ca este permisă cumularea celor trei metode de prezentare, cu mențiunea că extrasele de cont trebuie prezentate pentru aceeași dată, nefiind însă acceptate alte dovezi de atestare a capacității financiare, de exemplu scrisori de bonitate, scrisori de confort, adrese de atestare din partea băncilor. De asemenea, s-a specificat în mod expres că ofertanții care nu vor prezenta capacitatea de susținere financiară în modul solicitat vor fi excluși.

3. Stabilind în ce măsură aceste prevederi din documentația de atribuire reprezintă ”un criteriu de calificare și selecție discriminatoriu” în sensul celor reținute în informarea prin care a fost aplicată reducerea procentuală, instanța va avea în vedere, în drept, că potrivit art. 178 alin.2 din OUG 34/2006 privind achizițiile publice (invocat de emitent) - Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor *cerințe minime* feritoare la *situația economică și financiară și/sau* la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la *restricționarea* participării la procedura de atribuire.

Totodată, potrivit art. 179 alin.1 din OUG 34/2006 - Autoritatea contractantă are obligația de a respecta *principiul proporționalității* atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă *cu obiectul contractului* care urmează a fi atribuit. În acest sens, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la *cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv*, luând în considerare exigențele specifice *impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia*.”

În sensul celor de mai sus, art. 8 din HG 925/2006 pentru aprobare normelor de aplicare a prevederilor OUG 34/2006 (de asemenea invocate de eminent) prevede că ”Autoritatea contractantă nu are dreptul de a *restricționa* participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care: a) *nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului* de achiziție publică ce urmează să fie atribuit sau b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea *contractului* de achiziție publică ce urmează să fie atribuit”, iar articolul 9 din HG 925/2006 prezumă Caracterul disproporționat al cerințelor minime de calificare, prin raportare la natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, în anumite situații prevăzute cu titlu exemplificativ la literele a-e ale acestui text legal, la care se face referire în continuare.

În concluzie, cerințele minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea lor trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului raportat la valoarea, natura și complexitatea sa, iar pentru calificarea lor drept cerințe restrictive este necesar ca exigențele impuse să *nu prezinte relevanță* sau ca acestea să *fie disproporționate*, ambele condiții raportându-se la natura și complexitatea contractului.

În cauza de față, instanța constată că abaterea reținută de autoritate a vizat caracterul restrictiv al criteriilor de calificare și selecție referitoare la situația economică și financiară a ofertantului prevăzute la art. 176 lit.c din OUG 34/2006, în acest sens art. 7 din HG 925/2006 stipulând că cerințele de calificare și selecție, astfel cum sunt prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.

În sensul celor de mai sus, art. 184 alin. 1 din OUG 34/2006 prevede că autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ca operatorul economic care participă la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică să facă dovada situației sale economice și financiare.

Prin urmare, o concluzie care se impune privește faptul că autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertantului să facă dovada că, în cazul în care îi va fi atribuit contractul, acesta va avea capacitatea de a executa efectiv obligațiile contractuale.

4. Din această perspectivă tribunalul constată că impunerea unei cerințe prin care se solicită ofertantului să facă dovadă unei capacități de susținere financiară a lucrărilor pentru 30% din valoarea estimată fără TVA reprezintă o exigență rezonabilă din partea autorității contractante, scopul fiind acela de a se evita situația în care se atribuie contractul unui ofertant ca nu are în mod efectiv o capacitate financiară care să îi permită să finalizeze lucrările contractate sau să le execute în conformitate cu prevederile contractului.

Instanța va reține că cerința minimă impusă de dovedire a unei capacități economice și financiare de 30% din valoarea contractului prezintă relevanță raportat la natura și complexitatea contractului, în condițiile în care obiectul acestuia a vizat crearea și amenajarea unor spații verzi pe o stradă din Municipiul Sfântu Gheorghe, lucrare care a presupus efectuarea de lucrări de amenajare descrise în listele cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări depusă la dosar (fila 112 și următoarele), fiind relevant dacă ofertantul a putut face dovada că dispune de disponibilități financiare pentru a putea începe executarea lucrării, în condițiile în care, potrivit contractului, plata acestora de achizitor putea fi făcută în termen de 12 luni de la depunerea facturilor.

Pe de altă parte, tribunalul constată că o astfel de cerință nu poate fi calificată drept disproporționată raportat la natura și complexitatea contractului, având în vedere că s-a solicitat o capacitate financiară minimă, cuantificată prin raportare la mai puțin de jumătate din valoarea estimată a contractului, procentul de 30% fiind unul rezonabil față de specificul contractului de lucrări contractat și fiind de natură să ofere garanții pentru o derulare ulterioară corespunzătoare a contractului, concluzia de mai sus desprinzându-se și din compararea și raportarea acesteia la cazurile prezentate exemplificativ de legiuitor în art. 9 literele a-e din HG 925/2006, cazuri ce califică drept restrictive cerințe precum obligația de a face dovada executării anterioare a unor lucrări similare care au avut o valoare totală *mai mare* decât cea estimată în contractul dedus judecătii (litera a) ori o valoare a cifrei de afaceri *mai mare decât dublul valorii estimate* din contract (litera b), raportat la aceste valori un prag minim de 30% fiind evident unul rezonabil ce nu poate fi calificat drept disproporționat și cu atât mai puțin restrictiv.

De asemenea, analizând cazul reglementat de art. 9 lit.c din HG 925/2006, chiar dacă actul emis nu face vreo referire la acesta, se constată că nu este incidentă în cauză ipoteza în care legea prevede că nu este necesară demonstrarea unui nivel minim al indicatorului financiar "lichiditate generală", având în vedere că în speță contractul atribuit de reclamantă are o durată de îndeplinire mai mare de 3 luni, termenul de finalizare fiind de 14 luni potrivit clauzei 3.3. din contract (fila 104), iar pe de altă parte nu este vorba despre un contract cu executare succesivă având o durată mai mare de 3 luni, dar pentru care plățile aferente prestațiilor să se fi efectuat la intervale mai mici de 60 de zile de la data efectuării acestora, având în vedere că potrivit art. 14 din contract plata către executant s-a stipulat a se efectua în termen de 12 luni de la depunerea facturilor de către executant.

Totodată, tribunalul reține că pentru un contract care nu se încadrează în categoriile de la litera c analizate anterior, art. 9 lit.d din HG 925/2006 prevede că are caracter disproporționat o cerință prin care se solicită ofertantului să facă dovada indicatorului financiar "lichiditate generală" *mai mare decât cota de 100%*, fiind evident aspecte față de care instanța constată în cauză că o cerință minimă care vizează un prag de minim 30% cât privește capacitatea financiară nu poate fi calificată

drept disproporționată, nefiind de natură a limita accesul ofertanților la procedura de achiziție publică și fiind în concordanță cu principiul eficienței utilizării fondurilor publice statuat de art. 2 din OUG 34/2006.

5. În ceea ce privește însă cerința de a se prezenta în mod exclusiv anumite documente în vederea dovedirii capacității financiare, tribunalul va avea în vedere că art. 185 alin.1 din OUG 34/2006 - *care se referă la condițiile privind situația economică financiară examinate de autoritatea pârâtă* - prevede că demonstrarea situației economice și financiare se realizează, după caz, prin prezentarea *unuia sau mai multor documente relevante*, textul indicând exemplificativ (se folosește sintagma "cum ar fi") care are putea fi astfel de documente, de exemplu declarații bancare corespunzătoare sau, după caz, dovezi privind asigurarea riscului profesional, bilanțul contabil sau extrase de bilanț, declarații privind cifra de afaceri globală sau, dacă este cazul, privind cifra de afaceri în domeniul de activitate aferent obiectului contractului într-o perioadă anterioară.

De asemenea, conform art. 185 alin.1 din OUG 34/2006 în cazul în care, din motive obiective, justificate corespunzător, operatorul economic nu are posibilitatea de a prezenta documentele solicitate de autoritatea contractantă, acesta are dreptul de a-și demonstra situația economică și financiară și *prin prezentarea altor documente* pe care autoritatea contractantă le poate considera edificatoare, în măsura în care acestea reflectă o imagine fidelă a situației economice și financiare a candidatului/ofertantului.

Totodată, potrivit art. 186 alin.1 din OUG 34/2006 - capacitatea economică și financiară a ofertantului/candidatului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract, și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă, iar în acest caz se va prezenta un angajament ferm al persoanei respective, încheiat în formă autentică, prin care aceasta confirmă faptul că va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele financiare invocate, fiind obligatoriu cu persoana care asigură susținerea financiară să nu se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor art. 180.

Din ansamblul acestei reglementări legale tribunalul reține că dovada capacității economico financiare se realizează, ca regulă, prezentarea unuia sau mai multor documente relevante, enumerate exemplificativ de legiuitor, textul alin 2 reglementând și însă posibilitatea prezentării altor documente care reflectă o imagine fidelă a situației economice și financiare a candidatului/ofertantului. De asemenea, se constată că legislația achizițiilor publice prevede în mod expres posibilitatea susținerii capacității financiare de către un terț, care se oferă în mod ferm să pună la dispoziția ofertantului resursele financiare invocate prin prezentarea unui angajament încheiat în formă autentică, adică a unui act autenticat de un notar public, autoritatea contractantă procedând la verificarea terțului pentru a se stabili dacă acesta se află în vreuna dintre situațiile care determină excluderea din procedura de atribuire.

Instanța va reține astfel că legiuitorul a reglementat explicit modalitatea în care se probează Capacitatea economico financiară de către ofertant, iar potrivit prevederilor art. 11 alin.2 din HG 925/2006, care detaliază, la rândul lor art. 8 invocat în informarea emisă de pârâtă, documentele solicitate nu trebuie să limiteze posibilitatea ofertantului/candidatului de a demonstra îndeplinirea criteriilor de calificare și prin alte mijloace, în măsura în care acestea pot fi considerate edificatoare de către autoritatea contractantă, în același sens art. 179 din OUG 34/2006 prevăzând că. documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia.

Or, în cauza de față, se constată că reclamanta, în calitate de autoritate contractantă, a prevăzut în cadrul documentației de atribuire că în mod exclusiv dovedirea capacității economice și financiare se poate realiza doar cu trei categorii de documente, respectiv extras de cont, contract linie de credit sau contract de depozit însoțit de extras de cont similar, arătându-se în mod expres că nu sunt acceptate alte dovezi de atestare a capacității financiare, de exemplu scrisori de bonitate, scrisori de confort, adrese de atestare din partea băncilor.

Față de modul în care a fost prevăzută această cerință cu privire la documentele necesare pentru dovedirea capacității economice și financiare se constată că autoritatea contractantă a limitat în mod evident și nepermis de OUG 34/2006 posibilitatea ofertanților de a demonstra îndeplinirea cerințelor de calificare, în condițiile în care s-a exclus în mod absolut posibilitatea prezentării altor documente apte a reflecta o imagine fidelă a situației economice și financiare a candidatului/ofertantului, excluderea vizând inclusiv posibilitatea prevăzută expres de legiuitor de susținere a capacității economice și financiare de către un terț.

Se constată astfel că, prin impunerea acestei cerințe - restrictivă prin însuși modul său de formulare - nu s-a permis ofertanților să prezinte și alte categorii de documente, fiind încălcat dreptul expres prevăzut de art. 185 alin.1 din OUG 34/2006 pentru anumite categorii de operatori economici ca, în cazul în care aceștia - spre deosebire de alții - nu au posibilitatea, din motive obiective, justificate corespunzător, de a prezenta documentele solicitate de autoritatea contractantă, să își poată demonstra situația economică și financiară și prin prezentarea altor documente, în măsura în care acestea reflectă o imagine fidelă a situației economice și financiare.

Or, din această perspectivă, cerința impusă limitativ de depunere exclusiv a celor trei categorii de documente corelativ mențiunii exprese potrivit căreia ofertanții care nu vor prezenta capacitatea de susținere financiară în modul solicitat vor fi excluși, prezintă în mod evident caracter restrictiv și reprezintă o încălcare a principiului tratamentului egal reglementat de art. 2 alin.2 lit.b din OUG 34/2006 privind achizițiile publice, în sensul celor reținute în actul emis de autoritatea de control.

XIII. Pentru aceste motive, reținând că autoritatea pârâtă a reținut în mod legal săvârșirea de către reclamantă a abaterii prevăzute de art. 2.3. din Anexa la OUG 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, instanța constată că acțiunea formulată de reclamantă este neîntemeiată, astfel că, în conformitate cu art. 51 alin.2 din OUG 66/2011 raportat la art. 18 alin.1 din Legea contenciosului administrativ aceasta urmează a fi respinsă ca atare.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge ca neîntemeiată acțiunea formulată și precizată de reclamanta MUNICIPIUL SFÂNTU GHEORGHE prin Primar cu sediul în Sfântu Gheorghe, jud. Covasna împotriva pârâtei MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI - Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Regional 2007-2013 cu sediul în București sector 5.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, azi - 25.10.2013.

CURTEA DE APEL BRAȘOV
SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 132/2012
ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 06 IUNIE 2012

Pentru astăzi fiind amânată pronunțarea asupra acțiunii formulate de reclamantul MUNICIPIUL SFÂNTU GHEORGHE în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare având ca obiect „anulare act administrativ”. La apelul nominal făcut în ședință publică, la pronunțare, se constată lipsa părților. Procedura legal îndeplinită. Dezbaterile în cauza de față au avut loc în ședința publică din data de 22 mai 2012, când părțile prezente au pus concluzii în sensul celor consemnate în încheierea de ședință din acea zi, care face parte integrantă din prezenta, iar instanța în vederea deliberării, în baza art. 260 alin. 1 Cod procedură civilă, a amânat pronunțarea pentru data de 29 mai 2012, apoi la data de 5 iunie 2012 și 6 iunie 2012.

CURTEA ASUPRA ACȚIUNII DE FAȚĂ,

Constată că, prin cererea formulată la data de 20 martie 2012, reclamantul Municipiul Sfântu-Gheorghe a solicitat, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare, anularea deciziei nr. 41/20.12.2011 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare și admiterea contestației formulată de reclamant împotriva notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA81995/03.11.2011, precum și anularea notei de constatare.

În motivarea acțiunii introductive, reclamantul a arătat că, prin actele contestate, conform aprecierilor echipei de control, în cadrul procedurii de atribuire a contractului verificat au fost încălcate prevederile legislației privind achizițiile publice, prin stabilirea ca drept cerințe minime de calificare a unor condiții restrictive, limitând participarea operatorilor economici la procedura de atribuire. Potrivit cerințelor prevăzute în fișa de date a achiziției (Cap. V pct. V.4: Capacitatea tehnică și/sau profesională), autoritatea contractantă a solicitat ca ofertantul să dispună de următorii specialiști: un șef proiect arhitect cu cel puțin 20 de ani experiență de proiectare în construcții; arhitectură și urbanism - 3 persoane cu cel puțin 12 ani experiență de proiectare în construcții. Reclamanta a considerat că nu a fost încălcată legislația privind achizițiile publice cu ocazia stabilirii cerințelor minime de calificare susmenționate, impunerea acestora fiind justificată din punct de vedere al legalității și oportunității. În conformitate cu prevederile art. 176 din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare, printre altele, la capacitatea tehnică și/sau profesională a ofertanților. De asemenea, așa cum reiese din interpretarea prevederilor art. 178 alin. (1) din același act normativ, autoritatea contractantă poate stabili anumite cerințe minime pe care ofertanții trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați (referitor la capacitatea tehnică și/sau profesională), în cazul în care consideră justificată impunerea unor asemenea cerințe minime, cu condiția precizării acestor cerințe în cadrul anunțului de participare. Această condiție a precizării în anunțul de participare, a fost îndeplinită în cadrul procedurii de atribuire a contractului verificat.

Necesitatea impunerii cerințelor minime considerate de echipa de control ca fiind restrictive, a fost motivată de către autoritatea contractantă prin caracterul complex al obiectului contractului, constituind o etapă determinantă din punct de vedere al dezvoltării Municipiului Sfântu-Gheorghe, care necesită o echipă profesională bine pregătită, experimentată în domeniu. Criteriul referitor la experiența specialiștilor reprezintă o exigență reală, respectiv o condiție oportună pentru

îndeplinirea optimă a contractului în cauză, nefiind încălcat nici principiul proporționalității prevăzut la art. 179 din O.U.G. nr. 34/2006. Natura și complexitatea contractului constituie justificări solide și motive întemeiate în vederea impunerii cerințelor solicitate de către autoritatea contractantă, fiind elaborat în acest sens și atașat la dosarul achiziției o notă justificativă, în conformitate cu prevederile legale în materie.

De asemenea, este de menționat faptul că, în conformitate cu prevederile art. 44 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, orice operator economic care avea intenția de a participa la procedura de atribuire a contractului verificat și nu avea angajat în cadrul personalului propriu specialiști cu experiența solicitată în cuprinsul documentației de atribuire, avea posibilitatea de a se asocia cu un alt operator economic, cu scopul de a îndeplini cerințele minime stabilite de către autoritatea contractantă, prin depunerea de ofertă comună. Conform art. 190 alin. (3) din legea susmenționată în cazul depunerii unei oferte comune, capacitatea tehnică și profesională se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. Totodată, potrivit art. 190 alin. (1) și (2) din O.U.G. nr. 34/2006, capacitatea tehnică și profesională a ofertantului putea fi susținută și de o altă persoană, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care acesta confirmă că va pune la dispoziția ofertantului resursele tehnice și profesionale invocate.

Prin urmare, orice operator economic, avea posibilitatea de a recurge la măsuri prevăzute în legislația în materie, în vederea asigurării îndeplinirii cerințelor minime de calificare prevăzute în documentația de atribuire referitor la experiența profesională, în situația în care nu putea îndeplini acestea în mod individual. Mențiunea cuprinsă în nota de constatare în cauză (Cap. 7- Motivele de fapt), potrivit căreia singura justificare prezentată (de către autoritatea contractantă) a fost aceea a complexității deosebite a proiectului, sugerează impunerea unui număr minim de justificări în vederea acceptării motivelor invocate de către autoritatea contractantă. În cuprinsul prevederilor legale în materie nu există însă stabilit un număr minim de justificări necesare în vederea dovedirii necesității cerințelor minime impuse de autoritățile contractante, fiind lăsată la aprecierea acestora impunerea acestora în cazul în care le consideră justificate, nefiind precizat în nici unui text de lege faptul că complexitatea deosebită a obiectului contractului nu ar fi în măsură să justifice o anumită cerință minimă impusă ofertanților.

În acest sens s-au invocat și dispozițiile art. 179 din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit cărora cerințele minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, însă trebuie luată în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia.

Echipa de control și verificare, a considerat că, în vederea justificării deciziei luate de către membrii acesteia, ar fi fost utilă o motivare a experienței solicitate, astfel încât să rezulte că este absolut necesară o vechime minimă de 20, respectiv 12 ani, fiind neacceptabilă o vechime de 19, respectiv 11 ani. În această ordine de idei, reclamanta a considerat că, dacă ar fi fost solicitată o vechime de 19 ani ar fi fost necesară o justificare din care să reiasă de ce nu este acceptabilă o vechime de 18 ani a specialistului, argumentație care ar putea fi continuată și intensificată până la infinit. Totodată, în conformitate cu art. 7 din H.G. nr. 925/2006, criteriile de calificare și selecție au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa este declarată câștigătoare, aspecte care au determinat autoritatea contractantă în sensul impunerii criteriului referitor la experiențele solicitate. Autoritatea contractantă a considerat că reușita îndeplinire a contractului pentru a cărui atribuire a fost organizată procedura în cauză, presupune în mod obiectiv o echipă profesională bine pregătită și experimentată.

De asemenea, este de menționat faptul că, din interpretarea art. 8 al H.G. nr. 925/2006 reiese faptul că, autoritatea contractanta are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a ofertanților prin introducerea unor cerințe minime de calificare care prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului ce urmează să fie atribuit și, totodată sunt proporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.

Complexitatea sarcinii care tace obiectul contractului verificat se desprinde și din enumerarea succintă a detaliilor documentației care trebuia elaborată: reabilitare, modernizare rețele stradale, inclusiv sistemele de utilități (rețele de apă și canalizare, instalații electrice, rețele de distribuție gaze naturale, iluminat public, sistem de management al traficului, pistă pentru bicicliști); amenajare spații verzi (amenajare peisajeră a unei porțiuni a pârâului Debren, amenajare parc pe str. Cimitirului); reabilitare clădire "Cantină socială"; parcări subterane și supra etajate (proponere locații, încadrare în mediul arhitectural urbanistic, folosirea la capacitate maximă a posibilității amenajării parcarilor); reabilitare și amenajare spații pietonale în centrul istoric al mun. Sfântu-Gheorghe; reabilitarea clădirii teatrului din mun. Sfântu-Gheorghe.

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 51 alin. (2) din O.U.G. nr. 66/2011, Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, cu modificările și completările ulterioare, O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, H.G. nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În susținerea cererii, reclamantul a depus la dosarul cauzei înscrisuri. *Pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitar a formulat întâmpinare prin care a solicitat respingerea acțiunii ca nefondată.* În ceea ce privește susținerile reclamantei în sensul neîncălării prevederilor art. 178 alin. 2 și art. 179 din O.U.G. nr. 34/2006 și ale art. 7 și 8 din H.G. nr. 925/2006, a considerat că nu sunt fondate. Referitor la art. 178 alin. 2, dispozițiile acestuia au fost încălcate prin stabilirea drept cerințe minime de calificare a unor vechimi în proiectare în construcții de 20 ani pentru Șef Proiect Arhitect, respectiv 12 ani pentru arhitect Arhitectură și urbanism. Astfel, s-a reținut faptul că prin stabilirea acestor cerințe se restricționează accesul la procedura de atribuire a altor potențiali ofertanți; în ceea ce privește dispozițiile art. 179 din O.U.G. nr. 34/2006, față de motivația superficială cuprinsă în nota justificativă nr. 57/05.01.2009 („importanța și complexitatea serviciului”), reclamanta nu a respectat principiul proporționalității în stabilirea criteriilor de calificare sau în ceea ce privește cerințelor minime pe care ofertanții trebuie să le îndeplinească. Astfel, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia. În acest sens statuează și dispozițiile art. 8 alin. (1), lit. a) din H.G. nr. 925/2006, care interzic autorității contractante să restricționeze participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit. Astfel, autoritatea contractantă avea obligația potrivit prevederilor art. 8 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006, ca atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, printr-o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției. Autoritatea contractantă ar fi putut impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. (1) din ordonanța de urgență, numai în măsura în care ar fi motivat aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care să fie atașată la dosarul

achiziției. Or, atât în documentele analizate de către echipa de control și verificare, cât și în punctul de vedere transmis de către beneficiar, singura justificare prezentată a fost aceea a complexității deosebite a proiectului.

De asemenea, în cauză sunt incidente și dispozițiile art. 5 eligibilitatea cheltuielilor din contractul de finanțare, potrivit cărora cheltuielile sunt considerate eligibile dacă sunt în conformitate cu Hotărârea Guvernului nr. 759/2007 privind regulile de eligibilitate efectuate în cadrul operațiunilor finanțate prin programele operaționale, precum și cele ale articolului 9, pct. 22 din contract: în scopul atribuirii contractelor de servicii, furnizare, execuție lucrări necesare pentru implementarea proiectului care face obiectul prezentului contract, beneficiarul în calitate de autoritate contractantă are obligația de a respecta prevederile legislației naționale în domeniul achizițiilor publice. Nerespectarea acestei obligații conduce la neeligibilitatea cheltuielilor astfel efectuate.

Conform celor menționate mai sus, abaterile de la prevederile legislației naționale și comunitare au fost sancționate și în trecut, fapt ce rezultă din prevederile contractuale, consecința fiind neeligibilitatea acelor cheltuieli care astfel se suportă în proporție de 100% de către beneficiar. În prezent, ținând seama de principiul de drept specialia generalibus derogant, prin aplicarea normei sancționatorii speciale, în cazul constatării încălcării legislației privind achizițiile, în conformitate cu prevederile art. 27 din OUG 66/2011, se emit note de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare. Potrivit dispozițiilor art. 28 din același act normativ, valoarea creanței bugetare stabilită în baza prevederilor art. 27 se calculează prin stabilirea de corecții financiare în conformitate cu prevederile anexei, în speță fiind aplicată o corecție financiară în cuantum de 5%. Reclamanta a acceptat finanțarea nerambursabilă și s-a angajat să implementeze Proiectul pe propria răspundere, în conformitate cu prevederile cuprinse în contract și cu legislația națională și comunitară în vigoare. De asemenea, o condiție esențială pentru ca o cheltuială să fie eligibilă este ca aceasta să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare și contractul de finanțare este un acord cu termeni specifici, privind furnizarea, în anumite condiții, a finanțării nerambursabile pentru acoperirea parțială a costurilor eligibile efectuate în vederea implementării unui proiect. Respectarea legislației este impusă și prin contractul de finanțare (legea părților) eligibilitatea cheltuielilor fiind condiționată de încadrarea în dispozițiile legale. Fondurile externe nerambursabile sunt fonduri publice, fapt ce rezultă din dispozițiile art. 1 alin. (1) din Legea 500/2002 privind finanțele publice, conform cărora prezenta lege stabilește principiile, cadrul general și procedurile privind formarea, administrarea, angajarea și utilizarea fondurilor publice, precum și responsabilitățile instituțiilor publice implicate în procesul bugetar iar la alin.2 litera i) se menționează bugetul fondurilor externe nerambursabile în categoria fondurilor publice. De asemenea, potrivit art. 2 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, aplicabile la momentul derulării procedurii de achiziție scopul prezentei ordonanțe de urgență îl constituie: d) asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice, prin aplicarea procedurilor de atribuire de către autoritățile contractante, iar conform art. 2 alin. (2) principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt: f) eficiența utilizării fondurilor, în concluzie, consecința abaterilor de la prevederile legale este sancționată cu excluderea de la finanțare a cheltuielilor neeligibile.

Analizând actele și lucrările dosarului, instanța constată că acțiunea formulată de reclamant este nefondată.

Potrivit art. 176 din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare numai la:

- a) situația personală a candidatului sau ofertantului;
- b) capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- c) situația economică și financiară;
- d) capacitatea tehnică și/sau profesională;
- e) standarde de asigurare a calității;
- f) standarde de protecție a mediului, în cazurile prevăzute la art. 188 alin. (2) lit. f) și alin. (3) lit. e).

Potrivit art. 7 din H.G. nr. 925/2006, criteriile de calificare și selecție au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa este declarată câștigătoare.

Art. 178 din același act normativ prevede că, în cazul în care, pentru criteriile de natura celor prevăzute la art. 176 lit. c) și d), autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați, atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate, conform principiului transparenței, în cadrul anunțului de participare. Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire.

Art. 179 stipulează obligația autorității contractante de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit. În acest sens, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia.

Art. 8 al H.G. nr. 925/2006 subliniază și el faptul că autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a ofertanților prin introducerea unor cerințe minime de calificare care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului ce urmează să fie atribuit și care sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.

De asemenea, prin art. 9 din H.G. nr. 925/2006 se instituie prezumția legală de încălcare a principiului proporționalității pentru următoarele condiții de calificare:

- a) suma valorilor/cantităților de produse furnizate, servicii prestate și lucrări executate, incluse în contractul/contractele prezentat/prezentate de către operatorul economic ca dovadă a experienței lui similare, să fie mai mare decât valoarea/cantitatea de produse/servicii/lucrări ce vor fi furnizate/prestate/executate în baza contractului care urmează să fie atribuit;
- b) valoarea cifrei de afaceri a operatorului economic să fie mai mare decât valoarea estimată a contractului, multiplicată cu 2;
- c) demonstrarea unui nivel minim al indicatorului financiar «lichiditate generală» în cazul atribuirii unui contract cu durata de îndeplinire mai mică de 3 luni sau în cazul atribuirii unui contract cu executare succesivă, având o durată mai mare de 3 luni, dar pentru care plățile aferente prestațiilor urmează să se efectueze la intervale mai mici de 60 de zile de la data efectuării acestora;
- d) nivelul indicatorului financiar "lichiditate generală" să depășească cota de 100%, în cazul atribuirii unui contract care nu se încadrează în categoria celor prevăzute la lit. c);
- e) demonstrarea unui nivel minim al indicatorului financiar «solvabilitate» în cazul în care operatorul economic a prezentat documente din care să rezulte că nu se află în niciuna dintre situațiile prevăzute la art. 181 lit. a) sau b) din ordonanța de urgență.

Prin urmare, conform dispozițiilor legale în materie, autoritatea contractantă are dreptul de a impune anumite cerințe minime de calificare. Prin stabilirea unor astfel de criterii de calificare și selecție, autoritatea contractantă instituie un filtru preliminar de control prin care urmărește să se asigure că agentul economic are capacitatea și potențialul de a duce la îndeplinire contractul, în

cazul în care va fi declarat câștigător, astfel încât să satisfacă necesitățile autorității contractante. Alături de garanția de bună execuție, cerințele de calificare și selecție constituie un mijloc de prevenire a riscurilor la care este supusă autoritatea contractantă în raport cu operatorii economici în derularea contractelor de achiziție publică.

Acest drept al autorității contractante de a se proteja de riscuri este recunoscut de legiuitor, însă el nu poate fi exercitat în mod discreționar. Întinderea sa este limitată doar la acele cerințe care derivă din natura și complexitatea contractului care urmează să fie atribuit și a căror aplicare nu au ca efect eliminarea din competiție a unor operatori economici care au capacitatea și seriozitatea de a satisface necesitatea care face obiectul achiziției publice.

Autoritatea contractantă nu este obligată prin lege să impună cerințe de calificare și selecție, rămânând la latitudinea sa dacă ia sau nu ia măsuri de protecție contra riscurilor prin instituirea unor cerințe de calificare și selecție. Dacă stabilește însă anumite cerințe minime, ea trebuie să respecte dispozițiile legale ante-menționate, precum și principiile esențiale prevăzute de art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006: nediscriminarea, tratamentul egal și proporționalitatea.

Mai mult, art. 8 alin. 2 din H.G. nr. 925/2006 impune autorității contractante ca, atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, printr-o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției

În speța de față, potrivit cerințelor prevăzute în fișa de date a achiziției (Cap. V pct. V.4: Capacitatea tehnică și/sau profesională), reclamanta autoritate contractantă a solicitat ca ofertantul să dispună de următorii specialiști: un șef proiect arhitect cu cel puțin 20 de ani experiență de proiectare în construcții; arhitectură și urbanism - 3 persoane cu cel puțin 12 ani experiență de proiectare în construcții. Motivarea autorității contractante este aceea că „aceste solicitări și recomandări sunt importante având în vedere că serviciile solicitate necesită un grad înalt de competitivitate în domeniul achizițiilor și a accesării de fonduri externe” (fila 47 dosar).

Analizând actele dosarului, curtea de apel constată că în mod corect s-a reținut prin actele contestate, că reclamanta nu a respectat principiul proporționalității în stabilirea criteriilor de calificare sau în ceea ce privește cerințele minime pe care ofertanții trebuie să le îndeplinească, față de motivația superficială cuprinsă în nota justificativă nr. 57/05.01.2009 („importanța și complexitatea serviciului”). Singura justificare prezentată a fost aceea a complexității deosebite a proiectului.

O atare motivare nu răspunde exigențelor legiuitorului. Necesitatea selectării riguroase a ofertanților explică tendința acestuia de a permite autorității contractante să fixeze în mod liber cerințele minime de calificare pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. Însă, așa cum s-a arătat anterior, acest drept nu trebuie exercitat discreționar. Prin cerințele de calificare și selecție se restrânge concurența, astfel că prin cerințele impuse de autoritatea contractantă este necesar ca această restrângere trebuie să fie minimă și ea trebuie justificată cu seriozitate.

Așa cum s-a arătat în doctrină și jurisprudență, prin respectiva notă justificativă, autoritatea contractantă trebuie să facă dovada că a introdus doar criterii relevante și proporționale cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit și că scopul introducerii acestor criterii este doar acela de a se proteja de anumite riscuri ce pot apărea ca urmare a neintroducerii acestor cerințe. De asemenea, să rezulte că introducerea respectivelor cerințe nu încalcă principiile prevăzute la art. 2 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006.

Prin urmare, cerințele minime stabilite de reclamantă cu privire la capacitatea tehnică și/sau profesională trebuiau să îndeplinească anumite condiții (ce nu se regăsesc însă în cauza de față): să fie raportate la un anumit risc privind neîndeplinirea contractului, să aibă ca efect eliminarea riscului respectiv, să fie stabilite la limita minimă la care își produce efectele pentru care au fost introdusă cerința.

Impunerea drept cerințe minime de calificare a unor vechimi în proiectare în construcții de 20 ani pentru șef proiect arhitect, respectiv 12 ani pentru arhitect arhitectură și urbanism nu răspund însă acestor exigențe și nu respectă dispozițiile legale analizate. Ele nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului ce urmează să fie atribuit și sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.

Prin urmare, se restricționează în mod nejustificat accesul la procedura de atribuire a altor potențiali ofertanți. De asemenea, motivarea reclamantului în sensul necesității existenței unei echipe profesionale bine pregătită și experimentată este total nesatisfăcătoare și nu justifică cerințele minime impuse. Pentru toate aceste considerente, curtea de apel constată că actele contestate de reclamant sunt legale și temeinice, fiind întocmite cu respectarea dispozițiilor legale, astfel că acțiunea reclamantului apare ca neîntemeiată, urmând a fi respinsă. Văzând și dispozițiile art. 274 cod procedură civilă, precum și faptul nu s-au solicitat cheltuieli de judecată,

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Respinge acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul Municipiul Sfântu-Gheorghe, prin primar, cu sediul în Sfântu-Gheorghe, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare, cu sediul în București, având ca obiect anularea deciziei nr. 41/20.12.2011 emisă de pârât, admiterea contestației împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA81995/3.11.2011 și anularea acestei note.

Definitivă. Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, azi, 6 iunie 2012.

Dosar nr. 4814/2/2013

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 3495
ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 12 NOIEMBRIE 2013

Pe rol se află soluționarea acțiunii promovate de reclamantul JUDEȚUL DÂMBOVIȚA, prin Consiliul Județean Dâmbovița, în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, având ca obiect „pretenții”.

La apelul nominal făcut în ședința publică răspunde reclamantul, prin consilier juridic R.D, care depune delegație, lipsă fiind pârâtul. Procedura de citare este legal îndeplinită.

Se face referatul cauzei de către grefierul de ședință, după care, Având cuvântul, reclamanta, prin consilier juridic, arată că, în opinia sa, competența de soluționare a prezentei cauze aparține Curții de Apel București - Secția a VII I-a Contencios Administrativ și Fiscal.

Curtea, verificându-și din oficiu competența potrivit art. 131 din Codul de procedură civilă, constată că este competentă general, material și teritorial să soluționeze cauza de față, fiind vorba despre un litigiu derivat din executarea unui contract de finanțare fonduri europene și față de prevederile art. 10 alin. 1 și 3 din Legea nr. 554/2004. Nefiind cereri prealabile, Curtea acordă cuvântul asupra propunerii de probe. Reclamantul, prin consilier juridic, solicită încuviințarea probei cu înscrisurile depuse la dosar.

Curtea, în temeiul art. 258 raportat la art. 255 din Codul de procedura civila, încuviințează părților proba cu înscrisurile depuse la dosar. Nemaifiind alte cereri de formulat și probe de administrat, Curtea constată cauza în stare de judecată și acordă cuvântul în dezbateri asupra fondului.

Reclamantul, prin consilier juridic, solicită, pentru motivele de fapt și de drept arătate în cererea introductivă și în răspunsul la întâmpinare, admiterea acțiunii astfel cum a fost formulată, și, în consecință, să se dispună: obligarea pârâtului la restituirea sumei de 399.765,70 lei, reprezentând reducerea procentuală de 10% aplicată pentru contractul de lucrări nr. 540/16.12.2011, încheiat în cadrul contractului de finanțare nr. 1414/15.04.2011; obligarea pârâtului la considerarea sumei de 399.765,70 lei ca fiind cheltuieli eligibile ocazionate de derularea contractului de finanțare nr. 1414/15.04.2011; obligarea pârâtului la recunoașterea faptului că unitatea administrativ teritorială Județul Dâmbovița și-a îndeplinit obligațiile asumate, în calitate de beneficiar, prin contractul de finanțare nr. 1414/15.04.2011, în sensul că a respectat prevederile OUG nr. 34/2006 pe parcursul întregii proceduri de atribuire a contractului de lucrări nr. 540/2011.

Învederează că pe tot parcursul procedurii de achiziție, autoritatea contractantă Județul Dâmbovița a respectat principiul tratamentului egal între ofertanții participanți la procedură, fiind solicitate clarificări tuturor participanților astfel încât să nu fie adusă atingere prevederilor art. 2 din OUG 34/2006. Susține că dacă procedura de achiziție ar fi fost viciată, participanții a căror ofertă a fost respinsă ar fi făcut contestație, însă acest lucru nu s-a întâmplat. Mai mult, pârâtul, în procesul verbal de conciliere încheiat la sediul acestuia în ianuarie 2013, a recunoscut faptul că față de unul dintre ofertanți nu se mai justifica solicitarea de clarificări și că autoritatea contractantă a respectat întocmai prevederile OUG 34/2006 în procedura de atribuire a contractului. Precizează că a solicitat clarificări ofertantului declarat câștigător în aplicarea în concret a prevederilor OUG 34/2006. Solicita plata cheltuielilor de judecată constând în taxa judiciară de timbru. Curtea reține dosarul în pronunțare.

CURTEA,

Deliberând asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin cererea înregistrată pe rolul Curții de Apel București - Secția a VII I-a Contencios Administrativ și Fiscal la data de 09.07.2013, reclamantul Județul Dâmbovița a solicitat, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, pronunțarea unei hotărâri prin care să se dispună obligarea pârâtului la restituirea sumei de 399.765,70 lei (inclusiv TVA), reprezentând reducerea procentuală de 10% aplicată pentru contractul de lucrări nr. 540/16.12.2011, încheiat în cadrul contractului de finanțare nr. 1414/15.04.2011, obligarea pârâtului la considerarea sumei de 399.765,70 lei ca fiind cheltuieli eligibile ocazionate de derularea contractului de finanțare, recunoașterea de către pârât a faptului că UAT Județul Dâmbovița și-a îndeplinit obligațiile asumate, în calitate de beneficiar, prin contractul de finanțare, în sensul că a respectat prevederile OUG nr. 34/2006 în procedura de atribuire a contractului de lucrări nr. 540/2011, cu cheltuieli de judecată.

În motivare, reclamantul a arătat că, în urma verificării cererii de rambursare nr. 2 formulată în cadrul contractului de finanțare încheiat cu pârâtul, acesta a aplicat o reducere procentuală de 10% din valoarea contractului de lucrări nr. 540/16.12.2011, reținându-se ca abatere de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice faptul că autoritatea contractantă nu a solicitat tuturor ofertanților clarificări cu privire la documentele care au lipsit din ofertă, încălcând în acest mod principiul tratamentului egal în calificarea ofertanților, prin aceea că nu toți au avut posibilitatea de a-și completa oferta.

Sub acest aspect, a arătat că la procedura de atribuire a contractului de lucrări au participat 4 ofertanți, fiind respinse ofertele a trei dintre aceștia. A susținut că, în cadrul procesului de evaluare, comisia de evaluare a stabilit clarificările necesare a fi solicitate ofertanților în conformitate cu prevederile art. 78 din HG 925/2006 și art. 201 din OUG 34/2006, subliniind faptul că autoritatea contractantă nu are obligația de a solicita clarificări pentru orice document lipsă din cadrul ofertei, ci are dreptul de a solicita clarificări pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare, acest drept fiind exercitat în funcție de situația specifică a fiecărei oferte depuse, cu condiția respectării art. 201 alin. 2 din OUG 34/2006.

Astfel, autoritatea contractantă a constatat, în ce privește ofertanții respinși, că din ofertele acestora lipseau nu doar documentele de calificare referitoare la personalul propus și utilajele deținute, similare celor lipsă din oferta depusă de ofertantul câștigător, căruia i s-au solicitat clarificări, ci și alte documente, care nu puteau fi completate prin clarificări.

În ceea ce privește oferta Robson Holding Energy SRL, reclamantul a arătat că nu s-au solicitat clarificări, deoarece operatorul economic a depus o declarație prin care recunoștea că nu a depus în oferta înaintată elemente ale propunerii tehnice, respectiv descrierea lucrărilor care se vor executa, graficul fizic și valoric de execuție a lucrărilor, pianul de control al calității, listele cuprinzând procedurile tehnice de execuție, laboratoare utilizate și autorizate, declarație privind garanțiile solicitate, or, potrivit art. 11 alin. 4 din HG nr. 925/2006, declarația privind îndeplinirea criteriilor de calificare se depune numai pentru documentele de calificare, iar potrivit art. 79 alin. 2 din HG nr. 925/2006 completarea propunerii tehnice ulterior deschiderii ofertelor este permisă doar în cazul viciilor de formă, erorilor aritmetice sau abaterilor tehnice minore. Prin urmare, depunerea în completare a documentelor aferente propunerii tehnice ar fi condus în mod evident la respingerea ofertei, astfel că în mod justificat s-a procedat la respingerea acesteia fără să se mai solicite clarificări.

Referitor la SC Vel Service SA, a arătat că acestui ofertant i s-au solicitat clarificări privind depunerea documentelor de calificare, din care s-a constatat că angajamentele privind susținerea financiară, tehnică și profesională depuse nu erau legalizate la notariat, contrar art. 190 alin. 2 din

OUG nr. 34/2006, și prezentau ștersături cu pastă corectoare, sub care se observa că susținerea era acordată pentru un alt operator economic, respectiv „Asocierea SC Vel Service și SC Consulting Restaura SRL”. Avându-se în vedere faptul că întreaga documentație de calificare a acestui ofertant se fundamenta pe respectivele angajamentele de susținere din partea terțului, comisia de evaluare a hotărât respingerea ofertei fără a mai solicita clarificări, reclamantul apreciind că prin solicitarea de clarificări ar fi fost încălcate prevederile art. 201 alin. 2 din OUG 34/2006. În acest sens, a invocat și poziția exprimată de pârât în cuprinsul notei de propunere spre menținere a reducerii procentuale aplicate.

Cu privire la SC Concas Buzău SA, reclamantul a arătat că nu s-au solicitat clarificări, deoarece acesta a depus atestat ANRE din partea terțului susținător, or ofertantul nu putea îndeplini criteriul de calificare prin prezentarea unui atestat din partea terțului susținător, întrucât angajamentul privind susținerea tehnică depus în ofertă viza resursele tehnice de personal. În acest sens, a invocat și dispozițiile art. 7 din Ordinul ANRMAP nr. 509/2011, potrivit cărora atestatul nu este o resursă transferabilă. Având în vedere aceste aspecte, precum și faptul că SC Vel Service SA nu deținea atestat ANRE corespunzător, așa cum rezultă și din lista publicată pe site-ul www.anre.ro, comisia de evaluare a hotărât respingerea ofertei fără a mai solicita clarificări, criteriul de calificare fiind în mod evident neîndeplinit.

Reclamantul a subliniat totodată că niciunul dintre ofertanții respinși nu a formulat contestație cu privire la rezultatul procedurii de atribuire, acceptând așadar ca justificate deciziile și motivele de respingere a ofertelor depuse.

În drept, reclamantul a invocat dispozițiile art. 8 și art. 10 din Legea nr. 554/2004 și art. 23 din contractul de finanțare încheiat între părți. A anexat cererii un set de înscrisuri, respectiv contractul de finanțare, documentele întocmite în cadrul concilierii prealabile, actele relevante privind atribuirea contractului de lucrări.

Pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice (MDRAP), succesor în drepturi și obligații al fostului Minister al Dezvoltării Regionale și Turismului, a formulat întâmpinare, solicitând respingerea acțiunii ca nefondată.

În motivare, a arătat că nesolicitarea de clarificări ofertantului SC Vel Service SA este justificată, față de împrejurarea că angajamentele de susținere prezentate creează suspiciuni cu privire la veridicitatea for.

Însă, în ceea ce privește oferta SC Concas SA, a menționat că ar fi trebuit solicitate clarificări operatorului economic cu referire la contradicția existentă între a depune un atestat ANRE pentru terțul susținător și a avea susținere pentru alte aspecte tehnico-profesionale, precum și pentru a preciza dacă este personal atestat ANRE, învederând că verificarea ofertantului pe site-ul ANRE s-a realizat de către reclamant ulterior finalizării procedurii de atribuire.

De asemenea, în ceea ce privește oferta SC Robson Holding Energy SRL, a arătat că în comunicarea rezultatului procedurii s-a menționat doar faptul că aceasta a fost declarată inacceptabilă pentru lipsa documentelor de calificare, nu și faptul că oferta a fost considerată neconformă pentru lipsa unor documente din propunerea tehnică. A apreciat astfel că se poate accepta argumentarea reclamantului privind motivele pentru care nu s-au mai solicitat clarificări, învederând însă că au fost încălcate dispozițiile art. 207 din OUG nr. 34/2006 prin aceea că în adresa de comunicare a rezultatului procedurii nu s-au menționat și motivele de neconformitate a ofertei care au determinat comisia de evaluare să nu mai solicite clarificări privind documentele de calificare.

Pârâtul a subliniat totodată că, deși art. 201 din OUG nr. 34/2006 prevede dreptul, iar nu obligația autorității contractante de a solicita clarificări, în baza principiului eficienței utilizării fondurilor publice aceasta trebuia să întreprindă toate măsurile necesare pentru a se asigura că obține prețul cel mai scăzut sau oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, în funcție de criteriul de atribuire folosit.

În ceea ce privește ofertantul declarat câștigător, a arătat că din verificarea documentelor s-a constatat că acestuia i-au fost solicitate clarificări de două ori cu privire la aceleași documente, respectiv diploma de studii a unui expert, CV-ul și certificatele sau referințele pentru un altul, contrar prevederilor art. 79 din HG nr. 925/2006, apreciind că aceasta creează premisele încălcării principiului tratamentului egal de către reclamant, în calitatea sa de autoritate contractantă.

Pârâtul a anexat întâmpinării actele prin care s-a aplicat reducerea procentuală și documentația ce a stat la baza luării acestei măsuri, precum și actele întocmite în cadrul concilierii prealabile. Reclamantul a formulat răspuns la întâmpinare, prin care a reiterat argumentele prezentate în cererea introductivă, fără a aduce în discuție aspecte suplimentare, în cauză s-a administrat proba cu înscrisuri.

Analizând actele și lucrările dosarului, Curtea reține următoarele: în fapt, între Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului (în prezent Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice), în calitate de autoritate de management pentru Programul Operațional Regional 2007-2013, prin Agenția pentru Dezvoltare Regională Sud Muntenia, în calitate de organism intermediar, și Unitatea Administrativ Teritorială Județul Dâmbovița, în calitate de beneficiar, a fost încheiat contractul de finanțare nr. 1414/15.04.2011, cod SMIS 14652, pentru implementarea proiectului „Restaurarea și valorificarea durabilă a patrimoniului cultural precum și crearea/modernizarea infrastructurii conexe în zona Ansamblului Brâncovenesc Potlogi” (fila 15).

În urma verificării cererii de rambursare nr. 2 formulată în cadrul acestui contract de finanțare, potrivit adresei MDRT nr. 90693/05.12.2012 (fila 46), autoritatea de management a identificat abateri de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice, aferente atribuirii contractului nr. 540/16.12.2011 încheiat cu Asocieria Intini Angelo SRL și SC Ramb Sistem SRL, fiind aplicată o reducere procentuală de 10% din valoarea contractului, în sumă de 322.391,69 lei și TVA de 77.374,01 lei, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. 3 din OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, cu modificările și completările ulterioare și pct. 2.4 din Anexa ordonanței.

Ca abatere de la legalitate, s-a reținut încălcarea dispozițiilor OUG nr. 34/2006, respectiv faptul că oferta declarată câștigătoare nu a fost stabilită pe baza aplicării criteriului de atribuire prevăzut la nivelul invitației/anunțului de participare, prețul cel mai scăzut, acesta fiind aplicat ca urmare a descalificării celorlalți ofertanți în faza de calificare.

S-a arătat astfel că, potrivit raportului procedurii, autoritatea contractantă nu a solicitat tuturor ofertanților clarificări cu privire la documentele care au lipsit din ofertă, referitoare la: declarația privind eligibilitatea, declarația privind calitatea de participant la procedură, copii după contractele invocate în dovedirea experienței similare, recomandări din partea beneficiarilor, copie de pe procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor, curriculum vitae etc.

S-a concluzionat că, în acest mod, reclamantul a încălcat principiul tratamentului legal în calificarea ofertanților, deoarece din raportul procedurii nu rezultă că toți ofertanții care nu au avut oferta completă au beneficiat de dreptul de a-și completa oferta „prin care probează/confirmă îndeplinirea cerințelor de calificare atunci când primește din partea autorității contractante o

solicitare în acest sens, în termenul prevăzut în respectiva solicitare", conform mențiunilor din documentația de atribuire.

Procedura de conciliere derulată între părțile contractului de finanțare s-a finalizat prin întocmirea procesului-verbal nr. 1556/10.01.2013 (fila 49) și emiterea notei MDRAP nr. 4078/18.01.2013, de propunere spre menținere a reducerilor procentuale, ce a fost aprobată de șeful autorității de management (fila 40).

În motivarea notei de propunere spre menținere a reducerilor procentuale, s-a arătat că la procedura de licitație deschisă finalizată prin încheierea contractului de lucrări nr. 540/16.12.2011, au depus oferte patru operatori economici, respectiv: SC Vel Service SA București, cu o ofertă financiară de 18.412.893,81 lei, SC Concas SA Buzău, cu o ofertă financiară de 16.411.889,46 lei, Asocierea Intini Angelo SRL & RambSistem SRL, cu o ofertă financiară de 21.492.779,00 lei, și SC Robson Holding Energy SRL București, cu o ofertă financiară de 14.096.322,95 lei.

Din cei patru operatori economici ofertanți au fost respinși ca inacceptabili, în temeiul art. 36 alin. 1 lit. b din HG nr. 925/2006, SC Vel Service SA București, SC Concas SA Buzău și SC Robson Holding Energy SRL București.

Referitor la ofertantul SC Vel Service SRL, s-a arătat că, din procesul-verbal de deschidere al procedurii de achiziție, nr. 10787/18.08.2011, reiese faptul că, pentru unele documente de calificare, operatorul economic a depus o declarație privind îndeplinirea criteriilor de calificare, în conformitate cu prevederile art. 11 alin. 4 din HG nr. 925/2006.

În procesul-verbal de evaluare nr. 1 (nr. de înregistrare 10.837/19.08.2011), se menționează decizia comisiei de evaluare de a solicita documentele pentru demonstrarea criteriilor de calificare.

În procesul-verbal nr. 2 (nr. de înregistrare 11.615/06.09.2011), se menționează că ofertantul a prezentat, printre documentele cu care înțelegea să demonstreze îndeplinirea criteriilor de calificare, angajamente privind susținerea tehnică, profesională și financiară din partea terțului susținător Atellana Societa Cooperativa di Produzione e Lavoro. Pagina a doua a celor trei documente de susținere prezenta ștersături cu pastă corectoare, sub care se putea observa menționată Asocierea SC Vel Service SA și SC Consulting Restauro SRL. De asemenea, cele trei angajamente nu au fost prezentate în formă autentică, prezentând pe a doua pagină o ștampilă cu un conținut în limba italiană, fără traducere. Acest aspect se regăsește menționat și în comunicarea rezultatului procedurii către ofertant (adresa nr. 15763/02.12.2011). În adresa de comunicare a rezultatului procedurii se menționează, pe lângă acest motiv de respingere, și celelalte documente de calificare care nu îndeplinesc condițiile impuse prin fișa de date a achiziției.

Autoritatea pârâtă a constatat, din modul de prezentare al celor trei angajamente, că se creează suspiciuni cu privire la realitatea informațiilor cuprinse în acestea, precizând totodată că din informațiile furnizate rezultă că operatorul economic nu a contestat motivele de respingere după primirea comunicării rezultatului procedurii.

În acest context, s-a reținut că în mod justificat nu s-au mai cerut clarificări operatorului economic cu privire la documentele de calificare.

În privința SC Concas SA Buzău s-a arătat că, în procesul-verbal nr. 2 (nr. de înregistrare 11.615/06.09.2011), se menționează că ofertantul a depus Atestatul ANRE nr. 4665/16.07.2009 din partea terțului susținător SC Romconstruct SA, deși susținerea tehnică a terțului în cauză vizează doar „resursele profesionale privind experiența similară” și „resursele tehnice de personal necesare”.

Referitor la aspectul mai sus menționat, UAT Județul Dâmbovița a susținut, în cadrul ședinței de conciliere din data de 10.01.2013, că ofertantul a fost verificat pe site-ul ANRE și nu figurează printre operatorii economici atestați, atașând și un extras de pe site în acest sens.

De asemenea, a invocat dispozițiile art. 7 din Ordinul ANRMAP nr. 509/2011, potrivit căroră:

„(1) în cazul în care se impune, la criteriul de calificare „capacitatea de exercitare a activității profesionale”, autorizarea (...) Autorității Naționale de Reglementare în Domeniul Energiei (ANRE) (...) pentru entități juridice, în cazul unui grup de operatori economici care depun ofertă comună, cerința este considerată îndeplinită dacă unul dintre asociați - respectiv subcontractantul, dacă este cazul - deține autorizarea solicitată și numai cu condiția ca acesta să execute integral partea din contract pentru care este solicitată autorizarea respectivă.

(2) Terțul nu poate susține, prin prezentarea unei astfel de autorizații, un operator economic ofertant, din considerentul că acest gen de autorizare se poate utiliza numai în nume propriu, nefiind o resursă transferabilă.”

Din analiza documentelor, autoritatea pârâtă a constatat că, la momentul la care a avut loc licitația deschisă, comisia de evaluare a respins oferta deoarece a considerat că susținerea tehnică a terțului nu acoperă prin conținut și atestatul ANRE, motiv pentru care nu s-a luat în considerare acest atestat pentru terțul susținător. Astfel, în procesul verbal de evaluare intermediară nr. 2 se menționează faptul că „pentru a fi luat în considerare, trebuia prezentat un angajament de susținere tehnică a terț susținătorului SC Romconstruct SA din care să reiasă că îl susține și cu resursele tehnice profesionale privind atestare firmă”.

S-a reținut totodată că nu s-au solicitat clarificări ofertantului cu privire la contradicția existentă între depunerea atestatului ANRE pentru terțul susținător și faptul că susținerea viza alte aspecte tehnico-profesionale, precum și pentru a se menționa dacă ofertantul este personal atestat ANRE.

Cât privește documentul de pe site-ul ANRE, s-a constatat că verificarea atestării SC Concas SA s-a efectuat la data de 10.01.2013, ora 8:43, dată care nu corespunde cu data la care a avut loc licitația sau data la care a fost descalificat operatorul economic.

Autoritatea de management a mai arătat că dispozițiile art. 201 din OUG nr. 34/2006 prevăd dreptul, și nu obligația, autorității contractante de a solicita clarificări, apreciind însă că, în baza principiului eficienței utilizării fondurilor publice (art. 2 alin. 2 lit. f din OUG nr. 34/2006), aceasta trebuia să întreprindă toate măsurile necesare pentru a se asigura că obține prețul cel mai scăzut sau oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, în funcție de criteriul de atribuire folosit.

Cât privește ofertantul SC Robson Holding Energy SRL București, s-a arătat că, în procesul-verbal de deschidere al procedurii de achiziție publică nr. 10787/18.08.2011, semnat și de reprezentantul societății, se menționează, la Modul de prezentare al propunerii tehnice, lipsa următoarelor documente: propunerea tehnică în format fizic sub semnătură și ștampilă, descrierea lucrărilor care se vor executa, din care să rezulte îndeplinirea cerințelor caietului de sarcini, Programul calității, Declarație privind garanțiilor acordate, Garanția de bună execuție acordată, Garanție tehnică acordată lucrărilor de restaurare consolidare, Garanția tehnică acordată lucrărilor de amenajare peisagistică.

S-a mai arătat că în cuprinsul Documentației de atribuire se regăsește, la secțiunea VI.4) - Modul de prezentare al propunerii tehnice, următoarea formulare: „Atenție! Neprezentarea Graficului fizic și valoric de execuție al lucrării, sau/și al Declarației privind garanțiile, atrage automat descalificarea ofertantului, pentru cauză de ofertă neconformă”.

În procesul-verbal nr. 1 (nr. de înregistrare 10.837/19.08.2011), se menționează lipsa documentelor din propunerea tehnică, precum și faptul că propunerea tehnică nu poate face obiectul unei declarații în baza art. 11 alin. 4 din HG nr. 925/2006, acest articol referindu-se doar la documentele de dovedire a criteriilor de calificare.

În procesul de evaluare nr. 2 (înregistrat cu nr. 11.615/06.09.2011), după verificarea și constatarea lipsei unor documente de calificare pentru acest ofertant, se precizează decizia membrilor comisiei de a respinge oferta ca fiind inacceptabilă în baza art. 36 alin. 1 lit. b din HG nr. 925/2006.

S-a constatat însă că în comunicarea rezultatului procedurii către ofertant (adresa nr. 15762/02.12.2011), s-a menționat doar faptul că a fost declarat inacceptabil pe motiv de lipsă a documentelor de calificare, neregăsindu-se mențiuni cu privire la faptul că oferta sa a fost considerată și neconformă pentru lipsa unor documente din propunerea tehnică.

În ceea ce privește solicitarea de clarificări asupra ofertei tehnice, art. 79 alin. 2 din HG nr. 925/2006 prevede următoarele: „în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă conținutul propunerii tehnice, oferta sa va fi considerată neconformă. Modificări ale propunerii tehnice se acceptă în măsura în care acestea: a) pot fi încadrate în categoria viciilor de formă sau erorilor aritmetice; sau b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire; prevederile art. 79 alin. 3 rămân aplicabile”.

Art. 80 alin. 3 din același act normativ prevede că „Viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire”.

Față de aceste considerente, autoritatea pârâtă a apreciat că, în ceea ce privește ofertantul SC Robson Holding Energy SRL București, se poate accepta argumentarea UAT Județul Dâmbovița referitoare la faptul că nu s-au mai solicitat clarificări cu privire la documentele de calificare, având în vedere că oricum ar fi fost respins ca fiind neconform întrucât lipseau documente din propunerea tehnică, documente care nu puteau face obiectul unei solicitări de clarificări fără a se crea un avantaj acestui ofertant.

Însă, în ceea ce privește comunicarea rezultatului procedurii către ofertant, s-a reținut încălcarea dispozițiilor art. 207 din OUG nr. 34/2006, care prevăd obligația autorității contractante de a comunica „pentru fiecare ofertă respinsă, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere, detaliindu-se argumentele în temeiul cărora oferta a fost considerată inacceptabilă și/sau neconformă, îndeosebi elementele ofertei care nu au corespuns cerințelor de funcționare și performanță prevăzute în caietul de sarcini”, prin aceea că nu s-au menționat și motivele de neconformitate a ofertei care au determinat comisia de evaluare să nu mai solicite clarificări privind documentele de calificare.

În nota de propunere spre menținere a reducerilor procentuale s-a mai arătat, referitor la ofertantul Asocieria Intini Ângelo SRL și SC RambSistem SRL, declarat câștigător, că din verificarea documentelor rezultă că acestuia i s-au solicitat de două ori clarificări cu privire la aceleași documente.

Astfel, în procesul-verbal de evaluare intermediară nr. 3 (înregistrat cu nr. 13335/12.10.2011), se menționează că din verificarea documentelor de calificare depuse de ofertant s-a constatat lipsa

sau neconformitatea unora dintre acestea, printre care și lipsa diplomei de studii superioare pentru expertul D.R, CV G.I nesemnat etc, iar comisia de evaluare a solicitat clarificări ofertantului cu privire la cele constatate.

În procesul de evaluare nr. 4 (înregistrat cu nr. 14018/28.10.2011), se menționează constatările comisiei de evaluare ca urmare a verificării răspunsului la clarificările solicitate prin adresa nr. 13336/12.10.2011, constatându-se în continuare: netransmiterea diplomei de studii pentru expert D.R, a CV-ului semnat pentru G.I, a certificatelor și referințelor emise de angajatori sau beneficiari care să probeze experiența indicată în CV. În acest proces-verbal de evaluare intermediară se menționează că se vor solicita clarificări ofertantului cu privire la aceste aspecte.

Conform art. 79 din HG nr. 925/2006, „(1) în cazul în care ofertantul nu transmite în perioada precizată de comisia de evaluare clarificările/răspunsurile solicitate sau în cazul în care explicațiile prezentate de ofertant nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată neconformă. (2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.”

Prin urmare, autoritatea pârâtă a constatat că deși ofertantul nu a răspuns complet primei solicitări de clarificări, în loc să se declare neconformă oferta, s-au solicitat din nou clarificări pe aceleași aspecte, fiind încălcat de către autoritatea contractantă principiul tratamentului egal.

Prin prezenta acțiune în contencios administrativ, reclamantul contestă reducerea procentuală aplicată, susținând în esență că abaterea a fost în mod nelegal reținută în sarcina sa.

Argumentele aduse de reclamant ca justificare pentru decizia de a nu se solicita clarificări ofertanților SC Robson Holding Energy SRL și SC Vel Service SA nu vor fi analizate de instanță, având în vedere că acestea au fost acceptate de autoritatea pârâtă, așa cum rezultă din conținutul notei de propunere spre menținere a reducerilor procentuale, astfel că sub acest aspect nu s-au reținut abateri de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice.

Referitor la încălcarea dispozițiilor art. 207 din OUG nr. 34/2006, constatată de autoritatea de management, constând în aceea că în comunicarea rezultatului procedurii transmis ofertantului SC Robson Holding Energy SRL nu s-au menționat și motivele de neconformitate a ofertei care au determinat comisia de evaluare să nu mai solicite clarificări privind documentele de calificare, Curtea reține că această neregulă nu întrunește elementele abaterii prevăzute la pct. 2.4 din Anexa 1 a OUG nr. 66/2011, pentru care s-a aplicat reducerea procentuală.

Astfel, nu se poate reține că prin modul de formulare a adresei de comunicare a rezultatului procedurii s-ar fi adus atingere principiului tratamentului egal, atâta timp cât autoritatea contractantă a detaliat motivele pentru care a considerat oferta inacceptabilă, conform art. 36 alin. 1 lit. b din OUG nr. 34/2006, iar ofertantul avea posibilitatea de a contesta rezultatul procedurii, inclusiv cu referire la faptul că nu i-au fost solicitate clarificări privind îndeplinirea cerințelor de calificare.

Cât privește însă situația ofertei depuse de SC Concas SA Buzău, Curtea își însușește argumentele prezentate de pârât, care nu au fost de altfel combătute de reclamant, în sensul că, nesolicitându-se clarificări acestui operator economic cu privire la contradicția existentă între depunerea atestatului ANRE pentru terțul susținător și faptul că susținerea viza alte aspecte tehnico-profesionale, precum și pentru a se menționa dacă ofertantul este personal atestat ANRE, au fost încălcate dispozițiile art. 201 alin. 1 din OUG nr. 34/2006, potrivit cărora „pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări și, după caz,

completări ale documentelor prezentate de ofertanți/candidați pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate", coroborate cu cele ale art. 2 alin. 2 lit. f din OUG nr. 34/2006, ce consacră principiul eficienței utilizării fondurilor publice.

Cum reclamantul nu a făcut dovada faptului că situația personală a atestării ofertantului a fost verificată la momentul derulării procedurii de atribuire a contractului de lucrări, susținerile potrivit cărora SC Concas SA Buzău nu deținea atestatul ANRE solicitat, întemeiate pe un extras ulterior de pe site-ul respectivei instituții (fila 216), nu pot fi primite ca justificare a faptului că nu s-au solicitat clarificări, căci la data evaluării ofertei acestui operator economic și a întocmirii raportului procedurii de atribuire nu era evidentă neîndeplinirea acestui criteriu de calificare.

De asemenea, Curtea reține, în acord cu autoritatea de management, că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 79 din HG nr. 925/2006, prin aceea că ofertantului declarat câștigător i s-au solicitat clarificări de două ori cu privire la aceleași documente, respectiv diploma de studii superioare pentru expertul D.R și CV G.I semnat (filele 155, 158), deși, în condițiile în care comisia de evaluare a constatat că ofertantul nu a răspuns complet primei solicitări de clarificări, oferta ar fi trebuit declarată neconformă.

Se constată că nici sub acest aspect reclamantul nu a combătut prin cererea introductivă de instanță argumentele autorității pârâte.

Prin încălcarea prevederilor art. 201 alin. 1 cu referire la cele ale art. 2 alin. 2 lit. f din OUG nr. 34/2006, respectiv a prevederilor art. 79 din HG nr. 925/2006, autoritatea contractantă a adus atingere principiului tratamentului egal, căci ofertanții nu au beneficiat în aceleași condiții de dreptul de a-și completa oferta cu documente prin care să probeze sau să confirme îndeplinirea cerințelor de calificare, ofertantul SC Concas SA Buzău fiind dezavantajat prin nesolicitarea de clarificări, în timp ce ofertantul declarat câștigător, Asocieria Intini Angelo SRL și SC RambSistem SRL, a fost favorizat prin solicitarea repetată de clarificări, în ambele cazuri reclamantul acționând în contra dispozițiilor legale.

Această abatere este sancționată, potrivit pct. 2.4 din Anexa 1 a OUG nr. 66/2011, cu aplicarea unei reduceri procentuale de 10% din valoarea contractului, cu posibilitatea diminuării acesteia la 5%, în funcție de gravitate, ceea ce nu este cazul în speță, având în vedere că, în speță, neregulile reținute în sarcina autorității contractante au afectat însăși atribuirea contractului de achiziție publică, în condițiile date nemaiputându-se considera că oferta câștigătoare a fost stabilită desemnarea ofertei câștigătoare pe baza aplicării criteriului de atribuire prevăzut la nivelul invitației/anunțului de participare.

Pentru toate aceste considerente, reducerea procentuală fiind în mod legal aplicată de autoritatea publică pârâtă, acțiunea va fi respinsă ca neîntemeiată.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII, HOTĂRĂȘTE:

Respinge acțiunea promovată de reclamantul JUDEȚUL DÂMBOVIȚA, prin Consiliul Județean Dâmbovița, cu sediul în Târgoviște, în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, cu sediul în București, str. Apolodor nr. 17, latura Nord, sector 5, ca nefondată.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Cererea de recurs se depune la Curtea de Apel București. Pronunțată în ședință publică, azi, 12 noiembrie 2013.

Dosar nr. 3615/2/2013

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A VIII-A CONTECIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 2690
Ședința publică de la data de 20.09.2013

Pe rol soluționarea acțiunii în contencios administrativ formulată de reclamantul JUDEȚUL DÂMBOVIȚA PRIN CONSILIUL JUDEȚEAN DÂMBOVIȚA în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI (în prezent MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE), având ca obiect „anulare act administrativ”.

La apelul nominal făcut în ședință publică se prezintă reclamantul Județul Dâmbovița prin Consiliul Județean Dâmbovița, reprezentat de consilier juridic D.R, în baza delegației de reprezentare pe care o depune la dosar, lipsind pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului.

S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință, după care:

Nefiind alte cereri de formulat, excepții de invocat sau probe de administrat, Curtea constată cauza în stare de judecată și acordă cuvântul pe fondul cererii de chemare în judecată.

Reprezentantul reclamantului solicită admiterea acțiunii astfel cum a fost formulată, anularea Deciziei nr. 199/21.11.2012 emisă de pârâtul Ministerul Dezvoltării prin care s-a respins contestația sa împotriva notei de stabilire a corecțiilor financiare la Proiectul cod SMIS 1100. Solicită anularea corecțiilor financiare de 5% aplicate contractului de servicii nr. 393/2009 și de 5% aplicate la contractul de servicii de publicitate nr. 390/2009, întrucât această măsură este nelegală și netemeinică, Consiliul Județean Dâmbovița procedând în mod corect și legal la aplicarea prevederilor O.U.G. nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006 în procedurile de atribuire ale celor două contracte cărora li s-a aplicat corecția financiară. De altfel a arătat pe larg în cuprinsul cererii de chemare în judecată și în răspunsul la întâmpinare toate aspectele pe care le consideră întemeiate în ce privește susținerile sale de admitere a cererii, dar nu în ultimul rând, un aspect hotărâtor în ce privește admiterea cererii sale este acela că la momentul la care s-au aplicat corecțiile financiare Proiectul european fusese finalizat. Conform prevederilor contractului de finanțare, Autoritatea de management, pârâtul, prin organismul intermediar Agenția de Dezvoltare Regională Sud Muntenia verificase toate documentațiile aferente procedurilor de atribuire a contractelor încheiate în cadrul acestui contract mare de finanțare și nu a avut nicio intervenție vis-a-vis de nelegalitatea procedurilor sale. Solicită admiterea cererii astfel cum a fost formulată. Curtea declară dezbaterile închise și reține cauza în pronunțare.

CURTEA

Prin cererea înregistrată pe rolul acestei instanțe sub nr. 3615/2/2013 reclamanta Județul Dâmbovița a chemat în judecată Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, solicitând anularea deciziei nr. 199/21.11.2012 și a notei de constatare a neregulilor nr. CA-70613/21.09.2012.

În motivarea acțiunii sale, reclamanta consideră nefondate constatările și măsurile dispuse de echipa de control din cadrul MDRT, având în vedere faptul că autoritatea contractantă a respectat întocmai legislația achizițiilor publice, astfel cum era în vigoare la momentul procedurilor de atribuire în cauză, după cum urmează:

I.Referitor la impunerea, de către autoritatea contractantă, în fișa de date a achiziției la subpunctul V.4.3 Subcontractanți a cerinței obligatorii în conformitate cu care „Subcontractanții pot efectua

maxim 35% din valoarea contractului de servicii care va fi încheiat”, nu reprezintă nicio cerință de natură a limita participarea acestora la procedura de achiziție publică.

Pentru această așa zisă abatere de la legalitate și regularitate, MDRT a aplicat deja Unității Administrativ Teritoriale Județul Dâmbovița o corecție financiară de 5% din valoarea contractului de servicii nr. 393/2009, astfel cum rezultă atât din nota de constatare nr. CA-47.683/27.06.2012, contestată de beneficiarul contractului conform contestației înregistrată la MDRT sub nr. 57.802/03.08.2012, precum și din Decizia nr. 155/27.08.2012, înregistrată la Consiliul Județean Dâmbovița sub nr. 1142/03.09.2012, adresa de înaintare a acestei decizii emisă de către Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene purtând nr. CA-63696/28.08.2012.

Această corecție financiară a fost deja reținută din sumele solicitate la rambursare la CR2-CR4 și, mai mult, beneficiarul contractului a solicitat în justiție atât suspendarea, cât și anularea notei de constatare a neregulilor mai sus menționată, în cauza din dosarul civil nr. 35567/3/2012 al Tribunalului București - Secția contencios administrativ și fiscal. Or, atâta timp cât instanța investită cu cercetarea de legalitate a acestui act administrativ contestat nu s-a pronunțat în sensul menținerii acestuia, ca legal și temeinic, apreciază reclamanta că nu se justifică aplicarea a două corecții financiare pentru una și aceeași „faptă”, pe considerentul că, ulterior emiterii Deciziei nr. 155/27.08.2012 mai sus menționate, s-au reținut și alte „abateri” de la regularitate și legalitate, pe procedura de achiziție publică derulată pentru atribuirea contractului de servicii nr. 393/22.09.2009, astfel cum sunt enumerate în prezenta notă de constatare a neregulilor.

Dacă inițial, prin Decizia nr. 155/27.08.2012, act administrativ care este prevăzut cu drept de contestație la instanța de contencios administrativ, echipa de control a justificat aplicarea corecției financiare de 5%, și nu de 10% din valoarea eligibilă a contractului de servicii nr. 393/22.09.2009 ținând seama de gravitatea aceleiași „fapte” este neclar care a fost raționamentul ori criteriul de evaluare a gravității „respectivei fapte”, pentru care se mai aplică încă o corecție financiară de 5%, astfel cum rezultă din prezenta nota de constatare a neregulilor.

Aceasta, cu atât mai mult cu cât, conform actelor de control menționate, temeiul de drept pentru stabilirea gravității faptei și procentului de corecții financiare în cauză aplicate, l-a constituit același contract de finanțare nr. 125/24.03.2009 - cod SMIS 1100 pe obiectivul de investiții avut în vedere, precum și aceleași prevederi din O.U.G. nr. 66/2011.

Autoritatea contractantă, UAT Județul Dâmbovița, prin Consiliul Județean Dâmbovița, nu a săvârșit nicio abatere de la legalitate și regularitate, prin stabilirea, în cadrul documentației de atribuire (fișa de date a achiziției), la subpunctul V, pct.4.3 "Subcontractanți", a cerinței în conformitate cu care „subcontractanții pot efectua maxim 35% din valoarea contractului de servicii care va fi încheiat”.

Prin reglementările H.G. nr. 925/2006, pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din O.U.G. nr. 34/2006, aplicabil la data publicării anunțului de participare nr. 8288/22.07.2009, nu rezultă că exista, la data demarării procedurii de achiziție publică în cauză, prevedere legală care să interzică, expres or implicit, o asemenea cerință din partea autorității contractante.

De asemenea, conform art. 298 din O.U.G. nr. 34/2006, în vigoare la data inițierii procedurii de achiziție publică pentru atribuirea contractului de servicii nr. 393/2009, se prevede expres: "Contractele în curs de executare și procedurile de atribuire în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe se definitivează pe baza prevederilor legale în vigoare la data inițierii acestora”.

De altfel, acest fapt este argumentat prin înseși precizările Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice (ANRMAP), referitor la limitarea subcontractării. Conform acestor precizări, ANRMAP a statuat că ținând cont de prevederile art. 45 și art. 188 alin (2), literele "c" și "h", și alin (3), literele "b" și "g" din O.U.G. nr. 34/2006, atât legislația europeană, prin Directiva 2004/18/EC, cât și legislația națională, precum și actele normative date în aplicarea O.U.G. nr. 34/2006, nu exclud posibilitatea pentru autoritatea contractantă să limiteze subcontractarea pentru executarea contractului de achiziție publică.

Totodată, trebuie avute în vedere următoarele aspecte legate de însuși obiectul și părțile care au încheiat contractul de achiziție publică de servicii nr. 393/22.09.2009, respectiv:

- părțile în contractul de achiziție publică sunt autoritatea contractantă și ofertantul declarat câștigător;
- subcontractanții au calitatea de terți în raport de contractul astfel încheiat;
- subcontractanții sunt pe deplin răspunzători de modul în care își îndeplinesc obligațiile asumate numai față de contractant, iar nu și față de autoritatea contractantă; contractul de achiziție publică nu este încheiat de autoritatea contractantă cu subcontractanții și, prin urmare, autoritatea contractantă nu îi poate trage la răspundere pentru eventuala neexecutare a acestuia.

Astfel, la data întocmirii documentației de atribuire a contractului de servicii nr. 393/2009, această limitare a subcontractării de 35% din valoarea contractului a fost precizată cu scopul de a diminua riscul neîndeplinirii, or îndeplinirii defectuoase a obligațiilor contractuale. Nu puteau fi stabilite ca atare, în modelul de contract, obligații contractuale ale subcontractanților în raport cu autoritatea contractantă, întrucât aceștia nu răspundeau direct față de beneficiarul contractului, pentru partea de contract ce urmau să o execute, autoritatea contractantă neavând posibilitatea să verifice capacitatea tehnico-economică a viitorilor subcontractanți.

Datorită complexității proiectului pe obiectivul de investiții cod SMIS 1100, limitarea subcontractării în ce privește serviciile de supraveghere a lucrărilor de dirigenție de șantier, ce fac obiectul contractului de servicii nr. 393/2009, constituie o măsură asiguratorie, pe care autoritatea contractantă avea dreptul să o prevadă în documentația de atribuire, pentru ca respectivul contract de achiziție publică să se realizeze în termenul și conform standardelor de calitate solicitate.

Cerințele de calificare pentru atribuirea contractului de servicii nr. 393/22.09.2009 în ce privește subcontractanții, nu au fost restrictive, în raport de modul în care, aceste cerințe trebuiau să asigure, conform obiectului contractului, controlul calității executării contractului de servicii ce urma să fie atribuit.

Anunțul de participare nr. 22881/22.07.2009 nu se putea publica în SEAP fără verificarea, în prealabil, de către ANRMAP, ca autoritate competentă conform legii, a respectării tuturor condițiilor de legalitate, de formă și de fond ale achiziției publice în cauză, condiții pe care autoritatea contractantă era ținută să le prevadă în documentația de atribuire.

De altfel, pe parcursul perioadei de timp, de la data publicării anunțului de participare mai sus menționat, și până la data atribuirii efective a contractului de servicii nr. 393/22.09.2009, nu s-au solicitat clarificări în ce privește cerințele de subcontractare astfel cum au fost prevăzute în documentația de atribuire și, mai mult, nu au existat contestații care să fi fost formulate de potențiali ofertanți la C.N.S.C., în legătură cu subcontractarea.

Față de modalitatea efectivă de atribuire a contractului de achiziție publică menționat, prin licitație deschisă, licitație la care au participat 3 ofertanți, după cum rezultă din raportul de atribuire a contractului, nu rezultă că în cauză ar fi fost favorizat un singur operator economic, ori că s-ar fi

limitat accesul anumitor operatori economici la această procedură, în concluzie, autoritatea contractantă a urmărit cu exactitate etapele procedurii de achiziție publică, în ce privește atribuirea contractului de servicii nr. 393/22.09.2009, având ca obiect Servicii de supraveghere (dirigenție de șantier) pentru proiectul „Ranforsarea și modernizarea drumurilor județene 701, DJ 401A și DJ 71 IA pe traseul Dobra-Cornățelu-Braniștea-Titu-Sălcuța-Odobești-Potlogi-Corbii Mari”.

Conform documentației de atribuire nr. 8788/21.07.2009 a contractului de servicii nr. 393/22.09.2009, nu s-a făcut dovada restricționării, de către autoritatea contractantă, a accesului pentru operatorii economici participanți la procedura de achiziție publică, și nici nu a fost încălcată legislația în vigoare aplicabilă în domeniul achizițiilor publice, legislație care a fost respectată întocmai.

Trebuie avut în vedere și faptul că, în conformitate cu pct. 2.3 din Anexa 1 la O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene, nu rezultă care sunt situațiile concrete de restricții stabilite de autoritatea contractantă în documentația de atribuire a contractului de servicii nr. 393/2009, în ce privește subcontractanții, de o gravitate pe măsura procentului de corecție financiară de 10% din valoarea acestui contract, situații care să fi favorizat un singur operator economic, sau să fi limitat accesul anumitor operatori economici la procedura de achiziție publică în cauză, situații care, de altfel, nu se regăsesc printre „abaterile” reținute autorității contractante, în ce privește atribuirea contractului de servicii mai sus menționat.

Referitor la impunerea, prin fișa de date a achiziției, la pct. V.4.1 - capacitatea tehnică a cerinței obligatorii în sensul că "ofertantul trebuie să fi executat și finalizat, în ultimii trei ani, 3 contracte similare, a căror valoare totală să fie egală cu minim 223.000 lei", precum și a cerinței prevăzute la pct. V.4.2 - capacitatea profesională - privind experiența similară în poziția de coordonator echipă supervizare (minim 3 proiecte) și experiență similară în poziția de diriginte de șantier lucrări drumuri în cel puțin 3 proiecte, nu reprezintă cerințe de natură a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de servicii în cauză.

Cerințele minime de calificare, în ce privește capacitatea tehnică și profesională, astfel cum au fost prevăzute în fișa de date a achiziției de către autoritatea contractantă, inclusiv referitor la solicitarea unei experiențe de minim 10 ani în proiecte de asistență tehnică/supraveghere pentru coordonatorul echipei, nu încalcă prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) și b) din H.G. nr. 925/2006, și nici prevederile art. 178 alin. (2) din OUG nr 34/2006.

Conform Ordinului Autorității Naționale de Reglementare și Monitorizare a Achizițiilor Publice nr. 509/2011, privind formularea criteriilor de calificare și selecție, sunt enumerate prin Anexa 1 și 2, formulările restrictive și nerestrictive în ce privește documentația de atribuire și invitația de participare, act care a fost publicat în M.Of. nr. 687/28 septembrie 2011. În condițiile în care, până la data de 28 septembrie 2011, prin O.U.G. nr. 34/2006 nu existau precizate cerințele apreciate ca fiind restrictive, astfel cum au fost prevăzute în Ordinul ANRMAP mai sus menționat, precum și având în vedere prevederile art. 9 din H.G. nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, astfel cum a fost modificat prin H.G. nr. 834/2009, apreciem că abaterile reținute autorității contractante conform prezentei NOTE DE CONSTATARE a neregulilor nr. CA-70613/21.09.2012, în ce privește procedura de atribuire a contractului de servicii nr. 393/2009, privind proiectul cod SMIS 1100 nu există, iar pe cale de consecință, nu se face dovada impunerii vreunei condiții restrictive de calificare.

Licitația publică pentru atribuirea contractului de servicii nr. 393/2009 a fost demarată la data de 22.07.2009, conform anunțului de participare nr. 82881/22.07.2009, documentația de atribuire

fiind întocmită la data de 21.07.2009, sub nr.8788. La acea dată, singurele reglementări în vigoare referitoare la stabilirea cerințelor minime privind capacitatea tehnică/profesională a ofertanților, erau cele prevăzute de art. 188 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, precum și de art. 9 din H.G. 925/2006 - astfel cum a fost modificat prin H.G. 834/22.07.2009 (în ce privește cerințele minime de calificare prezumate ca fiind disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit), situație față de care rezultă că autoritatea contractantă a respectat întocmai aceste prevederi legale, concretizate prin cerințele de calificare din fișa de date a achiziției publice. Aceste cerințe de calificare nu erau interzise prin nici un text de lege aflat în vigoare la data demarării procedurii de licitație publică, pentru atribuirea contractului de servicii mai sus menționat, neputând reprezenta astfel, încălcări ale legii.

La momentul întocmirii documentației de atribuire a contractului de servicii mai sus menționat, respectiv la data de 21.07.2009, nu existau definite la nivelul legislației cerințele minime de calificare disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică, aceste criterii fiind definite ulterior prin Hotărârea nr. 834/22.07.2009 și prin Ordinul ANRMAP 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție.

Se constată astfel că autoritatea contractantă - Consiliul Județean Dâmbovița, în documentația de atribuire a contractului de servicii nr. 393/22.09.2009, nu a încălcat prevederile legale în vigoare la momentul desfășurării procedurii de atribuire.

Or, art. 298 din O.U.G. nr. 34/2006, în vigoare la data inițierii de achiziție publică în cauză, prevede expres: "Contractele în curs de executare și procedurile de atribuire în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se definitivează pe baza prevederilor legale în vigoare la data inițierii acestora".

III. Beneficiarul, în calitate de autoritate contractantă, a evaluat corect îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție, de către ofertantul desemnat câștigător, S.C. ROMAIR CONSULTING S.R.L, în procedura de atribuire a contractului de servicii nr. 393/2009.

De altfel, prin scrisoarea nr. 89/09.05.2008, întocmită de către Blank et Veatch Ltd, se confirmă faptul că lucrările la contractul încheiat cu S.C. Apă Canal S.A. Sibiu au fost încheiate, situație în care, în mod corect s-a constatat, conform procesului-verbal de deschidere a ofertelor nr. 9792/12.08.2009, de către comisia de evaluare, că ofertantul S.C. ROMAIR CONSULTING S.R.L. a depus documentele solicitate în documentația de atribuire.

Acest fapt rezultă și din recomandarea nr. 4632/09.05.2008, pe care o anexăm alăturat, în care se specifică următoarele: "Ca urmare a aplicației Constructorului pentru Certificatul de recepție a Lucrărilor (scrisoarea Constructorului nr. SZ-BV-543/31.03.2008), confirm faptul că lucrările au fost finalizate în data de 14 aprilie 2008 în conformitate cu condițiile Contractului, și conform clauzei 10.1 din condițiile contractului, acest Certificat confirmă faptul că Beneficiarul a recepționat Lucrările".

IV. Impunerea, de către autoritatea contractantă, în fișa de date a achiziției, la subpunctul V.4.3) „Subcontractanți” a cerinței obligatorii în conformitate cu care „Subcontractanții pot efectua maxim 35% din valoarea contractului de servicii care va fi încheiat”, nu reprezintă nicio cerință de natură a fi limitat participarea ofertanților economici la procedura de achiziție publică a contractului de servicii de promovare (informare și publicitate) nr. 360/10.09.2009.

Din cuprinsul reglementărilor H.G. nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din O.U.G. nr. 34/2006,

rezultă că nu exista, la data demarării procedurii de atribuire a acestui contract prevedere legală care să interzică, expres ori implicit, o asemenea cerință din partea autorității contractante.

Astfel, urmare a derulării procedurii de achiziție publică, prin care autoritatea contractantă a atribuit contractul de servicii nr. 360/10.09.2009 către S.C. SIGN 4 YOU S.R.L, în vederea executării de servicii de promovare (informare și publicitate) pentru proiectul „Ranforsarea și modernizarea drumurilor județene 701, DJ401A și DJ 711A pe traseul Dobra-Cornățelu-Braniștea-Titu-Sălcuța-Odobești-Potlogi-Corbii Mart", nu s-au încălcat prevederile legale referitoare la subcontractanți din legislația națională, și nici prevederile Directivei 2004/18/EC, ca urmare a introducerii, în documentația de atribuire, a unor cerințe în ce privește subcontractanții.

Art. 45 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 prevede că: „Fără a diminua răspunderea în ceea ce privește modul de îndeplinire a viitorului contract de achiziție publică, ofertantul are dreptul de a include în propunerea tehnică posibilitatea de a subcontracta o parte din contractul respectiv", în același timp, alin. (2) al aceluiași articol de lege prevede că: „în cazul în care autoritatea contractantă solicită, ofertantul are obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși".

Prin urmare, legea prevede expres posibilitatea pentru autoritatea contractantă, de a uza de clauza de subcontractare, deci implicit de a uza de dreptul de a include în fișa de date a achiziției, a unor cerințe în legătură cu limitarea subcontractării.

Or, din conținutul art. 45 al O.U.G. nr. 34/2006, nu rezultă existența vreunei prevederi legale în conformitate cu care autorității contractante îi este interzisă includerea clauzei de subcontractare a unei părți din contractul ce urmează a fi atribuit în fișa de date a achiziției, pe considerentul că altminteri, s-ar reduce răspunderea ofertantului declarat câștigător, în ceea ce privește modul de îndeplinire a contractului de achiziție publică ce i-a fost atribuit.

De altfel, pe parcursul perioadei de timp, de la data publicării invitației de participare nr. 214662/15.06.2009, și până la data atribuirii efective a contractului de servicii nr.393/22.09.2009, nu s-au solicitat clarificări în ce privește cerințele de subcontractare astfel cum au fost prevăzute în documentația de atribuire și, mai mult, nu au existat contestații care să fi fost formulate de potențiali ofertanți la C.N.S.C., în legătură cu subcontractarea.

Față de modalitatea efectivă de atribuire a contractului de achiziție publică menționat, la care au participat 3 ofertanți, după cum rezultă din raportul de atribuire a contractului, nu rezultă că în cauză ar fi fost favorizat un singur operator economic, ori că s-ar fi limitat accesul anumitor operatori economici la această procedură.

În concluzie, față de cele mai sus arătate rezultă că:

Autoritatea contractantă, prin includerea în fișa de date a achiziției, a unor cerințe privind limitarea subcontractării, nu a redus, ci a păstrat răspunderea ofertantului în executarea contractului de servicii nr. 360/10.09 2009, punând în aplicare prevederile art. 45 (1) din O.U.G. nr. 34/2006; Limitarea subcontractării la maxim 35% nu este interzisă de nici un text de lege, astfel că această cerință nu poate fi considerată, în raport de modalitatea de atribuire a contractului de servicii nr. 360/2009, de natură a fi îngădit opțiunea potențialilor ofertanți de a participa la procedura de achiziție publică a acestui contract.

De altfel, conform documentației de atribuire a contractului de servicii mai sus menționat, nu rezultă că s-ar fi încălcat prevederile art. 179 (1) din O.U.G. nr. 34/2006, în conformitate cu care criteriile de calificare și selecție stabilite de către autoritatea contractantă trebuie să aibă o legătură evidentă cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit.

Or, prin însăși inițierea și derularea proiectului de investiții Cod SMIS 1100 în cauză, se dovedește complexitatea realizării unei investiții ce urmărește, din punct de vedere calitativ, atingerea standardelor europene în materie de infrastructură rutieră.

Astfel, la data întocmirii documentației de atribuire a contractului de servicii de promovare și publicitate nr. 360/2009, această limitare a subcontractării de 35% din valoarea contractului a fost precizată cu scopul de a diminua riscul neîndeplinirii, or îndeplinirii defectuoase a obligațiilor contractuale. Nu puteau fi stabilite ca atare, în modelul de contract, obligații contractuale ale subcontractanților în raport cu autoritatea contractantă, întrucât aceștia nu răspundeau direct față de beneficiarul contractului, pentru partea de contract ce urmau să o execute, consiliul județean neavând posibilitatea să verifice capacitatea tehnico-economică a viitorilor subcontractanți.

Limitarea subcontractării în ce privește serviciile de promovare (informare și publicitate), ce fac obiectul contractului de servicii nr. 360/2009, constituie o măsură asiguratorie, pe deplin justificată, pe care autoritatea contractantă avea dreptul să o prevadă în documentația de atribuire, în vederea realizării la termen a contractului de achiziție publică în cauză.

Invitația de participare la procedură nu se putea publica în SEAP fără verificarea, în prealabil, de către ANRMAP, ca autoritate competentă conform legii, a respectării tuturor condițiilor de legalitate, de formă și de fond ale achiziției publice în cauză, condiții pe care autoritatea contractantă era ținută să le prevadă în documentația de atribuire.

Prin însăși precizările Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice (ANRMAP), referitor la limitarea subcontractării, s-a statuat că, ținând cont de prevederile art. 45 și art. 188 (2) literele "c" și "h", și alin. (3), literele "b" și "g" din O.U.G. nr. 34/2006, atât legislația europeană, prin Directiva 2004/18/EC, cât și legislația națională, precum și actele normative date în aplicarea O.U.G. nr. 34/2006, nu exclud posibilitatea pentru autoritatea contractantă să limiteze subcontractarea pentru executarea contractului de achiziție publică.

ANRMAP verifică fiecare anunț transmis de către autoritatea contractantă pentru publicare în SEAP, astfel încât, de la caz la caz, această autoritate, fie emite operatorului SEAP acceptul de publicare a anunțului respectiv, fie respinge publicarea anunțului, informând autoritatea contractantă de neconformitățile constatate.

De altfel, operatorul SEAP nu are dreptul de a publica invitația de participare transmisă de autoritatea contractantă, fără obținerea acceptului de publicare emis de către ANRMAP, iar această autoritate, cu atribuții de monitorizare și verificare a modului de derulare a achizițiilor publice, nu a consemnat nicio încălcare a legii referitor la atribuirea contractului de servicii nr. 360/2009, fapt confirmat prin însăși invitația de participare publicată în SEAP.

Procedura de achiziție publică, având ca finalitate contractul de servicii nr. 360/10.09.09.2009 s-a derulat în anul 2009, conform invitației de participare nr. 214662/15.06.2009, precum și cu respectarea întocmai a prevederilor O.U.G. nr.34/2006 și H.G. nr. 925/2006 în vigoare la acea dată, procedură verificată de legalitate și aprobată de ANRMAP, în calitate de autoritatea cu atribuții de monitorizare și verificare a modului de derulare a achizițiilor publice.

Art. 298 din O.U.G. nr. 34/2006, în vigoare al data inițierii de achiziție publică în cauză, prevede expres: "Contractele în curs de executare și procedurile de atribuire în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se definitivează pe baza prevederilor legale în vigoare la data inițierii acestora".

V. Referitor la impunerea, prin fișa de date a achiziției, la pct.V.4.1 - capacitatea tehnică a cerinței obligatorii în sensul că "oferantul trebuie să fi executat și finalizat, în ultimii trei ani, 3 contracte

similare, a căror valoare totală să fie egală cu minim 23.000 lei", nu reprezintă o cerință de natură a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de servicii nr. 360/10.09.2009.

Cerințele minime de calificare, astfel cum au fost prevăzute în fișa de date a achiziției, de către autoritatea contractantă, în ce privește capacitatea tehnică, nu încalcă prevederile art. 8 alin. (1) lit a) și b) din H.G. nr. 925/2006, astfel cum a fost modificat prin H.G. nr. 534/2009, și nici prevederile art. 178 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006.

Conform Ordinului Autorității Naționale de Reglementare și Monitorizare a Achizițiilor Publice nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, sunt enumerate prin anexa 1 și 2, formulările restrictive și nerestrictive în ce privește documentația de atribuire și invitația de participare, act care a fost publicat în M.Of. nr. 687/28 Septembrie 2011.

În condițiile în care, până la data de 28 septembrie 2011, prin O.U.G. nr. 34/2006 nu existau precizate cerințele apreciate ca fiind restrictive, astfel cum au fost prevăzute în Ordinul ANRMAP mai sus menționat, precum și având în vedere prevederile art. 9 din H.G. nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, abaterile reținute autorității contractante conform prezentei note de constatare a neregulilor nr. CA-70613/21.09.2012, emisă de echipa de audit din cadrul M.D.R.T, în ce privește contractul de servicii nr. 360/2009, privind proiectul cod SMIS 1100 nu există, iar pe cale de consecință, nu se face dovada impunerii vreunei condiții restrictive de calificare.

Astfel, fără retroactivarea Ordinului ANRMAP nr. 509/2011, cerința de calificare impusă de autoritatea contractantă nu poate să conducă la o sancțiune pe care legiuitorul nu a prevăzut-o la momentul derulării procedurii de achiziție publică în cauză, întrucât o astfel de situație ar adăuga la lege.

De asemenea, ținând cont de modul cum a fost exprimată în documentația de atribuire, cerința privind dovedirea experienței similare, precum și ținând cont de prevederile legale aplicabile la data inițierii procedurii de atribuire a contractului de servicii nr. 360/2009, rezultă că cerința conform cu care ofertantul trebuie să fi executat și finalizat în ultimii 3 ani, 3 contracte similare, a căror valoare totală să fie egală cu minim 23.000 lei, nu este o cerință restrictivă.

Având în vedere că licitația publică pentru atribuirea contractului de servicii nr. 360/2009 a fost demarată la data de 15.06.2009, conform invitației de participare nr. 214662/15.06.2009, precum și având în vedere că la acea dată singurele reglementări în vigoare referitoare la stabilirea cerințelor minime privind capacitatea tehnică/profesională a ofertanților, erau cele prevăzute de art. 176 din O.U.G. nr. 34/2006, precum și de art. 9 din H.G. 925/2006, rezultă că autoritatea contractantă a aplicat întocmai aceste prevederi legale, concretizate prin cerințele de calificare din fișa de date a achiziției publice.

Ori, art. 298 din O.U.G. nr. 34/2006, în vigoare la data inițierii de achiziție publică în cauză, prevede expres: "Contractele în curs de executare și procedurile de atribuire în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se definitivează pe baza prevederilor legale în vigoare la data inițierii acestora".

Faptul că echipa de audit din cadrul MDRT apreciază că nu s-ar fi justificat, de către autoritatea contractantă, alegerea și impunerea cerinței de calificare prevăzută la punctul V.4.1 din fișa de date a achiziției, privind dovedirea experienței similare pe capacitatea tehnică, astfel cum este menționată la subpct. A1, nu poate constitui motiv în sensul legii, de apreciere asupra

disproporționalității cerinței în cauză, în raport cu valoarea, natura și obiectul contractului de achiziție publică de servicii în cauză, nementionându-se niciun criteriu de apreciere pe disproporționalitate, în concret.

Aceasta cu atât mai mult cu cât, tot în mod nejustificat, și fără enumerarea vreunui criteriu concret de apreciere în acest sens, s-a considerat de către echipa de control din cadrul MDRT, că cerința de calificare mai sus menționată, nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de servicii nr. 360/10.09.2009.

Conform art. 9 din H.G. nr. 925/2006, nu rezultă că cerințele de calificare avute în vedere de echipa de control în prezenta NOTĂ DE CONSTATARE a neregulilor, s-ar fi încadrat în vreuna din cerințele minime de calificare disproporționate, astfel cum sunt expres enumerate în acest act normativ, acestea fiind singurele formulări restrictive la care legea făcea trimitere, în mod expres, la data demarării procedurii de achiziție publică în discuție.

Motivul pentru care s-a solicitat operatorilor economici, de către autoritatea contractantă, pentru dovedirea experienței similare, a cerinței ca aceștia să fi executat și finalizat în ultimii 3 ani, 3 contracte similare, a căror valoare totală să fie egală cu minim 23.000 lei, nu a reprezentat o cerință arbitrară, ci a vizat existența unei constante în executarea de contracte similare, de complexitate asemănătoare cu obiectivul urmărit prin atribuirea contractului de servicii nr. 360/2009. Astfel, nu s-a urmărit restricționarea accesului ofertanților prin impunerea acestei cerințe de calificare, ci s-a avut în vedere asigurarea faptului că ofertanții au experiența minimă necesară care să le permită derularea și finalizarea la termen a contractului de servicii ce urma a fi atribuit.

Este evident așadar, că scopul urmărit de autoritatea contractantă a fost acela de a verifica posibilitatea executării în concret a contractului de servicii menționat, în condițiile în care cerințele de calificare privind dovedirea experienței similare au reprezentat modul cel mai exact de a se asigura executarea în bune condiții și la termenul prevăzut, a respectivului contract.

Față de această situație, nu se face dovada că s-ar fi încălcat art. 179 din O.U.G. nr. 34/2006, care prevede: "nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului, luând în considerare exigențele specific impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia".

În conformitate cu dispozițiile art. 176 și art. 187 alin. (1) și (2) din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă are dreptul de a prevedea, în scopul verificării capacității tehnice/profesionale a ofertanților, cerințe de calificare referitoare la experiența similară, în funcție de specificul, volumul și complexitatea serviciilor ce urmează a fi executate prin atribuirea contractului.

Așadar, această cerință de calificare privind dovedirea experienței similare nu depășește condiția legală a cerințelor strict necesare, astfel cum sunt prevăzute la art. 179 din O.U.G. nr. 34/2006.

Aprecierea, la modul general, făcută de echipa de audit din cadrul MDRT, asupra faptului că cerințele de calificare vizate ca motiv în aplicarea corecției financiare corespunzător prezentei note de constatare a neregulilor nr. CA-70613/21.09.2012, nu ar avea relevanță în raport de contractul de servicii nr. 360/2009, nu poate înlătura dreptul prevăzut de legiuitor autorității contractante, prin O.U.G. nr. 34/2006, de a decide asupra modalității de apreciere cu privire la dovedirea experienței similare în legătură cu capacitatea tehnică a ofertanților, drept care este reglementat ca atare în art. 176 și 187 din acest act normativ.

Pentru orice autoritate contractantă este imperativ ca selectarea ofertantului câștigător al unei proceduri de achiziție publică să se realizeze în mod riguros, în scopul finalizării corespunzătoare a contractului de achiziție publică.

De aceea, autoritatea contractantă are dreptul de a cere operatorului economic selectat dovada că acesta are o solidă capacitate tehnică/profesională, necesară îndeplinirii obligațiilor specifice asumate prin contractul încheiat cu respectiva autoritate contractantă, în raport de exigențele și standardele cerute de realizarea unui obiectiv de investiții complex, precum este cazul în situația de față.

Aceste exigențe de selecție riguroasă a ofertanților explică voința legiuitorului de a permite autorităților contractante să poată fixa riguros și în mod obiectiv, cerințele minime de calificare pentru ofertanții economici participanți la procedura de atribuire.

Nu trebuie pierdut din vedere faptul că scopul organizării procedurii de licitație publică prevăzută de O.U.G. nr. 34/2006 este tocmai verificarea capacității ofertanților și atribuirea contractului către ofertantul care corespunde cel mai bine scopului urmărit de autoritatea contractantă, astfel încât, neluarea acestei măsuri de siguranță să nu fie potrivnică prudenței elementare care se impune în realizarea la termen a contractului de achiziție publică în cauză.

Singura limitare, prevăzută până la intrarea în vigoare a Ordinului ANRMAP nr. 509/2011, ordin care nu era incident în cauză, constă în respectarea principiilor prevăzute de art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006, principii care nu au fost încălcate în niciun fel. În cauză nu s-a făcut dovada faptului că cerințele referitoare la experiența similară în demonstrarea capacității tehnice/profesionale a ofertanților ar fi avut alt scop decât acela de a realiza o departajare riguroasă a celei mai bune oferte pentru contractul de achiziție publică ce s-a atribuit, sau că nu ar fi fost în legătură cu contactul de servicii mai sus menționat.

La momentul inițierii procedurii de atribuire a contractului de servicii nr. 360/10.09.2009 respectiv la data de 15.06.2009, nu existau definite la nivelul legislației cerințele minime de calificare disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică, aceste criterii fiind definite ulterior prin Hotărârea nr. 834/22.07.2009 și prin Ordinul 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție.

Se constată astfel, că autoritatea contractantă - Consiliul Județean Dâmbovița, în documentația de atribuire a contractului de servicii nr. 360/10.09.2009, nu a încălcat prevederile legale în vigoare la momentul desfășurării procedurii de atribuire.

În fapt, constatările precum și măsurile dispuse de echipa de audit în cuprinsul deciziei în cauză contestate sunt nefondate, având în vedere și următoarele considerente:
Aplicarea măsurilor, de către echipa de audit din cadrul MDRT, conform celor dispuse prin nota de constatare a neregulilor nr. CA-70613/21.09.2012, s-a făcut cu încălcarea principiului de rang constituțional al neretroactivității legii.

Astfel, potrivit art. 15 alin. 2) din Constituția României "legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile".
Principiul neretroactivității legii asigură stabilirea și securitatea raporturilor juridice. O lege adoptată reglementează situațiile juridice create din momentul intrării în vigoare, deci produce efecte juridice numai pentru viitor.

Prin urmare, legea nouă nu poate afecta actele sau faptele juridice petrecute anterior momentului în care ea a dobândit forță obligatorie, în cauză, trebuie reținut că prin O.U.G. nr. 66/2011,

publicată în Monitorul Oficial nr. 51 din 30 iunie 2011, s-au reglementat "activitățile de prevenire, de constatare a neregulilor, ce stabilire și de recuperare a creanțelor bugetare rezultate din neregulile apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora" (art. 1 alin. 1).

Art. 6 alin. (3) din același act normativ, prevede: "autoritățile cu competență în gestionarea fondurilor europene au obligația aplicării de reduceri procentuale din sumele solicitate la plată de către beneficiar, în conformitate cu prevederile anexei care face parte integrantă din prezenta ordonanță de urgență, în situația în care constată abateri de la aplicarea prevederilor reglementărilor naționale în vigoare în domeniul achizițiilor publice".

Respectând principiul neretroactivității legii, rezultă că reducerile/corecțiile financiare aplicabile cheltuielilor aferente proiectelor finanțate din fonduri europene și/sau fonduri publice naționale aferente acestora se aplică numai pentru actele sau faptele de nerespectare a reglementărilor privind achizițiile săvârșite după intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011, respectiv după data de 30 iunie 2011 când acest act normativ a fost publicat în Monitorul Oficial.

Acesta rezultă și din dispozițiile art. 66 din O.U.G. nr. 66/2011 potrivit cărora "activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată prin Lege nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare".

Din această dispoziție rezultă cu claritate că toate actele și faptele ce ar constitui abateri de la reglementările privind achizițiile publice, încheiate sau comise anterior intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011, sunt supuse legii vechi în timpul căreia s-au produs (O.G. nr. 79/2003), iar legea nouă se aplică numai actelor și faptelor ce constituie abateri de la legislația achizițiilor publice, încheiate sau comise după intrarea ei în vigoare.

Corecțiile financiare sunt măsuri administrative cu caracter sancționator, reglementate pentru prima dată prin O.U.G. nr. 66/2011, astfel încât nu pot fi aplicate actelor și faptelor anterioare intrării în vigoare a acestei legi.

În cauză, legea a fost aplicată retroactiv, dispunându-se corecții financiare pentru acte și fapte considerate a fi încălcări ale legii în materia achizițiilor publice petrecute în anul 2009, în cadrul procedurii de atribuire a contractelor de servicii nr. 360/10.09.2009 și nr. 393/22.09.2009.

Această încălcare esențială a legii, a principiului constituțional al neretroactivității legii fiind de natură a afecta grav stabilitatea și securitatea raporturilor juridice și încrederea în lege, atrage nulitatea absolută a prezentei note de constatare și nelegalitatea pronunțării ulterioare, a vreunei decizii, ca etapă definitivă în sistemul căilor administrative de atac. Măsura aplicării corecțiilor financiare în sumă totală de 21.175,00 lei este neîntemeiată, din moment ce echipa de audit a analizat desfășurarea ambelor proceduri de achiziție publică pentru atribuirea contractelor de servicii nr. 393/22.09.2009 și nr. 360/10.09.2009, prin prisma O.G. nr. 66/2011 și a Ordinului ANRM nr. 509/14.09.2011, care oferă o abordare unitară în ce privește formularea criteriilor de calificare și selecție, acte normative apărute ulterior datei la care au fost inițiate procedurile de atribuire în discuție, fără a se lua în considerare OUG 34/2006 și HG nr. 925/2006, în forma în vigoare la acea dată, încălcându-se astfel principiul neretroactivității legii.

Față de aceste considerente, reclamanta solicită admiterea acțiunii sale, așa cum a fost formulată. În probațiune, reclamanta a solicitat încuviințarea dovezii cu înscrisuri.

Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice a depus întâmpinare, solicitând respingerea acțiunii reclamantului ca neîntemeiată. Pârâta arată că a efectuat un control asupra modului de implementare al proiectului cod SMIS 1100 cu titlul „Ranforsarea și modernizarea drumurilor județene 701, DJ 401A și DJ 711A pe traseul Dobra-Comățelu- Branistea-Titu-Sălcuța-Odobești-Potlogi-Corbii Mari", beneficiar UAT Județul Dâmbovița. Verificarea a fost declanșată ca urmare a adresei nr. VT-56772/31.07.2012 a Serviciului Verificare Conformitate Programe și Gestionare Nereguli din cadrul Direcției Generale Autoritatea de Management - Programul Operațional Regional, care conținea constatări cu implicații financiare, cu privire la încălcarea normativelor legale în materie de achiziție publică la atribuirea următoarelor contracte de servicii: nr.393/22.09.2009 încheiat cu SC ROMAIR CONSULTING SRL și nr. 360/10.09.2009 încheiat cu SC Sign 4 You SRL.

Neregula a fost semnalată cu ocazia efectuării misiunii de audit a Autorității de Audit din cadrul Curții de Conturi în Raportul de audit de operațiuni pentru POR nr. 51140/AP/23.07.2012 înregistrat la MDRAP sub nr. 54438/23.07.2012 - Anexa 4.3 Centralizatorul constatărilor și recomandărilor formulate Autorității de Management POR și OI ADR Sud Muntenia.

Acțiunea de control a urmărit verificarea dosarelor achizițiilor publice de servicii, respectiv identificarea cerințelor minime de calificare restrictive raportat la dispozițiile art.178 alin. 2 din OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, în vigoare la data procedurii (aspectele sesizate).

Urmare a verificărilor efectuate, echipa de control din cadrul MDRAP a constatat următoarele nereguli:

A) în ceea ce privește serviciile de dirigenție de șantier (Contractul de servicii nr. 393/22.09.2009 încheiat cu SC ROMAIR CONSULTING SRL) referitor la subcontractare:

Introducerea cerinței obligatorii potrivit căreia ofertantul nu trebuie să depășească un anumit procent de subcontractare, reprezintă o limitare cu privire la dreptul operatorului economic care participă la o procedură organizată pentru atribuirea unui contract de achiziție publică și este în contradicție cu prevederile referitoare la subcontractare din legislația națională, respectiv art. 45 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare în vigoare la data procedurii, prevederi care transpun în totalitate dispozițiile art. 25 din Directiva 2004/18/EC.

În Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-70613/21.09.2012 s-a reținut faptul că această abatere a fost sancționată prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 47683/27.06.2012 și fost aplicată o corecție financiară de 5%. Corecția s-a reținut din sumele solicitate la rambursare fa cererile de rambursare nr. 2-4.

În ceea ce privește impunerea cerințelor privind dovedirea experienței similare, autoritatea nu a motivat în nota justificativă privind stabilirea criteriilor minime de calificare nr. 8786/21.07.2009, de ce a impus ca ofertantul să fi executat și finalizat în ultimii 3 ani un număr specific de contracte similare, considerând că prin solicitarea în cauză "dorește să fie sigura că ofertantul deține mijloacele minimale necesare executării contractului".

Totodată, nu a argumentat de ce a solicitat o experiență de minim 10 ani în proiecte de asistență tehnică/supervizare pentru coordonator și experiență specifică pentru toți experții propuși pentru executarea contractului de minim 3 proiecte. O altă cerință restrictivă este cea referitoare la prezentarea de copii legalizate după contractele de muncă ale experților propuși, angajați ai ofertantului. S-a constatat faptul că cerințele impuse au un caracter restrictiv.

Astfel, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art.178 alin. 2 din OUG 34/2006 și prevederile art. 8 din HG 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, în vigoare la data procedurii, respectiv a impus și a aplicat criteriile de calificare restrictive.

Reclamantul, în calitate de autoritate contractantă, a evaluat incorect îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție de către ofertantul desemnat câștigător:

Ofertantul declarat câștigător SC ROMAIR CONSULTING SRL nu a îndeplinit cerințele de calificare impuse de autoritatea contractantă. Acesta nu a depus procesul verbal de recepție la finalizarea contractului încheiat cu SC Apa Canal SA Sibiu pe care l-a menționat în formularul nr. 5. La documentele de calificare a fost depusă doar scrisoarea nr. 89/09.05.2008 întocmită de către Black & Veatch Ltd, prin care se confirmă faptul că lucrările au fost finalizate în data de 14.04.2008.

Astfel, oferta SC ROMAIR CONSULTING SRL nu a îndeplinit cerințele minime de calificare și, pe cale de consecință declararea ei ca ofertă câștigătoare s-a făcut cu încălcarea legislației privind achizițiile publice, respectiv a dispozițiilor art. 200 din OUG nr. 34/2006 și ale art. 36 alin. (1) lit. b), art. 37 alin. (1) și art. 81 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, în vigoare la data procedurii.

Autoritatea contractantă nu a respectat principiul tratamentului egal al ofertanților prin acceptarea unei oferte care nu îndeplinea cerințele minime de calificare, respectiv contractul a fost atribuit cu respectarea cerințelor privind publicitatea, dar procedura de atribuire a încălcat principiul tratamentului egal al operatorilor.

Pentru considerentele menționate la punctele 1), 2) și 3) și avându-se în vedere prevederile OUG nr. 66/2011, pentru nerespectarea regulilor privind achizițiile publice, s-a considerat că este necesară aplicarea unei corecții financiare de 10% aplicată la valoarea de 379.500,00 lei fără TVA, aferentă contractului de servicii nr. 393/22.09.2009, atribuit fără organizarea unei licitații adecvate, respectiv suma de 37.950,00 lei fără TVA.

Întrucât prin Nota de constatare nr. CA nr.47683/27.06.2012 s-a aplicat o corecție de 5% la contractul de servicii nr. 393/22.09.2009, iar creanța bugetară în sumă de 16.325,00 lei și TVA recuperabilă în valoare de 3.783,36 lei a fost stabilită pe baza sumelor rambursate la cererile 2-4, pe cale de consecință, valoarea corecției finale care va fi aplicată contractului de servicii nr. 393/22.09.2009 prin Nota de constatare nr. CA-70613/21.09.2012 este 5%.

B. În ceea ce privește serviciile de promovare și publicitate (Contractul nr. 360/10.09.2009 încheiat cu SC Sign 4 You SRL).

Având în vedere prevederile art. 178 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006 care interzic autorităților contractante de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire, precum și faptul că aplicarea procedurilor de achiziție stipulate în OUG nr. 34/2006 trebuie să răspundă scopului principal statuat la art. 2, alin. (I) litera a) și anume promovarea concurenței între operatorii economici, s-a constatat faptul că UAT Județul Dâmbovița nu a solicitat doar demonstrarea capacității profesionale în conformitate cu dreptul conferit de dispozițiile art. 187 din OUG 34/2006, în vigoare la data aplicării procedurii de achiziție, ci prin impunerea acestei cerințe, a stabilit limite pentru viitorii ofertanți, limite care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urma să fie atribuit.

Introducerea cerinței obligatorii potrivit căreia ofertantul nu trebuie să depășească un anumit procent de subcontractare, reprezintă o limitare cu privire la dreptul operatorului economic care participă la o procedură organizată pentru atribuirea unui contract de achiziție publică și este în contradicție cu prevederile referitoare la subcontractare din legislația națională, respectiv art. 45

din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare în vigoare la data procedurii, prevederi care transpun în totalitate dispozițiile art. 25 din Directiva 2004/18/EC.

Referitor la demonstrarea experienței similare, autoritatea nu a motivat în nota justificativă privind stabilirea criteriilor minime de calificare, de ce a impus ca ofertantul să fi executat și finalizat în ultimii 3 ani un număr specific de contracte similare.

S-a constatat caracterul restrictiv al cerinței impuse de autoritatea contractantă în sensul că restricționează accesul posibililor ofertanți care doreau să participe la procedură și care nu îndeplineau aceste criterii de calificare.

Astfel, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 178 alin. 2 din OUG 34/2006 și prevederilor art. 8 din HG 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, în vigoare la data procedurii, respectiv a impus și a aplicat criterii de calificare limitative.

Pentru considerentele menționate la punctele 1) și 2) și avându-se în vedere prevederile OUG nr. 66/2011, pentru nerespectarea regulilor privind achizițiile publice, s-a considerat că este necesară aplicarea unei corecții financiare de 5% din valoarea antracului de servicii nr. 360/10.09.2009 în valoare de 44.000,00 lei fără TVA, atribuit fără organizarea unei licitații adecvate, respectiv suma de 2.200,00 lei fără TVA.

Referitor la nelegalitatea aplicării prevederilor OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, pârâta arată următoarele:

Sub aspectul actului normativ aplicabil în speță, urmează a fi avute în vedere prevederile art. 66 din OUG nr. 66/2011, potrivit căroră: „activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare”.

Raportat la prevederile articolului mai sus menționat este evident faptul că OG nr. 79/2003 ar fi fost aplicabil în speță numai în situația în care controlul ar fi fost deja început la data intrării în vigoare a OUG nr.66/2011. Indiferent de momentul identificării neregulilor în utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, încălcarea legii se sancționează.

Abaterile de la prevederile legislației naționale și comunitare sunt sancționate în baza legii specifice aplicabile la data efectuării controlului, însă calificarea abaterii se realizează prin raportare la dispozițiile legale incidente la momentul la care faptele și actele juridice s-au produs. Interpretarea acestor prevederi legale rezultă din situația de excepție a activității de control, controlul având caracter ulterior, inclusiv înlăuntrul termenului de prescripție extinctivă.

Având în vedere că efectuarea controlului s-a făcut după intrarea în vigoare a OUG nr. 66/2011, apreciază pârâta că doar acest act normativ poate fi aplicabil în speță.

De altfel, în cazul constatării unei abateri de la legalitate, sancțiunea din Ordonanța Guvernului nr. 79/2003 ar fi fost declararea ca neeligibile a cheltuielilor efectuate în cadrul proiectului, cu alte cuvinte o corecție de 100%.

Neregulile săvârșite în procedura de utilizare și administrare a fondurilor comunitare și a fondurilor de cofinanțare aferente, așa cum sunt definite prin art. 2 lit. a) din OG nr. 79/2003, sunt sancționate cu restituirea sumelor plătite din fondurile comunitare și/sau din cofinanțarea aferentă, costurile bancare, inclusiv accesoriile acestora, precum și a altor sume stabilite de lege în

sarcina debitorului, în conformitate cu art. 4 din actul normativ mai sus menționat, acestea fiind considerate creanțe bugetare și asimilate creanțelor bugetare (art. 2 lit.d și art. 4 alin. 2 din ordonanță).

Aplicarea în timp a OG nr. 79/2003 a generat stabilirea unor debite excesive în sarcina beneficiarilor fondurilor europene, inclusiv a instituțiilor publice finanțate de la bugetul de stat, ca urmare a restituirii integrale a sumelor de care au beneficiat în mod necuvenit.

OUG nr. 66/2011 consacră prin art. 2 lit. n) principiul proporționalității în sensul că „orice măsură adoptată trebuie să fie adecvată, necesară și corespunzătoare scopului urmărit atât în ceea ce privește resursele angajate în constatarea neregulilor, cât și în ceea ce privește stabilirea creanțelor bugetare rezultate din nereguli, ținând seama de natura și frecvența neregulilor constatate și de impactul financiar al acestora asupra proiectului/programului respectiv”.

Acest principiu și-a găsit exprimarea concretă în prevederile Anexei 1 ale OUG nr. 66/2011 în care sunt stabilite procentual corecțiile fiscale pentru fiecare abatere constatată.

Prevederile de natură fiscală ale celor două ordonanțe, reglementează în mod evident situații juridice obiective, astfel încât, aplicarea unor corecții fiscale mai favorabile reglementate de legea nouă - OUG nr. 66/2011 - unor situații juridice obiective (nereguli) consumate sub imperiul legii vechi - OG nr. 79/2003, nu încalcă principiul constituțional invocat și nici principiul legalității consacrat în materie fiscală.

Totodată, pârâta arată că nu a fost aplicată corecția financiară pentru că beneficiarul ar fi încălcat prevederile OUG nr. 66/2001, ci pentru încălcarea OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, act normativ în vigoare la data la care UAT Județul Dâmbovița a inițiat procedurile de achiziții publice în speță.

În speță, OUG nr. 66/2011 reprezintă norma procedurală care, permite aplicarea unor corecții reduse, față de vechea reglementare în care sancțiunea era de 100%. Diferit de reglementările de ordin fiscal, cele două acte normative conțin și norme de procedură fiscală (ex: constatarea neregulilor, căile de atac), așa încât sub aspectul activității de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare, legea nouă este de imediată aplicare, cu excepția situației tranzitorii reglementată de art. 66 din OUG nr. 66/2011.

Referitor la faptul că ANRMAP ar fi efectuat verificări asupra procedurii de licitație organizate de reclamant și nu a semnalat nicio neregulă, pârâta arată că în conformitate cu dispozițiile art. 324 din HG nr. 457/2008, autoritatea de management, când consideră că au existat încălcări ale legislației comunitare sau naționale privind achizițiile publice, aceasta stabilește și aplică corecții financiare, în condițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

În exercitarea atribuției prevăzute la alin. (1), autoritatea de management nu este condiționată în luarea deciziilor de activitățile desfășurate de ANRMAP și UCVAP potrivit dispozițiilor art. 322 și 323. Având în vedere cele mai sus menționate, pârâta solicită respingerea acțiunii reclamantei ca fiind nefondată.

În cauză a fost încuviințată și administrată proba cu înscrisuri. Analizând actele și lucrările dosarului, curtea va respinge ca neîntemeiată prezenta acțiune, pentru următoarele considerente:

În fapt, Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice a efectuat un control asupra modului de implementare al proiectului cod SMIS 1100 cu titlul „Ranforsarea și modernizarea drumurilor județene 701, DJ 401A și DJ 711A pe traseul Dobra-Cornățelu-Branistea-Titu-Sălcuța-Odoboești-Potlogi-Corbii Mari”, beneficiar UAT Județul Dâmbovița. Verificarea a fost declanșată ca urmare a adresei nr. VT-56772/31.07.2012 a Serviciului Verificare Conformitate Programe și Gestionare Nereguli din cadrul Direcției Generale Autoritatea de Management - Programul Operațional Regional, care conținea constatări cu implicații financiare, cu privire la încălcarea normativelor legale în materie de achiziție publică la atribuirea următoarelor contracte de servicii: nr. 393/22.09.2009 încheiat cu SC ROMAIR CONSULTING SRL și nr. 360/10.09.2009 încheiat cu SC Sign 4 You SRL.

Acțiunea de control a urmărit verificarea dosarelor achizițiilor publice de servicii, respectiv identificarea cerințelor minime de calificare restrictive raportat la dispozițiile art. 178 alin. 2 din OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, în vigoare la data procedurii.

Urmare a verificărilor efectuate, echipa de control din cadrul MDRAP a întocmit nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, aferentă proiectului SMIS 1100, în cuprinsul căreia a constatat următoarele nereguli:

În ceea ce privește Contractul de servicii nr. 393/22.09.2009 încheiat cu SC ROMAIR CONSULTING SRL, având ca obiect serviciile de dirigenție de șantier, echipa de control a constatat că autoritatea contractantă a impus cerințe de calificare restrictive, respectiv a prevăzut că subcontractanții pot efectua maxim 35% din valoarea contractului de servicii ce va fi încheiat.

În cel de al doilea rând, echipa de control reține că prin fișa de date a achiziției aferentă aceluiași contract autoritatea contractantă a impus, în cadrul cerinței referitoare la capacitatea tehnică, prezentarea dovezii conform căreia ofertantul a executat și finalizat în ultimii 3 ani, contracte similare, a căror valoare totală să fie egală cu 223.000 lei.

Totodată, nu a argumentat de ce a solicitat o experiență de minim 10 ani în proiecte de asistență tehnică/supervizare pentru coordonator și experiență specifică pentru toți experții propuși pentru executarea contractului de minim 3 proiecte. O altă cerință restrictivă este cea referitoare la prezentarea de copii legalizate după contractele de muncă ale experților propuși, angajați ai ofertantului. S-a constatat faptul că cerințele impuse au un caracter restrictiv.

Astfel, echipa de control conchide că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 178 alin. 2 din OUG 34/2006 și prevederile art. 8 din HG 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, în vigoare la data procedurii, respectiv a impus și a aplicat criteriile de calificare restrictive.

În privința aceluiași contract, echipa de control reține că autoritatea contractantă a evaluat incorect îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție de către ofertantul desemnat câștigător.

Ofertantul declarat câștigător SC ROMAIR CONSULTING SRL nu a îndeplinit cerințele de calificare impuse de autoritatea contractantă. Acesta nu a depus procesul verbal de recepție la finalizarea contractului încheiat cu SC Apa Canal SA Sibiu pe care l-a menționat în formularul nr. 5. La documentele de calificare a fost depusă doar scrisoarea nr. 89/09.05.2008 întocmită de către Black & Veatch Ltd, prin care se confirmă faptul că lucrările au fost finalizate în data de 14.04.2008.

Astfel, oferta SC ROMAIR CONSULTING SRL nu a îndeplinit cerințele minime de calificare și, pe cale de consecință declararea ei ca ofertă câștigătoare s-a făcut cu încălcarea legislației privind achizițiile publice, respectiv a dispozițiilor art. 200 din OUG nr. 34/2006 și ale art. 36 alin. (1) lit. b), art. 37 alin. (1) și art. 81 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, în vigoare la data procedurii.

Autoritatea contractantă nu a respectat principiul tratamentului egal al ofertanților prin acceptarea unei oferte care nu îndeplinea cerințele minime de calificare, respectiv contractul a fost atribuit cu respectarea cerințelor privind publicitatea, dar procedura de atribuire a încălcat principiul tratamentului egal al operatorilor.

Pentru considerentele menționate anterior și avându-se în vedere prevederile OUG nr. 66/2011, pentru nerespectarea regulilor privind achizițiile publice, s-a considerat că este necesară aplicarea unei corecții financiare de 10% aplicată la valoarea de 379.500,00 lei fără TVA, aferentă contractului de servicii nr. 393/22.09.2009, atribuit fără organizarea unei licitații adecvate, respectiv suma de 37.950,00 lei fără TVA. Întrucât prin Nota de constatare nr. CA nr. 47683/27.06.2012 s-a aplicat o corecție de 5% la contractul de servicii nr. 393/22.09.2009, iar creanța bugetară în sumă de 16.325,00 lei și TVA recuperabilă în valoare de 3.783,36 lei a fost stabilită pe baza sumelor rambursate la cererile 2-4, pe cale de consecință, valoarea corecției finale care va fi aplicată contractului de servicii nr. 393/22.09.2009 prin Nota de constatare nr. CA-70613/21.09.2012 este 5%.

III. În ceea ce privește serviciile de promovare și publicitate (Contractul nr. 360/10.09.2009 încheiat cu SC Sign 4 You SRL)

Ca și în cazul primului contract verificat, se reține introducerea cerinței obligatorii potrivit căreia ofertantul nu trebuie să depășească un anumit procent de subcontractare, cerință ce reprezintă o limitare cu privire la dreptul operatorului economic care participă la o procedură organizată pentru atribuirea unui contract de achiziție publică și este în contradicție cu prevederile referitoare la subcontractare din legislația națională, respectiv art. 45 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare în vigoare la data procedurii, prevederi care transpun în totalitate dispozițiile art. 25 din Directiva 2004/18/EC.

Referitor la dovedirea experienței similare, autoritatea nu a motivat în nota justificativă privind stabilirea criteriilor minime de calificare, de ce a impus ca ofertantul să fi executat și finalizat în ultimii 3 ani un număr specific de contracte similare.

S-a constatat caracterul restrictiv al cerinței impuse de autoritatea contractantă în sensul că restricționează accesul posibililor ofertanți care doreau să participe la procedură și care nu îndeplineau aceste criterii de calificare. Astfel, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art.178 alin. 2 din OUG 34/2006 și prevederilor art. 8 din HG 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, în vigoare la data procedurii, respectiv a impus și a aplicat criteriile de calificare limitative.

Pentru considerentele menționate anterior și avându-se în vedere prevederile OUG nr. 66/2011, pentru nerespectarea regulilor privind achizițiile publice, s-a considerat că este necesară aplicarea unei corecții financiare de 5% din valoarea antractului de servicii nr.360/10.09.2009 în valoare de 44.000,00 lei fără TVA, atribuit fără organizarea unei licitații adecvate, respectiv suma de 2.200,00 lei fără TVA. Împotriva notei de constatare reclamanta a formulat contestație, respinsă prin decizia nr.199/21.11.2012.

Analizând probatoriul administrat în cauză și dispozițiile legale incidente, curtea constată legale măsurile dispuse prin nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare criticată în cauza de față. În ceea ce privește greșita aplicare a OUG nr. 66/2011, curtea constată că potrivit dispozițiilor art. 66 din OUG nr. 66/2011, „activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare”.

Din interpretarea "per a contrario" este evident faptul că activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare, începută după data intrării în vigoare a OUG nr. 66/2011, va fi guvernată de prevederile acestei ordonanțe, neavând relevanță data încheierii contractelor din sfera de referință a OUG nr. 66/2011.

În egală măsură, este de subliniat că în conformitate cu dispozițiile art. 63 din OUG nr.66/2011 prevederile secțiunii a 2-a a cap. II, referitoare la conflictele de interese, se vor aplica contractelor/acordurilor/deciziilor/ordinelor de finanțare încheiate după intrarea în vigoare a ordonanței de urgență, ceea ce atestă, în plus, aplicabilitatea actului normativ în privința contractelor de finanțare încheiate anterior intrării în vigoare a OUG nr. 66/2011.

Faptul că ANRMAP ar fi efectuat verificări asupra procedurii de licitație organizate de reclamant și nu a semnalat nicio neregulă nu este relevant pentru apreciere legalității notei de constatare, cât timp, așa cum a subliniat pârâta prin întâmpinare, autoritatea de management stabilește și aplică corecții financiare, în condițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011, fără a condiționa în luarea deciziilor sale de activitățile desfășurate de ANRMAP și UCVAP.

Aceeași concluzie este valabilă și în privința faptului că niciunul din operatorii economici participanți la procedură nu a formulat contestație la CNSC în legătură cu pretensele cerințe restrictive, întrucât o atare omisiune nu atestă nicidecum caracterul legal al procedurii de atribuire ci exclusiv faptul că operatorii economici participanți au acceptat prevederile documentației de atribuire și nici nu poate exclude ipoteza că cerințele de calificare restrictive au determinat unii agenți economici să nu participe la procedură.

În ceea ce privește fondul actului constatator, curtea constată că echipa de control a reținut în sarcina reclamantei două categorii de abateri, după cum urmează:

1. întocmirea documentațiilor de atribuire pentru ambele contracte prin impunerea unor cerințe de ordin restrictiv;
2. atribuirea contractului de servicii nr. 393/22.09.2009 prin evaluarea incorectă a modalității de îndeplinire a criteriilor de calificare și selecție de către ofertantul câștigător.

Reține pârâta că în ambele contracte verificate, limitarea subcontractării la maxim 35% din valoarea contractului reprezintă o încălcare a dispozițiilor art. 45 din OUG nr. 34/2006 și în consecință, a fost susceptibilă de a restricționa accesul agenților economici interesați de participarea la procedură.

Astfel, prin dispozițiile art. 45 din OUG nr. 34/2006 se recunoaște ofertantului dreptul de a include în propunerea tehnică posibilitatea de a subcontracta o parte din contractul respectiv.

Potrivit dispozițiilor art. 45 alin. 2, la solicitarea autorității contractante, ofertantul are obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși.

Ca atare, din perspectiva dispozițiilor legale citate, subcontractarea apare ca un drept al ofertantului, pe de o parte, iar pe de altă parte, limitarea părții din contract ce poate fi subcontractată nu este exclusă legal, însă trebuie justificată.

Sub acest aspect, reclamanta arată că însăși ANRMAP recunoaște autorității contractante dreptul de a limita subcontractarea, fiind de observat că în punctul de vedere exprimat în acest sens, ANRMAP precizează că introducerea unei cerințe prin care autoritatea contractantă limitează subcontractarea la un anumit procent din valoarea contractului de achiziție publică nu excede

prevederilor legale în domeniu, numai în măsura în care această limitare a fost prevăzută ca urmare a faptului că autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a verifica criteriile de calificare pentru subcontractanți.

Așa cum se precizează și în Hotărârea Curții Europene de Justiție în cazul C-314/01 Siemens și ARGE Telekom, avută în vedere de ANRMAR pentru formularea punctului de vedere referitor la subcontractare, limitarea subcontractării este posibilă în părțile esențiale ale contractului și în cazurile în care autoritatea contractantă nu are posibilitatea în mod obiectiv de a verifica capacitățile tehnice și economice ale viitorilor subcontractanți. Or, justificarea furnizată de reclamantă, în sensul că a impus limitarea subcontractării ca o garanție pentru buna executare a contractului este combătută de faptul că prin fișa de date a achiziției, reclamanta a prevăzut că toți subcontractanții trebuie să îndeplinească condițiile de calificare în ceea ce privește Situația personală a concurentului și Capacitatea de exercitare a capacității profesionale, iar modalitatea de îndeplinire a cerințelor de calificare va trebui să rezulte din acordurile de subcontractare (V.4.3, filele 101-102; aceeași cerință este inserată și în fișa de date a achiziției pentru cel de al doilea contract - filele 151-152).

Ca atare, limitarea subcontractării la maximum 35% din valoarea celor două contracte, în condițiile în care autoritatea contractantă a prevăzut un control efectiv pe marginea îndeplinirii condițiilor de calificare în persoana subcontractanților este nejustificată, reprezentând o cerință de calificare restrictivă din perspectiva dispozițiilor art. 178 alin. 2 din OUG nr.34/2006.

O altă abatere comună în privința celor două contracte privește cerința referitoare la demonstrarea experienței similare, reținându-se în nota de constatare că autoritatea nu a motivat în nota justificativă privind stabilirea criteriilor minime de calificare, de ce a impus ca ofertantul să fi executat și finalizat în ultimii 3 ani un număr specific de contracte similare, în privința acestei constatări, curtea apreciază că impunerea în fișa de date a achiziției a cerinței referitoare la demonstrarea experienței similare este conformă principiului proporționalității, din moment ce dovada acestei cerințe se realizează prin prezentarea listei cu principalele lucrări executate în ultimii 3 ani, recomandările beneficiarilor și copiile proceselor verbale la finalizarea acestor contracte iar valoarea contractelor similare nu depășește valoarea estimată a contractelor pentru care reclamanta a derulat procedurile de atribuire.

În acest sens, este de subliniat că în conformitate cu prevederile art. 188 alin. 2 din OUG nr. 34/2006, "în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

a) o listă a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați."

În egală măsură, cerința privitoare la prezentarea în copie legalizată a contractelor de muncă în cazul în care experții sunt angajați permanenți ai ofertantului nu poate restricționa nicidecum participarea la procedură. Ca atare, cerințele anterior menționate nu au caracter restrictiv, însă constatarea prezentei instanțe nu are nicio finalitate în privința legalității notei de constatare, cât timp corecțiile financiare, aplicate conform anexei OUG nr. 66/2011 nu presupun pluralitatea de abateri.

Nu aceeași este situația în ceea ce privește cerința precizată în fișa de date a achiziției la pct. V.4.2 - capacitatea profesională privind experiența similară în poziția de coordonator echipă supervizare (minim 3 proiecte) și experiență similară în poziția de diriginte de șantier lucrări drumuri în cel

puțin 3 proiecte, inclusiv solicitarea unei experiențe de minim 10 ani în proiecte de asistență tehnică/supraveghere pentru coordonatorul echipei, cerință just considerată de echipa de control ca fiind contrară prevederilor art. 8 alin. (1) lit. a) și b) din H,G. nr. 925/2006, și prevederile art. 178 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006.

Cerințele de calificare impuse prin Fișa de date a achiziției au limitat accesul la procedură al operatorilor economici care dispuneau de experți calificați în domeniul de specialitate al contractului care urma a fi atribuit, dar nu de nivelul celor solicitate de Autoritatea contractantă.

2. în ceea ce privește atribuirea contractului de servicii nr. 393/22.09.2009, curtea constată temeinică concluzia cuprinsă în nota de constatare, potrivit căreia evaluarea modalității de îndeplinire a criteriilor de calificare și selecție de către ofertantul câștigător s-a realizat greșit.

Așa cum s-a reținut anterior, prin fișa de date a achiziției reclamanta a prevăzut la punctul V.4.1, pe marginea cerinței referitoare la demonstrarea experienței similare, ca ofertantul să probeze că a executat și finalizat, în ultimii 3 ani, trei contracte similare, dovada îndeplinirii acestei cerințe urmând a se realiza prin prezentarea listei cu principalele lucrări executate în ultimii 3 ani, recomandările beneficiarilor și copiile proceselor verbale la finalizarea acestor contracte.

Or, din moment ce echipa de control a constatat că ofertantul câștigător, respectiv SC ROMAIR CONSULTING SRL, nu a depus procesul verbal de recepție la finalizarea contractului încheiat cu SC Apa Canal SA Sibiu, pe care l-a menționat în formularul nr. 5, concluzia în sensul că acest ofertant nu a îndeplinit cerințele minime de calificare este corectă. La documentele de calificare a fost depusă doar scrisoarea nr. 89/09.05.2008 întocmită de către Black&Veatch Ltd, prin care se confirmă faptul că lucrările au fost finalizate în data de 14.04.2008.

Astfel, oferta SC ROMAIR CONSULTING SRL nu a îndeplinit cerințele minime de calificare și, pe cale de consecință declararea ei ca ofertă câștigătoare s-a făcut cu încălcarea legislației privind achizițiile publice, respectiv a dispozițiilor art. 200 din OUG nr. 34/2006, potrivit cărora Autoritatea contractantă are obligația de a stabili oferta câștigătoare pe baza criteriului de atribuire precizat în anunțul de participare și în documentația de atribuire, în condițiile în care ofertantul respectiv îndeplinește criteriile de selecție și calificare impuse.

Ca atare, atribuirea contractului de achiziție publică unui ofertant ce nu îndeplinea cerințele de calificare constituie o încălcare a principiului tratamentului egal.

În ceea ce privește nivelul corecțiilor aplicate, curtea constată că pentru abaterea reprezentată de aplicarea unor criterii de calificare și selecție nelegale, nivelul corecției prevăzut de pct. 2.3 din anexa OUG nr. 66/2011 este de 10%. Acest nivel a fost stabilit prin nota de constatare, însă, datorită faptului că autoritatea pârâtă a aplicat anterior reclamantei, prin nota de constatare CA 47683/27.06.2012, o corecție de 5% pentru o abatere similară, a aplicat prin prezenta nota de constatare o corecție în valoare finală de 5%.

Pentru abaterea reprezentată de încălcarea tratamentului egal, respectiv atribuirea contractului de servicii nr. 393/22.09.2009 deși ofertantul câștigător nu îndeplinea cerințele de calificare, autoritatea pârâtă a aplicat corecția financiară cu respectarea prevederilor punctului 2.4 din anexa OUG nr. 66/2011.

Față de aceste considerente curtea va respinge ca neîntemeiată prezenta acțiune, constatând legale măsurile dispuse prin nota de constatare a neregulilor nr. CA-70613/21.09.2012.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Respinge acțiunea formulată de reclamantul JUDEȚUL DÂMBOVIȚA PRIN CONSILIUL JUDEȚEAN DÂMBOVIȚA, cu sediul în Târgoviște, în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI (în prezent MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE), cu sediul în București, Str. Apolodor nr. 17, Latura Nord, sector 5, ca neîntemeiată.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, azi 20.09.2013.

Dosar nr. 9203/2/2012

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 1333
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 16.04.2013

Pe rol se află pronunțarea asupra acțiunii în contencios administrativ formulată de reclamantul JUDEȚUL DÂMBOVIȚA PRIN CONSILIUL JUDEȚEAN DÂMBOVIȚA în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE și cu chemații în garanție DIRECȚIA GENERALĂ A FINANȚELOR PUBLICE DÂMBOVIȚA și AUTORITATEA NAȚIONALĂ PENTRU REGLEMENTAREA ȘI MONITORIZAREA ACHIZIȚIILOR PUBLICE.

Dezbaterile pe fondul cauzei au avut loc în ședința publică de la 02.04.2013, fiind consemnate în încheierea de ședință de la acea dată, care face parte integrantă din prezenta, când instanța, având nevoie de timp pentru a delibera și pentru a da posibilitate părților să depună concluzii scrise, a amânat pronunțarea la 09.04.2013 și la 16.04.2013.

CURTEA

Prin acțiunea înregistrată pe rolul acestei instanțe la data de 11.12.2012, reclamantul JUDEȚUL DÂMBOVIȚA PRIN CONSILIUL JUDEȚEAN DÂMBOVIȚA a chemat în judecată pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului și în calitate de chemați în garanție DIRECȚIA GENERALĂ A FINANȚELOR PUBLICE DÂMBOVIȚA și AUTORITATEA NAȚIONALĂ PENTRU REGLEMENTAREA ȘI MONITORIZAREA ACHIZIȚIILOR PUBLICE, solicitând suspendarea executării Deciziei nr. 113/08.06.2012 de soluționare a contestației formulate împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-27951/12.04.2012, privind proiectul SMIS 11993 cu titlul "Reabilitarea și modernizarea Spitalului Județean Dâmbovița"; anularea Deciziei nr. 113/08.06.2012 de soluționare a contestației formulate împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-27951/12.04.2012, privind proiectul SMIS 11993 cu titlul "Reabilitarea și modernizarea Spitalului Județean Dâmbovița; admiterea cererilor de chemare în garanție a persoanelor juridice mai sus arătate în situația în care se va respinge acțiunea de față, pentru obligarea acestora la suportarea contravalorii sumei rezultate din aplicarea corecției financiare, sumă care este în cuantum de 17.821.128,64 lei.

În motivarea acțiunii a arătat că urmare activității de audit efectuată la unitatea administrativ teritorială județul Dâmbovița, în temeiul prevederilor OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, asupra proiectului SMIS 11993 cu titlul "Reabilitarea și modernizarea Spitalului Județean Dâmbovița", Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului a emis Nota de Constatare a Neregulilor și de Stabilirea Corecțiilor Financiare nr. CA-27951/12.04.2012, înregistrată la Consiliul Județean Dâmbovița sub nr. 4997/20.04.2012.

Față de constatările din cuprinsul Notei nr. CA -27951/12.04.2012, echipa de audit a dispus aplicarea unei corecții financiare de:

- 25% pentru cheltuielile eligibile aprobate în baza contractului de lucrări nr. 199/22.04.2011, încheiat între Unitatea Administrativ - Teritorială județul Dâmbovița și Asocieria dintre Vamed Standortentwicklung und Engineering GmbH&KG și SC Strabag SRL și Straco Grup SRL: 58.582.044,03 (valoare contract + TVA) x 25% = 14.645.511,01 lei; 14.645.511,01 x 98% (buget U.E. + buget de stat) = 14.352.600,79 lei; TVA (24%) = 3.444.624,19 lei, Total = 17.797.224,98 lei. Deja reținută (cu TVA) = 2.610.392,00 lei.

- 5% pentru cheltuielile eligibile aprobate în baza contractului de servicii nr. 487/19.11.2010 încheiat între Unitatea Administrativ - Teritorială județul Dâmbovița și SC Romactiv Business Consulting SRL: $393.411 \text{ lei (valoare contract + TVA)} \times 5\% = 19.670,55 \text{ lei}$; $19.970,55 \times 98\%$ (buget U.E. + buget de stat) = 19.277,14 lei; TVA (24%) = 4.626,52 lei; Total = 23.903,66 lei.
Deja reținută (cu TVA) = 8.381,16 lei

Pentru aplicarea corecției financiare de 25%, respectiv 5%, echipa de control a reținut că, la momentul inițierii și derulării procedurii de achiziție publică, organizată în baza OUG nr. 34/2006 și, respectiv, HG nr. 925/2006, a contractului de lucrări nr.199/22.04.2011 și contractului de servicii nr. 487/19.11.2010, cerințele autorității contractante, Județul Dâmbovița, au fost restrictive, în raport de prevederile art. 178 alin. 2 din OUG nr. 34/2006 și art. 8 alin. 1 și alin. 2 din HG nr. 925/2006.

Împotriva Notei de Constatăre a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-27951/12.04.2012, Județul Dâmbovița, prin Consiliul Județean Dâmbovița, reprezentat de Președintele Consiliului Județean Dâmbovița, a formulat contestația nr. 4997/10.05.2012, în baza art. 47 din OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

Prin Decizia nr. 113/08.06.2012, Comisia de soluționare a contestației din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului a respins contestația formulată de Județul Dâmbovița, prin Consiliul Județean Dâmbovița, la Nota de Constatăre a Neregulilor și de Stabilirea Corecțiilor Financiare nr. CA-27951/12.04.2012. în temeiul art. 7 din Legea nr. 554/2004, Consiliul Județean Dâmbovița a formulat plângere prealabilă, înregistrată la MDRT sub nr. 51921/12.07.2012, împotriva Deciziei nr. 113/08.06.2012.

Cu privire la condiția cazului bine justificat, reclamantul a arătat că motivele expuse în contestația formulată împotriva notei de constatare și în plângerea prealabilă ar putea crea în favoarea sa aparența de drept ce trebuie dovedită conform art. 14 din Legea 554/2004,

În procedura de achiziție publică care a stat la baza atribuirii Contractului de servicii nr. 487/19.11.2010, încheiat între UAT județul Dâmbovița și SC Romactiv Business Consulting SRL, dar și în procedura de achiziție publică care a stat la baza atribuirii contractului de execuție lucrări nr. 199/22.04.2011 încheiat între UAT județul Dâmbovița și Asocieria dintre Vamed Standortentwicklung und Engineering GmbH&KG și SC Strabag SRL și Straco Grup SRL, autoritatea contractantă a respectat întocmai art. 178, alin. (2) din OUG nr. 34/2006 și art. 8, alin.(1) și (2) din HG 925/2006.

Corecția financiară de 25% la contractul de lucrări, respectiv de 5% la contractul de servicii s-a aplicat în baza unor simple afirmații, fără a demonstra concret și argumentat concludent de către echipa de audit că cerințele autorității contractante au fost restrictive, mai ales în raport de legislația aplicabilă și practica în materie, la momentul inițierii și derulării procedurii de achiziție.

Arată că la momentul inițierii procedurilor de atribuire aferente contractului de servicii și contractului de lucrări, respectiv la data întocmirii Notei justificative nr. 15958/23.12.2010 și Notei justificative nr. 13723/01.11.2010, autoritatea contractantă a respectat și aplicat dispozițiile OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006, în vigoare la acel moment, dispoziții care nu precizau acele cerințe considerate restrictive în ce privește capacitatea tehnică/profesională a potențialilor ofertanți.

O abordare unitară în ceea ce privește formularea criteriilor de calificare și de selecție s-a realizat abia la data de 28.09.2011, data intrării în vigoare a Ordinului ANRMAP nr. 509 privind formularea

criteriilor de calificare și selecție, în condițiile în care, până la data de 28 septembrie 2011, prin OUG nr. 34/2006 nu existau precizate cerințele apreciate ca fiind restrictive, astfel cum au fost prevăzute în Ordinul ANRMAP sus menționat, precum și având în vedere prevederile art. 9 din HG nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, apreciază că abaterile reținute autorității contractante conform Notei de Constatare nr. CA-27951/12.04.2012, preluate în cuprinsul Deciziei nr. 113/08.06.2012, nu există, iar pe cale de consecință, nu se face dovada impunerii vreunei condiții restrictive de calificare.

La data demarării licitațiilor publice pentru contractul de servicii generale de consultanță în management și pentru contractul de lucrări de construcții pentru proiectul "Reabilitarea și modernizarea Spitalului Județean Dâmbovița", singurele reglementări în vigoare referitoare la stabilirea cerințelor minime privind capacitatea tehnică/profesională a ofertanților, erau cele prevăzute de art. 188 alin. 2 din OUG nr. 34/2006, precum și de art. 9 din HG nr. 925/2006, situație față de care rezultă că autoritatea contractantă a respectat întocmai aceste prevederi legale, concretizate prin cerințele de calificare din notele justificative mai sus arătate, preluate în fișele de date ale celor două proceduri de achiziție publică.

Or, art. 298 din OUG nr. 34/2006, în vigoare la data inițierii achiziției publice în cauză, prevede expres: "Contractele în curs de executare și procedurile de atribuire în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonate de urgență se definitivează pe baza prevederilor legale în vigoare la data inițierii acestora".

Cerințele de calificare stabilite de autoritatea contractantă UAT Județul Dâmbovița nu au fost restrictive, în raport de respectarea legislației incidente, dar și în raport cu modul în care aceste cerințe erau solicitate/consacrate în practica majorității autorităților contractante din România (ex: documentație similară aplicată pentru reabilitare și modernizare spital de către autoritatea contractantă, Consiliul Județean Maramureș).

Întreaga documentație de atribuire este întocmită conform prevederilor OUG 34/2006, inclusiv cu respectarea prevederilor art. 176 în ceea ce privește criteriile de calificare și selecție.

Presupusa încălcare a dispozițiilor art. 8 alin 1 din HG 925/2006, ale art. 178 din OUG 34/2006, nu poate fi invocată întemeiat deoarece prevederile art. 9 din HG 925/2006 conferă dreptul autorității contractante să solicite operatorilor economici prezentarea unui/unor contract/contracte ca dovadă a unei experiențe similare, a căru/căror valoare să nu fie mai mare decât valoarea de servicii/lucrări ce vor fi prestate/executate în baza contractului ce urmează a fi atribuit.

Aceste cerințe particularizate au avut ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea și capacitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.

Autoritățile cu atribuții de monitorizare și verificare a modului de derulare a achizițiilor publice, care au stat la baza atribuirii celor două contracte verificate de echipa de audit, respectiv, Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice și Unitatea pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice din cadrul Ministerului Finanțelor Publice nu au consemnat nicio încălcare a legii privind atribuirea acestor contracte.

Prin emiterea Notei de Constatare nr. CA-27951/12.04.2012 și a Deciziei nr. 113/08.06.2012, pârâtul a încălcat principiul de rang constituțional al neretroactivității legii. Cele două acte administrative care fac obiectul prezentei cereri au fost emise în baza prevederilor OUG nr. 66/2011, act normativ care a intrat în vigoare după data finalizării procedurilor de achiziție a contractului de servicii nr. 487/19.11.2010 și contractului de execuție lucrări nr.199/22.04.2011. Astfel, potrivit art. 15 alin. 2 din Constituția României "legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile".

Principiul neretroactivității legii asigură stabilirea și securitatea raporturilor juridice. Prin urmare, legea nouă nu poate afecta actele sau faptele juridice petrecute anterior momentului în care ea a dobândit forță obligatorie.

Toate actele și faptele ce ar constitui abateri de la reglementările privind achizițiile publice, încheiate sau comise anterior intrării în vigoare a OUG nr. 66/2011, sunt supuse legii vechi în timpul căreia s-au produs (OG. nr. 79/2003, iar legea nouă se aplică numai actelor și faptelor ce constituie abateri de la legislația achizițiilor publice, încheiate sau comise după intrarea ei în vigoare). Această regulă exprimă și adagiul *Tempus regit actum*.

Corecțiile financiare sunt măsuri administrative cu caracter de sancționare reglementate pentru prima dată prin OUG nr. 66/2011, astfel încât nu pot fi aplicate actelor și faptelor anterioare intrării în vigoare a acestei legi.

În cauză, legea a fost aplicată retroactiv, dispunându-se corecții financiare pentru acte și fapte considerate a fi încălcări ale legii în materia achizițiilor publice petrecute în noiembrie, decembrie 2010, în cadrul procedurii de atribuire a contractului de servicii nr.487/19.11.2010, dar și a contractului de execuție lucrări nr. 199/22.04.2011.

Reclamanta apreciază că este îndeplinită și condiția privind paguba iminentă, întrucât va fi perturbată grav funcționarea instituției, mai ales, din perspectiva serviciilor publice de interes județean pe care le furnizează, potrivit art. 91 alin. 5 din Legea nr. 215/2001 a administrației publice locale: educația, serviciile sociale pentru protecția copilului, a persoanelor cu handicap, a persoanelor vârstnice, a familiei și a altor persoane sau grupuri aflate în nevoie socială, sănătatea, cultura, tineretul, sportul, ordinea publică, situațiile de urgență, protecția și refacerea mediului, conservarea, restaurarea și punerea în valoare a monumentelor istorice și de arhitectură, a parcurilor, grădinilor publice și rezervațiilor naturale, evidența persoanelor, podurile și drumurile publice, serviciile comunitare de utilitate publică de interes județean, precum și alimentarea cu gaz metan, alte servicii publice stabilite prin lege.

Suma reprezentând corecția financiară derivă din derularea celor două contracte anterior menționate, care nu au fost finalizate, lucrările de reabilitare a Spitalului Județean de Urgență Târgoviște sunt în plină desfășurare și, pe măsura realizării obiectivelor din proiect, se decontează situațiile de lucrări, pe baza devizelor întocmite de către executanți.

Neplata lucrărilor atrage după sine neîndeplinirea obligațiilor asumate prin contracte ferme și, drept urmare, sistarea acestora. Având în vedere natura obiectivului supus reabilitării - Spital județean de urgență - însăși sănătatea pacienților este pusă în pericol, prin punerea în întârziere a constructorului, datorată neplății. Nefinalizarea lucrărilor la termenele prevăzute în grafic atrage după sine decalarea termenelor stabilite prin alte raporturi contractuale și care au ca obiect dotarea cu aparatură a unității spitalicești în cauză, producându-se astfel grave prejudicii sistemului de sănătate publică.

Corecția financiară de 5% din valoarea contractului de servicii nr. 487/19.11.2010, respectiv de 25% din valoarea contractului de execuție lucrări nr. 199/22.04.2011 nu a fost și nici nu putea fi previzionată prin bugetul de venituri și cheltuieli a Consiliului Județean Dâmbovița, iar prin aplicarea efectivă a acesteia Consiliul Județean Dâmbovița nu va mai putea face față obligațiilor financiare exigibile pe care le are atât față de creditorii bugetari, cât și față de ceilalți creditori.

Iminența producerii prejudiciului este legată în mod direct și de imposibilitatea plății ratelor aferente creditelor contractate de Consiliul Județean Dâmbovița și, implicit, a desfășurării activității acestei autorități, în condițiile prevăzute de lege. Consecința va fi aceea a creării unei pagube ce nu va putea fi reparată.

Astfel, Consiliul Județean Dâmbovița, urmare adoptării Hotărârii nr. 180/18.11.2011, a contractat un împrumut de la Banca Comercială Română, în sumă 14.700.000 lei, destinația împrumutului fiind realizarea unor investiții publice de interes județean "Reabilitarea și Modernizarea Spitalului Județean Dâmbovița" și "Restaurarea și valorificarea durabilă a patrimoniului cultural, precum și crearea/modernizarea infrastructurilor conexe din zona Ansamblul Brâncovenesc Potlogi". Durata împrumutului este de 20 ani, cu o perioadă de grație de 3 ani, perioada de rambursare fiind 17 ani.

De asemenea, Consiliul Județean Dâmbovița și-a dat deja aprobarea prin Hotărârea nr.64/05.07.2012 pentru contractarea a încă unui credit de 16.000.000 lei.

Rata și dobânda aferenta creditelor deja contractate afectează foarte mult buna desfășurare a activității Consiliului Județean Dâmbovița, credite care au fost contractate pentru a nu se bloca proiecte europene în derulare la nivelul UAT Județul Dâmbovița.

Referitor la cererea de anulare a Deciziei nr. 113/08.06.2012 reclamanta a precizat, sub aspectul procedurii de achiziție publică ce a stat la baza atribuirii contractului de servicii nr. 487/19.11.2010, că în procesul de monitorizare și verificare O.I. - ADR Sud Muntenia nu a identificat nicio încălcare a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, respectiv nu a constatat încălcarea prevederilor legale incidente în materie.

De asemenea, UCVAP, care a participat la procedura de atribuire, a constatat că aceasta s-a desfășurat în condiții de legalitate, conform Raportului întocmit, anexat în copie la dosar.

Au fost respectate prevederile OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006, în vigoare la momentul publicării anunțului de participare. Au fost respectate principiile transparenței și egalității de tratament și nu au fost încălcate prevederile art. 178, alin. (2) din OUG 34/2006 și art. 8, alin. (1) și (2) din HG nr. 925/2006.

Ordonanța de Urgență nr. 66/29.06.2011, precum și Ordinul ANRMAP nr. 509/14.09.2011, care oferă o abordare unitară în ceea ce privește formularea criteriilor de calificare și de selecție, produc efecte de la data publicării lor în Monitorul Oficial al României, cu respectarea principiului constituțional al neretroactivității legii civile.

Nivelul cerințelor minime utilizate în procedurile de achiziție publică au fost stabilite conform prevederilor legale din OUG 34/2006, HG 925/2006, naturii și complexității contractelor ce urmează a fi atribuite, documentațiilor tehnice premergătoare și, conform practicii curente, specifice fiecărui domeniu de activitate.

Învederează, în acest context, respectarea de către autoritatea contractantă a obligației instituite prin disp. art. 8, alin. (2) din HG 925/2006, în sensul întocmirii notei justificative, atașată dosarului achiziției, cuprinzând cerințele minime de calificare ale ofertanților participanți la procedură.

Consiliul Județean Dâmbovița a respectat întocmai și prevederile articolului 178 alin. 2) din OUG 34/2006 neimpunând cerințe minime referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională care ar fi dus la restricționarea participării la procedura de atribuire în raport cu prevederile articolului 179 din OUG 34/2006. Având în vedere prevederile acestui articol, Consiliul Județean Dâmbovița a impus criteriile de calificare referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională care au avut o legătură concretă cu obiectul contractului. De asemenea, la stabilirea acestor cerințe s-au avut în vedere doar exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea contractului.

Aceste cerințe particularizate au avut ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea și capacitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.

Referitor la susținerea că autoritatea contractantă a restricționat participarea la procedura de atribuire a potențialilor ofertanți, consideră că și aceasta este o susținere nefondată, nefăcându-se dovada că s-au încălcat, concret, prevederile art. 178 alin 2 din OUG 34/2006, respectiv prevederile art. 8 din HG 925/2006.

Cerințele de calificare stabilite de autoritatea contractantă UAT Județul Dâmbovița nu au fost restrictive, în raport de respectarea legislației incidente, dar și în raport cu modul în care aceste cerințe erau solicitate/consacrate în practica majorității autorităților contractante din România.

Întreaga documentație de atribuire este întocmită conform prevederilor OUG 34/2006, inclusiv cu respectarea prevederilor art. 176 în ceea ce privește criteriile de calificare și selecție.

Presupusa încălcare a dispozițiilor art. 8 alin 1 din HG 925/2006, ale art. 187 și ale art. 188 din OUG 34/2006 nu poate fi invocată întemeiat, deoarece prevederile art. 9 din HG 925/2006 conferă dreptul autorității contractante să solicite operatorilor economici prezentarea unui/unor contract/contracte ca dovadă a unei experiențe similare, a căru/căror valoare să nu fie mai mare decât valoarea de servicii/lucrări ce vor fi prestate/executate în baza contractului ce urmează a fi atribuit.

În procedura de achiziție publică ce a stat la baza atribuirii contractului de execuție lucrări nr. 199/22.04.2011 încheiat între UAT județul Dâmbovița și Asocieria dintre Vamed Standortentwicklung und Engineering GmbH&KG și SC Strabag SRL și Straco Grup SRL, autoritatea contractantă a respectat întocmai art. 178, alin. (2) din OUG nr. 34/2006 și art. 8 alin. (1) și (2) din HG 925/2006.

Susține legalitatea derulării procedurii de achiziție publică, din următoarele considerente fundamentate:

Anunțul de participare la procedura de achiziție publică a fost transmis în SEAP în data de 27.12.2010, acceptat de ANRMAP la data de 28.12.2010 transmis la OJ în aceeași dată - 28.12.2010, iar anunțul de participare a fost înregistrat sub nr. 113500/29.12.2010.

Cerințele minime obligatorii de calificare privind capacitatea tehnică și/sau profesională impuse prin fișa de date au avut la bază informațiile incluse în DALI, elaborate pentru această investiție, în care sunt descrise natura, complexitatea și valoarea proiectului de investiții.

Execuția unui astfel de obiectiv - reabilitare spital, diferă de alte obiective cu utilizare civilă uzuală. Documentația de atribuire cuprinde cerințe obligatorii care prezintă relevanță în raport de natura și

complexitatea contractului, având în vedere că obiectivul proiectului este reabilitarea și modernizarea Spitalului Județean de Urgență Târgoviște (Dâmbovița), supus regulilor de organizare prevăzute de legislația aplicabilă în domeniul asistenței de sănătate publică.

Unitățile de acest tip nu pot fi clasificate decât în condițiile îndeplinirii unor criterii strict obligatorii care privesc atât funcționalitatea spațiilor, cât și dotarea lor. În funcție de structura clădirii în care se desfășoară serviciul specific, tipul serviciilor medicale furnizate, dar, mai ales, dotarea cu aparatură și echipamente medicale, pe lângă alte condiții ce țin de organizarea activității în sine, spitalele sunt clasificate de către Ministerul Sănătății Publice. Această perspectivă a determinat-o să se asigure că agentul economic care va realiza investiția are experiența necesară pentru a realiza obiectivul, pentru a nu fi nevoie să intervină ulterior în structura constructivă a acestuia și pentru a putea fi dotat corespunzător, în vederea respectării criteriilor și normelor tehnologice necesare unui spital cu un nivel de competență ridicat.

Reclamanta a invocat disp. art. 188, art. 176, art. 179 din OUG 34/2006 menționând că pentru demonstrarea experienței similare s-a considerat necesară prezentarea ca experiență similară a unor contracte similare finalizate sau în derulare având ca obiect execuția de lucrări de construcții civile și industriale (construcție/extindere/modernizare/reabilitare spital de interes județean/regional/național) cu o valoare de minim 28.000.000 lei, fără TVA, precum și prezentarea unui contract/ contracte similare finalizate sau în derulare având ca obiect furnizarea de echipamente pentru realizarea de investiții în domeniul sănătății publice (echipare/dotare spital de interes județean/regional/național) cu o valoare de minim 29.500.000 lei, fără TVA.

De asemenea, în ceea ce privește capacitatea profesională, autoritatea contractantă a solicitat pentru demonstrarea experienței profesionale a managerului de proiect derularea a minim un proiect de investiții în domeniul medical pentru care a asigurat managementul de proiect, având un obiect similar prezentei proceduri (execuție de lucrări și furnizări dotări/ echipamente pentru domeniul medical) și având o valoare de investiție minim egală cu valoarea contractului ce face obiectul procedurii (58.876.428,40 lei).

Principiul egalității de tratament în evaluarea și selecția ofertanților a fost mai bine definit în Ordinul ANRMAP nr. 509 din 14.09.2011, act normativ care nu produce efecte retroactiv, la data derulării procedurii de atribuire a contractului, actul normativ nefiind în vigoare.

Toate cerințele minime impuse de autoritatea contractantă referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională au fost motivate, prin elaborarea notei justificative îndeplinire cerințe minime nr. 15958 din 23.12.2010, conform art. 8, aliniat (2) din HG 925/2006, notă justificativă care include toate cerințele minime de clarificare, precum și în formatul anunțului de participare SEAP/JOUE (conform art. 178 aliniat (2) din OUG 34/2006).

Pârâțul a formulat întâmpinare prin care a invocat excepția lipsei de interes cu privire la cererea de suspendare a executării arătând că reclamantul nu a făcut dovada începerii procedurii de executare silită a creanței fiscale, aspect ce i-ar putea produce o eventuală pagubă care ar îndreptăți-o să solicite suspendarea executării.

A susținut că nu sunt îndeplinite cumulativ condițiile reglementate de art. 14 din Legea 554/2004, iar pe fondul cauzei a solicitat respingerea acțiunii, având în vedere că s-a constatat încălcarea principiilor transparenței și egalității de tratament, documentațiile de atribuire cuprinzând cerințe obligatorii care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică, nu au o legătură concretă cu obiectul contractului.

Prin încheierea contractului de finanțare, beneficiarul a acceptat finanțarea nerambursabilă și s-a obligat să respecte prevederile legislației naționale în domeniul achizițiilor publice.

În speță, neregula, în sensul art. 2 alin. 1 lit. a din OUG 66/2011, constă în acțiunea beneficiarului de a se abate de la disp. legale în materia achizițiilor publice și de la prevederile contractului de finanțare, prin nerespectarea disp. HG 925/2006 și OUG 34/2006, aducându-se prejudicii atât bugetului Uniunii Europene, cât și bugetului de stat, prin încasarea de către beneficiar a unor sume plătite necuvenit.

Au fost invocate disp. art. 2 alin. 4 din OUG 66/2011, art. 2 pct. 7 din Regulamentul (CE) nr. 1083/2006 al Consiliului UE, art. 1 din Regulamentul (CE, Euratom) nr.2988/1995 al Consiliului UE din 18.12.1995, art. 2 alin. 1 lit. d din HG 759/2007 susținându-se în raport de acestea că actele administrative atacate sunt legale

Chemată în garanție, ANRMAP a formulat întâmpinare prin care a invocat excepția inadmisibilității cererii de chemare în garanție, întrucât nu poate fi obligată să răspundă pentru eventuale nereguli săvârșite de o autoritate contractantă, cu atât mai mult să suporte contravaloarea sumei rezultate din aplicarea corecției financiare.

ANRMAP are obligațiile prevăzute de art. 24 și 27 din H.G. nr. 925/2006, însă, acceptul de publicare a anunțului nu are o legătură de cauzalitate direct cu conținutul acestui anunț și pe care acesta trebuie să le cuprindă.

Autoritatea contractantă este cea care apreciază informațiile care sunt cunoscute și care sunt date spre publicare în SEAP sau JOUE.

Mai mult decât atât, în cauză nu există niciun fel de raport juridic între ANRMAP și reclamantă, raport în baza căruia aceasta să se poată îndrepta împotriva chematei în garanție.

Împrejurarea că, prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-27951/12.04.2012 s-a dispus de către Direcția de Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul MDRT o corecție financiară nu are nicio legătură cu instituția, neexistând vreo obligație legală sau contractuală în temeiul căreia ANRMAP ar putea răspunde.

Atât nota de constatare prin care s-au impus corecțiile financiare, cât și decizia atacată au ca organ emitent Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin corecțiile sale și nu ANRMAP care este un terț față de contractele verificate și de controlul efectuat de organele de control.

Sușinerile reclamantei în sensul că "autoritățile cu atribuții de monitorizare și verificare a modului de derulare a achizițiilor publice, care au stat la baza atribuirii celor două contracte verificate de echipa de audit, ANRMAP și UCVAP din cadrul MFP nu au consemnat nicio încălcare a legii privind atribuirea acestor contracte" nu au relevanță și nici suport juridic, întrucât potrivit legislației în vigoare, există mai multe autorități publice care în îndeplinirea atribuțiilor legale îndeplinesc și funcția de control.

A.N.R.M.A.P. este instituția publică care verifică, după momentul încheierii unui contract de achiziție publică, îndeplinirea de către autoritățile contractante a tuturor condițiilor imperative ale legislației din domeniul achiziției publice, aplicând în acest sens amenziile contravenționale în conformitate cu prevederile O.U.G. nr. 34/2006.

Direcția de Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare care emite note de constatare prin care se aplică corecții financiare constată nereguli în aplicarea de către beneficiari a prevederilor

procedurilor de achiziție privind utilizarea fondurilor europene și raportează neregulile constatate Comisiei Europene sau altor donatori internaționali..

Sanționarea de către agenții constatori ai A.N.R.M.A.P. a nerespectării legislației din domeniul achizițiilor publice după încheierea contractelor de achiziții publice nu este condiționată de constatarea/neconstatarea unor abateri de către alte organisme ale statului cu activitate de control.

Prin urmare, există posibilitatea ca anumite fapte ale persoanei sancționate să întrunească în același timp elementele constitutive ale mai multor contravenții, în funcție de norma juridică protejată prin incriminarea acestora.

De asemenea, autoritatea contractantă este responsabilă pentru stabilirea circumstanțelor de încadrare prevăzute de ordonanță pentru aplicarea fiecărei proceduri, ANRMAP neputând fi obligată să răspundă pentru eventualele nereguli săvârșite de o autoritate contractantă.

În ceea ce privește publicarea pe SEAP a anunțurilor de intenție/de participare, conform prevederilor art. 24 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006 (în vigoare la data inițierii proceduri de atribuire desfășurate de Județul Dâmbovița), verificarea de către ANRMAP a acestor anunțuri era una formală, aspect întărit și de dispozițiile art. 49 (22) din O.U.G. nr. 34/2006 prin care se precizează că, nedetectarea erorilor în procesul de verificare a anunțurilor nu înlătură dreptul de a sancționa, pe parcursul activității de supraveghere, contravențiile de la art. 293 din același act normativ.

În ceea ce privește documentația de atribuire publicată pe SEAP la care face referire reclamanta, această împrejurare nu are relevanță și nici suport legal în condițiile existenței principiului asumării răspunderii prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. g) din O.U.G. nr. 34/2006 și de faptul că respectiva documentație nu a fost verificată de instituția pârâtă.

Chemata în garanție DGFP Dâmbovița a formulat întâmpinare prin care a invocat excepția lipsei calității procesuale pasive față de împrejurarea că raportul de activitate nr. 113500/06.05.2011 întocmit de Compartimentul de Verificare a Achizițiilor Publice din cadrul DGFP Dâmbovița nu produce efecte juridice și nu este susceptibil a fi contestat, astfel cum rezultă din disp. art. 3 lit. c) din OUG 30/2006 și disp. pct. 39 din HG 921/2011 pentru aprobarea Normelor de aplicare a OUG 30/2006.

Ordinul MFP nr.2592/2011 a apărut la 30.09.2011 (după data încheierii contractului de achiziție publică), iar aprobarea Manualului operațional privind desfășurarea activității de verificare procedurală a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii s-a făcut prin Ordinul MFP nr. 2670/18.10.2011. De asemenea, raportul de activitate nr. 113500/06.05.2011 a fost încheiat anterior intrării în vigoare a OUG 66/2011.

Instanța a pus în vedere reclamantei să precizeze dacă solicită suspendarea executării și anularea și a notei de constatare, iar ca urmare a acestei solicitări, la termenul de judecată din 19.02.2013, reclamanta a depus la dosar precizări conform cărora solicită suspendarea executării și anularea deciziei de soluționare a contestației formulate împotriva notei de constatare, nu și a notei de constatare.

În motivarea cererii precizatoare, reclamanta a invocat și alte argumente în afara celor menționate în cererea de chemare în judecată și anume:

Întreaga procedură de achiziție publică care a stat la baza atribuirii a contractului de servicii nr. 487/19.11.2010 a fost verificată de OI și AM POR (MDRT) cu ocazia acceptării la plată a cererii de rambursare nr. 2 /7941/16.06.2011. Întreaga procedură de achiziție publică ce a stat la baza

atribuirii contractului de lucrări nr. 199/22.04.2011 a fost verificată de OI și AM POR (MDRT) cu ocazia cererii de prefinanțare II/6755/23.05.2011.

Procedura de achiziție publică a contractului de servicii nr. 184/27.05.2009, având ca obiect elaborarea DALI (Documentația pentru avizarea lucrărilor de intervenții) care a stat la baza includerii în fișa de date a achiziției contractului de lucrări nr. 119/2011 a cerințelor minime obligatorii de calificare privind capacitatea tehnică și sau/profesională a potențialilor ofertanți, a fost verificată de OI și AM POR (MDRT) cu ocazia acceptării la plată a cererii de prefinanțare 1/12159/01.10.2010.

Cât timp cererea de prefinanțare și cererile de rambursare au fost aprobate și transferul prefinanțării și rambursării cheltuielilor a fost acordat, s-a atestat în mod nemijlocit, că procedura de achiziție a fost corectă. Menționează faptul că documentațiile de atribuire aferente contractelor mai sus arătate, emise de autoritatea contractantă Județul Dâmbovița, din care fac parte și clarificările date OI ADR Sud Muntenia, cu ocazia depunerii cererii de prefinanțare/rambursare, nu au fost contestate de niciun operator economic. Pornind de la cele arătate, se poate afirma că suntem în prezența unei achiziții speciale, caracteristice, care se bucură de o încredere legitimă, atâta timp cât nu a fost reclamată ca neconformă.

De vreme ce până la publicarea Ordinului ANRMAP nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, care, indiscutabil, a constituit element de referință avut în vedere de pârât în aplicarea corecției financiare, nimic nu l-a oprit pe acesta să sesizeze, să constate și să retina restrictivitatea criteriilor de calificare și/sau selecție, mai cu seamă că acesta a realizat controlul întregii proceduri de atribuire a contractelor cu ocazia aprobării cererii de prefinanțare și a cererilor de rambursare.

Prin urmare, în măsura în care pârâtul aprecia, la momentul verificărilor realizate în vederea acordării prefinanțării/rambursării 1,2,3, că documentațiile de atribuire au avut caracter restrictiv, acesta avea nu numai dreptul, ci și obligația legală să refuze acordarea prefinanțării/rambursării și, totodată, să sesizeze organele competente în vederea realizării verificărilor relative la suspiciunea de neregulă.

Simpla constatare a depunerii unei singure oferte în cadrul procedurii nu îndreptățește însă a aprecia restricționarea accesului la procedură și cu atât mai puțin existența favorizării unui singur operator economic, astfel încât temeiul de drept care a stat la baza aplicării corecției financiare este străin "constatărilor" reținute prin Notă și preluate prin Decizia nr. 113/2012.

Chiar apreciind în extremis existența cerințelor restrictive, acest fapt nu constituie prin el însuși un argument care să justifice corecția financiară în lipsa dovedirii favorizării unui singur operator economic. Cu alte cuvinte, câtă vreme nu s-a făcut dovada împiedicării în participarea la procedură, deoarece prin documentația de atribuire s-a recunoscut posibilitatea și dreptul depunerii de ofertă comună, respectiv instituția cumulului de experiență, nu se poate susține că cerințele sunt de natură a favoriza un singur operator și, deci, corelativ, că temeiul de drept reținut în aplicarea corecției financiare își găsește incidența.

Operatorii economici pot fi susținuți potrivit art. 186 din OUG nr. 34/2006, coroborat cu art. 11 din HG nr. 925/2006, ceea ce dovedește, o dată în plus, că cerințele nu sunt restrictive și nu au fost de natură să favorizeze un singur operator economic.

Cât privește așa zisele cerințe restrictive stabilite prin fișa de date care a stat la baza atribuirii contractului de servicii nr. 487/2010, arată că la data organizării procedurii de atribuire nu exista nicio prevedere legală care să oblige autoritatea contractantă la a accepta un număr mai mare sau

mai mic de ani în privința experienței profesionale a ofertantului și team - leader -ului. Limitele în privința anilor necesari dovedirii experienței profesionale și experienței specifice în privința capacității profesionale s-au precizat abia prin Ordinul ANRMAP nr. 509/2011 care, însă, nu poate constitui element de referință în realizarea unor verificări ulterioare momentului organizării procedurii, deoarece aceasta ar implica retroactivitate.

Este netemeinică aplicarea unei corecții financiare fără observarea caracterului complex al procedurilor, fără observarea specificității contractelor, fără observarea interesului protegit, dar mai ales că, reținerile pârâtului din cuprinsul Notei de constatare nr. CA- 27951/12.04.2012 și Deciziei nr. 113/2012, nu concordă realității contemporane momentului organizării procedurilor de atribuire și nu au nimic în comun cu dovedirea neconformității documentațiilor de atribuire.

Ulterior depunerii la dosar a cererii precizatoare, pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice a depus la dosar note de ședință prin care a invocat excepția lipsei de interes cu privire la capătul de cerere privind anularea Deciziei nr. 113/2012, față de disp. art. 21 alin.20 și art. 43 din OUG 66/2011 conform căroră nota de constatare constituie titlu de creanță și titlu executoriu, reclamanta solicitând doar anularea deciziei de soluționare a contestației, nu și anularea notei de constatare.

Aceeași excepție a fost invocată și cu privire la capătul de cerere având ca obiect suspendarea executării deciziei, având în vedere că prin hotărârea judecătorească irevocabilă s-a dispus suspendarea executării notei de constatare.

Au fost depuse la dosar actul administrativ contestat și documentația care a stat la baza emiterii acesteia. Analizând înscrisurile depuse la dosar, Curtea reține în fapt că o echipă de control din cadrul Direcției Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare a ministerului pârât a efectuat o verificare documentară ce a avut drept scop verificarea aspectelor menționate în sesizarea nr. VT - 16328/2.03.2012 a Serviciului Verificare Constatare Programe Gestionare Nereguli.

Au fost vizate procedurile de achiziție publică pentru atribuirea contractului de servicii nr. 487/19.11.2010 încheiat între unitatea administrativ - teritorială județul Dâmbovița și SC Romactiv Business Consulting SRL, pentru achiziționarea serviciilor de consultanță, precum și a contractului de lucrări nr. 199/22.04.2011 încheiat între unitatea administrativ - teritorială județul Dâmbovița și Asocieria dintre Vamed Standortentwicklung und Engineering GmbH & KG și SC Strabug SRL și SC Straco Grup SRL.

Cu privire la contractul de servicii s-a constatat că prin fișa de date, autoritatea contractantă a solicitat ca cerință de calificare referitoare la capacitatea tehnică "dovada faptului că «Ofertantul trebuie să fi executat și finalizat, în ultimii 3 ani, cel puțin un contract de servicii de consultanță sau asistență tehnică pentru proiecte cofinanțate de UE sau să se fi derulat cel puțin 2 proiecte finanțate de UE ». De asemenea, se specifică printr-o notă că, «Contractele menționate la pct. A.I. se referă la proiecte de investiții în domeniul infrastructurii medicale.»

Cerințele de calificare privitoare la capacitatea profesională prevăd pentru poziția de team-leader o experiență de «minim 5 ani în elaborarea și/sau managementul proiectelor de investiții cofinanțate de UE și să fi lucrat ca manager de proiect sau în calitate de consultant cel puțin în 5 proiecte cofinanțate de UE dintre care 3 proiecte de investiții în domeniul medical».

Referitor la contractul de lucrări s-a reținut că prin fișa de date a achiziției autoritatea contractantă a solicitat printre altele: condiția minimă pentru demonstrarea experienței similare se consideră prezentarea unor contracte similare finalizate sau în derulare având ca obiect execuția de lucrări de construcții civile și industriale (construcție/extindere/ modernizare/reabilitare spital de interes

județean/regional/național) cu o valoare de minim 28.000.000 lei, fără TVA, precum și prezentarea unui contract/contracte/similare finalizate sau în derulare având ca obiect furnizarea de echipamente pentru realizarea de investiții în domeniul sănătății publice (echipare/dotare spital de interes județean/regional/ național) cu o valoare de minim 29.500.000 lei, fără TVA.

În ceea ce privește capacitatea profesională, autoritatea contractantă solicită ca experiență profesională a managerului de proiect derularea a minim 1 proiect de investiții în domeniul medical pentru care a asigurat managementul de proiect, având un obiect similar prezentei proceduri (execuție de lucrări și furnizare dotări/echipamente pentru domeniul medical) și având o valoare de investiție minim egală cu valoarea contractului ce face obiectul/ prezentei proceduri (58.876.428,40 lei).

Aceste aspecte au fost consemnate în Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. C A 27951/12.04.2012 întocmită de Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene din cadrul ministerului pârât în care se reține, cu privire la contractul de servicii nr.487/19.11.2010, că UAT Dâmbovița a considerat în mod eronat că pentru acest proiect care vizează lucrări și achiziții de bunuri, activitatea de consultanță necesită, din partea ofertantului și a team-leader-ului, experiență specifică în domeniul medical.

Or, activitățile care fac obiectul contractului de servicii nu sunt specifice domeniului medical, ci necesită experiență în consultanță ca pentru realizarea oricărei investiții de o asemenea valoare. Astfel, nu se justifică legătura dintre domeniul medical și gradul de complexitate a investițiilor, în ceea ce privește cerințele solicitate atât pentru ofertant, cât și pentru team-leader.

În concluzie, cerințele autorității contractante sunt restrictive în raport cu natura și obiectul contractului.

Având în vedere prevederile OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006, în varianta legislativă de la momentul publicării anunțului de participare și Fișa de date a achiziției, echipa de control a considerat că au fost încălcate principiile transparenței și egalității de tratament, deoarece documentația de atribuire cuprinde cerințe obligatorii care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică, nu au o legătură concretă cu obiectul contractului, respectiv au fost încălcate prevederile art. 178, alin. (2) din OUG nr. 34/2006 și art. 8, alin. (1) și (2) din HG nr. 925/2006.

În consecință, s-a constatat incidența disp. pct. 2 subpct. 2.3 din anexa la OUG 66/2011, în sensul aplicării unei corecții financiare de 5% din valoarea contractului, creanța bugetară rezultată din neregulă ca urmare a stabilirii corecției financiare fiind de 8.598,47 lei.

Referitor la contractul de lucrări nr. 199/22.04.2011 s-a considerat că cerințele specifice privitoare la:

Execuția de lucrări de construcții civile și industriale pe care autoritatea contractantă o limitează la construcția/extinderea/modernizarea/reabilitarea unui spital de interes județean/regional/național.

Derularea de către managerul de proiect propus a minim 1 proiect de investiții în domeniul medical, având un obiect similar prezentei proceduri (execuție lucrări și furnizare dotări/echipamente pentru domeniul medical) și având o valoare de investiție minim egală cu valoarea contractului care face obiectul prezentei proceduri (58.876.428,40 lei) sunt de natură să restricționeze participarea operatorilor la procedură întrucât:

Condiția minimă pentru demonstrarea experienței similare este limitată de autoritatea contractantă la construcția/extinderea/modernizarea/reabilitarea unui spital de interes județean/regional/național, cerință de natură să restricționeze participarea operatorilor la procedură. Această opinie se susține prin argumentul că o lucrare de construcție/extindere /

modernizare / reabilitare a unei clădiri, indiferent de natura acesteia este suficientă pentru dovedirea experienței ofertantului în această etapă;

Autoritatea contractantă solicită ca aceste contracte să aibă o valoare minimă de 28.000.000 lei fără TVA (pentru contractul de lucrări), respectiv o valoare minimă de 29.500.000 lei, fără TVA (pentru contractul de furnizare), fără a permite ca această valoare să fie atinsă prin cumularea a 2 sau mai multe contracte.

În ceea ce privește capacitatea profesională, autoritatea contractantă solicită, de asemenea, în mod limitativ, ca managerul de proiect să aibă experiență specifică atât în lucrări, cât și în furnizare dotări pentru domeniul medical;

Cerința autorității contractante potrivit căreia valoarea contractului care dovedește experiența profesională a managerului de proiect trebuie să fie de minim 58.876.428,40 lei, nu permite ca această valoare să fie atinsă prin cumularea a două sau mai multe contracte.

Având în vedere:

prevederile OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006, în varianta legislativă de la momentul publicării anunțului de participare, Fișa de date a achiziției, echipa de control consideră că au fost încălcate principiile transparenței și egalității de tratament, deoarece documentația de atribuire cuprinde cerințe obligatorii care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică, nu au o legătură concretă cu obiectul contractului, respectiv au fost încălcate prevederile art. 178, alin. (2) din OUG nr. 34/2006 și art. 8, alin. (1) și (2) din HG nr. 925/2006. În privința acestui contract s-a constatat aplicabilitatea disp. pct. 1 subpct.1.7 din anexa la OUG 66/2011 care prevăd o corecție financiară de 25% din valoarea contractului rezultând o creanță bugetară de 2.610.392,43 lei, valoarea totală a creanței bugetare rezultate din nereguli fiind de 2.618.990,89 lei.

Contestația formulată de reclamantă împotriva notei de constatare a fost respinsă ca nefondată prin Decizia nr. 113/08.06.2012 a comisiei de soluționare a contestației numită prin Ordinul ministrului dezvoltării regionale și turismului nr. 864/06.06.2012.

Prin cererea înregistrată pe rolul Curții de Apel București - Secția a VIII - a Contencios Administrativ și Fiscal sub nr.4531/2/2012, reclamantul județul Dâmbovița a chemat în judecată pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului solicitând suspendarea executării Notei de Constatare nr. CA 27951/12.04.2012 emisă de Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul ministerului pârât, până la pronunțarea instanței de fond asupra legalității acestui act administrativ.

Prin sentința civilă nr. 4586/25.07.2012, Curtea de Apel București - Secția a VIII -a Contencios Administrativ și Fiscal a respins această cerere de suspendare a executării ca neîntemeiată.

Recursul formulat de reclamantă împotriva acestei sentințe a fost admis de Înalta Curte de Casație și Justiție - Secția Contencios Administrativ și Fiscal prin decizia nr. 2710/05.03.2013 prin care sentința a fost modificată în sensul admiterii cererii și suspendării executării notei de constatare până la pronunțarea instanței de fond.

Potrivit art. 21 alin. 20 din OUG 66/2011, nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare constituie titlu de creanță, aceasta fiind și titlu executoriu conform art. 43 lit. a din aceeași ordonanță. În condițiile în care reclamanta nu solicită și suspendarea executării notei de constatare, deci a titlului de creanță, Curtea apreciază că este întemeiată excepția lipsei de interes cu privire la cererea de suspendare a executării Deciziei nr. 113/08.06.2012 prin care a fost respinsă contestația formulată împotriva notei de constatare.

Interesul, ca și condiție de exercițiu a acțiunii civile, reprezintă folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a procedurii judiciare. Prin suspendarea executării deciziei de soluționare a contestației, reclamanta nu obține niciun folos practic, întrucât titlul executoriu este nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare și nu decizia de soluționare a contestației formulate împotriva acestei note. Potrivit art. 50 alin. 7 și 8 din OUG 66/2011, introducerea contestației pe calea administrativă nu suspendă executarea titlului de creanță. Prevederile alin. (7) nu aduc atingere dreptului contestatarului sau al împuternicitului acestuia de a cere suspendarea executării titlului de creanță, în temeiul Legii nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, reclamanta avea posibilitatea de a solicita instanței suspendarea executării notei de constatare, dar nu a înțeles să formuleze o asemenea solicitare, deși instanța i-a pus în vedere să precizeze dacă solicită suspendarea executării și anularea notei de constatare, fiind lipsită de interes cererea de suspendare a executării actului administrativ prin care este soluționată contestația formulată în condițiile OUG 66/2011. În consecință, va fi admisă excepția și va fi respinsă ca lipsită de interes cererea de suspendare a executării Deciziei nr. 113/08.06.2012 emisă de pârât. Curtea apreciază că această excepție este neîntemeiată cu privire la cererea de anulare a deciziei, reclamanta justificând un interes pentru a solicita anularea acestui act administrativ în condițiile în care analiza legalității acestuia presupune examinarea legalității notei de constatare prin care s-a stabilit valoarea creanței bugetare rezultate în urma aplicării corecției financiare conform disp. OUG 66/2011.

Pe fondul cauzei, Curtea reține că cererea de anulare a Deciziei nr. 113/08.06.2012 este neîntemeiată față de următoarele considerente:

Critica referitoare la emiterea notei de constatare și a deciziei nr. 113/08.06.2012 cu încălcarea principiului neretroactivității legii, întemeiată pe faptul că aceste acte au fost emise în baza OUG 66/2011 care a intrat în vigoare după data finalizării procedurilor de achiziție a celor două contracte în discuție, nu poate fi reținută. În acest sens, Curtea are în vedere disp. art. 66 din OUG 66/2011 potrivit cărora activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare. Din interpretarea per a contrario a acestor prevederi rezultă că activităților de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare desfășurate ulterior intrării în vigoare a OUG 66/2011 le sunt aplicabile dispozițiile acestei ordonanțe.

În speță, activitatea de verificare finalizată cu încheierea notei de constatare nr. CA - 27951/12.04.2012 emisă de pârât s-a desfășurat în anul 2012, fiindu-i aplicabilă reglementarea cuprinsă în OUG 66/2011, fără a fi încălcat principiul neretroactivității legii, consacrat de art. 15 alin. 2 din Constituție.

Atunci când invocă nerespectarea acestui principiu, reclamantul nu are în vedere distincția care trebuie făcută, sub aspectul reglementării legale aplicabile, între calificarea drept nereguli a unor acte sau fapte juridice (abateri) și procedura de constatare a acestor nereguli și de stabilire a creanțelor bugetare.

Referitor la actele faptele juridice care constituie abateri de la legalitate, regularitate și conformitate, se reține că încadrarea lor ca nereguli se face în raport de reglementarea legală în vigoare la data săvârșirii lor, dar procedura de constatare și de sancționare a lor este cea reglementată de actele normative în vigoare la data desfășurării activității de constatare.

Mai mult, se constată cu privire la calificarea abaterilor drept nereguli, că definiția legală a noțiunii de neregulă în cele două acte normative (OG 79/2003 - în vigoare la data desfășurării procedurilor de achiziție publică în discuție și OUG 66/2011 - în vigoare la data desfășurării verificării finalizate cu întocmirea notei de constatare) este, în esență, aceeași.

Astfel, potrivit art. 2 lit. a din OG 79/2003, neregula reprezintă orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile legale naționale și/sau comunitare, precum și cu prevederile contractelor ori ale altor angajamente legale încheiate în baza acestor dispoziții, care prejudiază bugetul general al Comunității Europene și/ sau bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, precum și bugetele din care provine cofinanțarea aferentă printr-o cheltuială necuvenită.

Art. 2 lit. a din OUG 66/2011 prevede că neregulă reprezintă orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/ sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit.

Rezultă că cele două acte normative definesc noțiunea de neregulă prin raportare la aceleași elemente caracteristice, diferențele vizând constatarea și sancționarea neregulilor, respectiv procedura propriu-zisă aplicabilă după calificarea unei abateri ca neregulă și sancțiunea aplicabilă.

Faptul că abaterile calificate drept nereguli au fost săvârșite înainte de intrarea în vigoare a OUG 66/2011 este irelevant sub aspectul stabilirii actului normativ aplicabil procedurii de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare, având în vedere că încadrarea abaterilor de la legalitate, regularitate și conformitate ca nereguli se face în funcție de reglementarea legală existentă la data săvârșirii lor, iar activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare desfășurată după data intrării în vigoare a OUG 66/2011 se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor acestei ordonanțe, în consecință, critica reclamantului vizând încheierea notei de constatare și emiterea deciziei de soluționare a contestației cu încălcarea principiului neretroactivității legii este neîntemeiată.

Consiliul Județean Dâmbovița, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat în anul 2010 procedura de achiziție publică pentru atribuirea contractului „Servicii generale de consultanță în management pentru proiectul Reabilitarea Spitalului Județean Dâmbovița”. În Fișa de date a achiziției, la cap. V „Criterii și documente de calificare” se menționează următoarea cerință de calificare referitoare la capacitatea tehnică (pct. V.4.1 - A.I): ofertantul trebuie să fi executat și finalizat, în ultimii trei ani, cel puțin un contract de servicii de consultanță sau asistență tehnică pentru proiecte cofinanțate de Uniunea Europeană, ori să fi derulat cel puțin 2 proiecte finanțate de Uniunea Europeană.

Potrivit notei incluse în Fișa de date a achiziției, contractele menționate la pct. A.I se referă la proiecte de investiții în domeniul infrastructurii medicale. O altă cerință de calificare obligatorie, referitoare la capacitatea profesională este cea prev. la pct. V 4.2., conform căreia expertul cheie - team - leader trebuie să aibă minim 5 ani experiență în elaborarea și/sau managementul proiectelor de investiții cofinanțate de Uniunea Europeană și să fi lucrat ca manager de proiect sau în calitate de consultant cel puțin în 5 proiecte cofinanțate de Uniunea Europeană, dintre care 3 proiecte de investiții în domeniul medical.

Se reține că serviciile de consultanță pentru achiziționarea cărora s-a încheiat contractul nr. 487/19.11.2010 constau în întocmirea documentațiilor de atribuire pentru achiziții publice, participarea la evaluarea ofertelor, reverificarea situațiilor de lucrări, întocmirea rapoartelor de progres, întocmirea dosarelor pentru cererile de plată, asigurarea managementului general al proiectului.

În raport de aceste servicii care trebuie prestate de ofertantul câștigător se constată că sunt restrictive cerințele referitoare la experiența obținută de team - leader în derularea proiectelor de investiții în domeniul medical și la executarea și finalizarea contractului vizând astfel de proiecte.

Activitățile ce reprezintă obiectul contractului de servicii presupun existența unei experiențe în consultanță pentru realizarea oricărei investiții care are o asemenea valoare și nu în mod necesar în domeniul medical, astfel că cerințele în discuție încalcă disp. dispozițiile art. 8 alin. 1 din H.G. nr. 925/2006 potrivit cărora „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care:

nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

sunt disproportionate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit”.

Introducerea acestor cerințe determină o restrângere a numărului operatorilor economici care pot participa la procedura de achiziție publică, întrucât cei care au executat și finalizat în ultimii 3 ani, cel puțin un contract de servicii de consultanță sau asistență tehnică pentru proiecte cofinanțate de UE sau au derulat cel puțin 2 proiecte finanțate de UE, dar aceste contracte nu se referă la proiecte de investiții în domeniul infrastructurii medicale, nu pot participa la procedură.

Aceeași este situația și în cazul ofertanților care propun pentru poziția de team - leader o persoană care are experiență de minim 5 ani în elaborarea și/sau managementul proiectelor de investiții cofinanțate de UE și care a lucrat ca manager de proiect sau în calitate de consultant cel puțin în 5 proiecte cofinanțate de UE, dar 2 dintre acestea nu sunt proiecte de investiții în domeniul medical.

Neîndeplinind aceste cerințe, operatorii economici respectivi nu pot participa la procedura de achiziție publică, fiind restrânsă în mod nejustificat sfera participanților și încălcate dispozițiile art. 178 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 potrivit cărora „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire”.

În ceea ce privește contractul de lucrări nr. 199/22.04.2011, Curtea apreciază că în mod corect s-a reținut prin nota de constatare că unele cerințe stabilite prin fișa de date a achiziției sunt de natură să restricționeze participarea operatorilor economici la procedura de achiziție publică.

Este vorba despre cerințele specifice privitoare la execuția de lucrări de construcții civile și industriale, limitată de autoritatea contractantă la construcția /extinderea /modernizarea /reabilitarea unui spital de interes județean/regional/național, precum și la derularea de către managerul de proiect propus a minim 1 proiect de investiții în domeniul medical, având un obiect similar prezentei proceduri și având o valoare de investiții minim egală cu valoarea contractului care face obiectul prezentei proceduri.

Prima cerință care vizează experiența similară este de natură să restricționeze participarea operatorilor la procedură, întrucât o lucrare de construcție/extindere/modernizare/reabilitare a

unei clădiri este suficientă pentru dovedirea experienței, nefiind necesar ca respectiva clădire să fie un spital.

De asemenea, este restrictivă cerința referitoare la derularea unui contract cu o valoare minimă de 58.876.428,40 lei (28.000.000 lei fără TVA pentru contractul de lucrări și 29.500.000 lei fără TVA pentru contractul de furnizare), fiind exclusă posibilitatea ca această valoare să fie atinsă prin cumularea a 2 sau mai multe contracte.

Tot un caracter restrictiv are și cerința privind capacitatea profesională, conform căreia experiența profesională a managerului de proiect trebuie să conștie în derularea a minim 1 proiect de investiții în domeniul medical pentru care a asigurat managementul de proiect, cu un obiect similar cu al procedurii de față (execuție de lucrări și furnizare dotări/echipamente pentru domeniul medical) și cu o valoare de investiții minim egală cu valoarea contractului ce constituie obiectul prezentei proceduri.

Caracterul restrictiv este dat atât de cerințe privind experiența în lucrări, dar și în furnizarea de dotări pentru domeniul medical, cât și de excluderea posibilității ca valoarea contractului să fie atinsă prin cumularea a două sau mai multe contracte.

Art. 179 din O.U.G. nr. 34/2006 prevede că:

„(1) Criteriile de calificare și selecție stabilite de către autoritatea contractantă trebuie să aibă o legătură evidentă cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul cerințelor minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească.

(3) Criteriile de calificare și selecție precizate în cadrul invitației/anunțului de participare trebuie să fie aceleași cu cele precizate în cadrul documentației de atribuire.

(4) Orice modificare și/sau completare a criteriilor de calificare și selecție precizate conform alin. (3) conduce la anularea procedurii de atribuire, cu excepția modificărilor dispuse prin decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor”.

Or, din probele administrate nu rezultă că a fost respectat acest principiu, fiind stabilite criterii de calificare restrictive, cu privire la care nu s-a demonstrat că sunt relevante pentru îndeplinirea contractului.

Față de aceste considerente, se constată că în mod corect s-a reținut săvârșirea unei nereguli în sensul art. 2 alin. 1 lit. a din O.U.G. nr. 66/2011 prin care se înțelege „orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit”.

Referitor la contractul de servicii nr. 487/19.11.2010 se reține incidența disp. pct.2 subpct. 2.3 din anexa la OUG 66/2011, respectiv săvârșirea abaterii constând în aplicarea unor criterii de calificare și selecție sau a unor factori de evaluare nelegali, corecția aplicată fiind de 5% din valoarea contractului.

Astfel, se menționează în nota de constatare că Autoritatea de Management Programul Operațional Regional va aplica o corecție financiară de 5% pentru cheltuielile eligibile aprobate în

baza acestui contract și va reține 5% din cheltuielile eligibile ce urmează a fi decontate, la cererile de rambursare următoare, linia bugetară 2.4.

În privința contractului de lucrări nr. 199/22.04.2011 sunt aplicabile disp. pct. 1 subpct. 1.7 din anexa la OUG 66/2011 care reglementează abaterea constând în stabilirea în documentația de atribuire sau în anunțul de participare a unor criterii de calificare și selecție sau a unor factori de evaluare nelegali și o corecție de 25% din valoarea contractului.

Se susține în acțiune că o abordare unitară în ceea ce privește formularea criteriilor de calificare și selecție s-a realizat la data de 28.09.2011, data intrării în vigoare a Ordinului ANRMAP nr. 509 privind formularea criteriilor de calificare și selecție. În condițiile în care până la această dată, prin OUG 34/2006 nu erau precizate cerințele apreciate ca fiind restrictive, și având în vedere și disp. art. 9 din HG 925/2006, apreciază reclamanta că abaterile reținute în sarcina sa nu există.

Susținerea este neîntemeiată, autoritatea contractantă având obligația de a stabili criteriile de calificare și selecție cu respectarea disp. OUG 34/2006 și HG 925/2006, chiar și în lipsa unui act administrativ emis de ANRMAP în care să fie menționate cerințele considerate restrictive.

Cele două acte normative sus menționate conțin suficiente prevederi pe baza cărora autoritatea contractantă să stabilească cerințe de calificare și selecție legale, neputându-se prevala, pentru a justifica nelegalitatea acestora, de inexistența unui ordin al ANRMAP referitor la cerințele considerate restrictive.

Împrejurarea invocată în acțiune, că ANRMAP și Unitatea pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice din cadrul Ministerului Finanțelor Publice nu au consemnat nicio încălcare a legii privind atribuirea acestor contracte nu constituie un argument în soluționarea favorabilă a cauzei, câtă vreme analizând cerințele în discuție, prin raportare la disp. legale în vigoare la data derulării procedurilor de achiziție publică, instanța constată că acestea încalcă prevederile legale incidente în materie.

Față de aceste considerente, se constată că soluția de respingere a contestației formulate împotriva notei de constatare este legală, astfel că va fi respinsă ca neîntemeiată cererea de anulare a Deciziei nr. 113/08.06.2012 emisă de pârât.

Curtea apreciază că este întemeiată excepția inadmisibilității cererii de chemare în garanție invocată de ANRMAP, având în vedere disp. art. 60 alin. 1 C.pr.civ. potrivit căreia partea poate să cheme în garanție o altă persoană împotriva căreia ar putea să se îndrepte, în cazul când ar cădea în pretențiuni cu o cerere în garanție sau în despăgubire.

Atribuțiile ce revin ANRMAP în derularea unei proceduri de achiziție publică, reglementate de disp. art. 24 și art. 27 din HG 925/2006 nu dau naștere unei obligații de garanție sau de despăgubiri în sarcina ANRMAP față de autoritatea contractantă, astfel că în cazul în care se constată legalitatea notei de constatare prin care au fost stabilite corecții financiare, autoritatea contractantă nu se poate îndrepta împotriva ANRMAP cu o cerere în garanție sau în despăgubire.

În consecință, instanța va admite excepția inadmisibilității și va respinge ca inadmisibilă cererea de chemare în garanție a ANRMAP. Întemeiată este și excepția lipsei calității procesuale pasive invocată de chemata în garanție DGFP Dâmbovița, Curtea reținând că nu există identitate între această parte și persoana obligată în raportul juridic dedus judecătii.

La formularea acestei cereri de chemare în garanție reclamanta a avut în vedere Raportul de activitate nr. 113500/06.05.2011 încheiat de DGFP Dâmbovița - Compartimentul de Verificare a

Achizițiilor Publice, în urma verificării procedurii de licitație deschisă desfășurată de Consiliul Județean Dâmbovița, pentru atribuirea contractului de „Lucrări de construcție (reabilitare spital, organizare de șantier, probe tehnologice, dotări specifice infrastructurii de sănătate) pentru proiectul: Reabilitarea și modernizarea Spitalului Județean Dâmbovița”. Temeiul legal al acestei verificări îl constituie OUG 30/2006.

La pct. 2.3 din acest raport se menționează că autoritatea contractantă a întocmit documentația de atribuire pe baza disp. art. 33 alin. 2 din OUG 34/2006. Ca urmare a studierii documentelor puse la dispoziție de autoritatea contractantă, observatorii desemnați pentru verificarea acestei proceduri nu au constatat neconformități.

Acest raport de activitate întocmit de direcțiile generale ale finanțelor publice la nivel teritorial, pentru fiecare procedură de atribuire verificată, cuprinde opiniile prev. la art. 3 lit. b din OUG 30/2006.

Potrivit art. 39 din HG 921/2011, observatorii au obligația să observe și să verifice, în limitele competențelor și obiectiv, aspectele procedurale în timpul derulării lor, precum și să îndrume autoritățile contractante/entitățile juridice prin recomandări, pentru corectarea neconformităților și neconcordanțelor constatate, ori de câte ori este cazul.

Curtea apreciază că mențiunile din raport referitoare la întocmirea documentației de atribuire nu justifică reținerea calității procesuale pasive a DGFP Dâmbovița în cadrul cererii de chemare în garanție formulată de reclamant, din moment ce organul fiscal nu are, ca urmare a încheierii raportului conform OUG 30/2006, nicio obligație de garanție sau de despăgubire față de reclamantă în situația în care se constată încălcarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice, cu atât mai mult cu cât potrivit art. 6 din OUG 30/2006, responsabilitatea pentru deciziile adoptate pe parcursul procesului de atribuire a contractelor care intră sub incidența legii privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii revine autorității contractante.

Față de aceste considerente, Curtea va admite excepția lipsei calității procesuale pasive a DGFP Dâmbovița și va respinge cererea de chemare în garanție în contradictoriu cu aceasta ca fiind formulată împotriva unei persoane fără calitate procesuală pasivă.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Admite excepția lipsei de interes cu privire la cererea de suspendare a executării Deciziei nr. 113/08.06.2012 emisă de pârât, pe care o respinge ca lipsită de interes. Respinge excepția lipsei de interes cu privire la cererea de anulare a Deciziei nr. 113/08.06.2012 emisă de pârât.

Respinge ca neîntemeiată cererea formulată de reclamantul JUDEȚUL DÂMBOVIȚA PRIN CONSILIUL JUDEȚEAN DÂMBOVIȚA, cu sediul în Târgoviște, de anulare a Deciziei nr. 113/08.06.2012 emisă de pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, cu sediul în București, str. Apolodor, Latura Nord, nr. 17, sector 5.

Admite excepția inadmisibilității cererii de chemare în garanție a AUTORITĂȚII NAȚIONALE PENTRU REGLEMENTAREA ȘI MONITORIZAREA ACHIZIȚIILOR, cu sediul în București, Bd. Dinicu Golescu nr. 238, sector 1, pe care o respinge ca inadmisibilă.

Admite excepția lipsei calității procesuale pasive a DIRECȚIEI GENERALE A FINANȚELOR PUBLICE DÂMBOVIȚA, cu sediul în Târgoviște, Calea Domnească nr. 166, jud. Dâmbovița și respinge cererea

de chemare în garanție în contradictoriu cu aceasta ca fiind formulată împotriva unei persoane fără calitate procesuală pasivă.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, azi 16.04.2013.

Dosar nr. 520/42/2012

CURTEA DE APEL PLOIEȘTI
SECȚIA A II-A CIVILĂ ȘI DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 395
Ședința publică din data de 07 noiembrie 2012

Pe rol fiind soluționarea acțiunii formulate de reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALA MUNICIPIUL TÂRGOVIȘTE - PRIN PRIMAR- cu sediul ales la cabinet avocat din (...) în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI cu sediul în (...).

Cursul dezbaterilor a fost consemnat în încheierea de ședință din 31 octombrie 2012, ce face parte integrantă din prezenta hotărâre, când instanța, în temeiul art. 150 C.pr.civ., a reținut cauza spre soluționare.

Curtea, pentru a da posibilitatea părților să depună la dosar concluzii scrise, în temeiul art. 260 C.pr.civ., a amânat pronunțarea la data de 7 noiembrie 2012 când, după ce a deliberat conform art. 256 C.pr.civ., a pronunțat următoarea decizie:

CURTEA

Deliberând asupra acțiunii de față, reține următoarele: Prin acțiunea înregistrată la această instanță sub nr.520/42/2012, reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul Târgoviște - prin Primar în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, a solicitat ca prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună anularea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-19345 din data de 14.03.2012, aferentă contractului de finanțare nr. 26/02.02.2009, cod SMIS 1098, emisă de către Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului.

În motivarea acțiunii se arată că la data de 09.03.2012, în baza Ordinului nr. 252/02.02.2012, emis de Ministrul Dezvoltării Regionale și Turismului, echipa de control a procedat la încheierea unei note de constatare în baza extrasului din Raportul de audit de operațiuni pentru POR al Autorității de Audit (nr. 51648/AP/22.12.2011), înregistrat la MDRT sub nr. 94973/22.12.2011, conținând constatări cu implicații financiare cu privire la încălcarea legislației specifice achizițiilor publice, respectiv OUG nr. 34/2006, privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, prin nota de constatare mai sus menționată s-a reținut că ofertantul a fost declarat câștigător fără ca acesta să îndeplinească condițiile minime obligatorii de la punctul V.4 paragraful 3 din fișa de date a achiziției, deoarece ofertantul nu a făcut dovada că are în dotare sau dispune de tipuri de echipamente: stații de mixturi asfaltice fixe sau mobile, cu o capacitate de producție de minim 150 to/h, în funcțiune, cu inspecția tehnică și autorizații de mediu valabile.

De asemenea, echipa de control a reținut că reclamanta nu a respectat principiile transparenței, prin încălcarea obligațiilor de publicitate și principiul egalității de tratament în evaluarea și selecția ofertanților, prin introducerea unor cerințe nelegale în documentația de atribuire, reducând perioada minimă de 52 de zile prevăzută între data transmiterii spre publicare a anunțului de participare și data la limita de depunere a ofertelor, la 34 de zile, potrivit prevederilor art. 75, alin. 2 din OUG nr. 34/2006, deși această reducere este permisă doar cu condiția ca anunțul de informare prealabilă să fi cuprins toate informațiile necesare pentru anunțul de participare,

conform prev. art. 38 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2001.

Arată că pârâțul a făcut aprecieri greșite asupra aspectelor reținute, în primul rând, în legătură cu îndeplinirea cerințelor minime de calificare de către ofertantul câștigător, Comisia de evaluare a analizat documentele de calificare prezentate de ofertanți, iar pentru asocierea firmei (...) cele ce trebuiau constatate de către comisie trebuiau să fie în concordanță cu cerințele din fișa de achiziție, întrucât din documentele prezentate reiese în mod inechivoc posesia celor doua stații de mixturi asfaltice, însă ofertanții respectivi nu au prezentat contracte de închiriere, în măsura în care rapoartele de inspecție nu indicau în mod clar că sunt în posesia lor.

De asemenea, arată reclamanta că în mod greșit, echipa de control a reținut, din întreaga evaluare a zonei de utilaje, faptul că asocierea arătată mai sus nu deține utilajele necesare calificării, ofertantul trebuia să facă dovada că are în dotarea sa sau dispune de anumite tipuri de echipamente, față de cele reținute în sarcina altor operatori economici, despre care se susține că s-ar fi aflat în situații similare, aceștia însă nu au prezentat contracte de închiriere pentru utilajele cu care ofertau.

Din documentele prezentate comisiei și analizate de către aceasta pentru asocierea SC C. SRL, SC T. B.SRL, C.I.C., reiese în mod clar, atât din autorizația de mediu cât și din celelalte acte, proprietarul, în timp ce în celelalte cazuri, din raportul de Inspecție reiese ca proprietar un operator economic, neexistând în ofertă niciun act din care să rezulte relațiile comerciale între ofertant și acel operator economic.

În temeiul prevederilor OUG nr. 66/2011, echipa de verificare a constatat faptul că se impune aplicarea unei corecții financiare de 25% din valoarea contractului încheiat de reclamantă cu asocierea SC C. SRL - SC T.B. SRL - C.I.C., această sancțiune nu este întemeiată, deoarece așa cum reiese din anunțul de intenție nr. 14946/25.02.2009, validat de ANRMAP în data de 24.02.2009, sunt completate toate secțiunile existente la acea dată în formatul standard de anunț.

Totodată, arată reclamanta, nu poate fi reținută în sarcina autorității contractante culpa necompletării unor date pentru care nu exista un loc specific de completare în sistemul care nu aparține autorității și în privința cărora nu exista instrucțiuni de completare care să conțină menționarea acestor cerințe.

De asemenea, nu poate fi reținută în sarcina autorității contractante lipsa tuturor datelor prezentate în Directiva 2004/18/CE într-un model pre-format de anunț de intenție, sau modalitatea de transpunere și punere în aplicare în legislația națională a prevederilor europene, iar în conformitate cu prevederile contractului de finanțare, art. 21, acesta este guvernat de legea română, reclamanta precizând că s-a conformat tuturor condițiilor oferite de legislația românească în vigoare la acea dată și de Sistemul Electronic de Achiziții Publice, anunțul a fost elaborat în baza documentației de atribuire, parte a contractului de servicii de consultanță atribuit în 29.06.2009.

Având în vedere faptul că reducerea aplicată s-a făcut ținând cont de prevederile art. 75 alin. 1 coroborat cu alin. 2 și 4 din OUG 34/2006, întrucât "anunțul de participare se transmite spre JOUE în format electronic de către SEAP", solicită și anularea măsurii în ce privește reducerea perioadei minime de 52 de zile prevăzută între data transmiterii spre publicare în JOUE a anunțului de participare și data limită de depunere a ofertelor.

Astfel, neexistând abateri care să prejudicieze bugetul Uniunii Europene și fondurile naționale, solicită admiterea acțiunii și anularea creanțelor bugetare individualizate prin Nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-19345, emisă în data de 14.03.2012, de către

Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului.

În dovedirea acțiunii reclamanta a depus la dosar înscrisuri respectiv : nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA 19345/14.03.2012 a Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția de Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare, actul nr. 14181 din 21.05.2012, emis de pârât și decizia nr. 79/14.05.2012 a Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, prin care i-a fost soluționată contestația formulată împotriva notei de constatare.

Cu actul înregistrat sub nr. 17380/04.09.2012, pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului București a formulat întâmpinare, prin care a solicitat respingerea cererii ca fiind nefondată, arătând că în temeiul art. 16 din Legea nr.554/2004, solicită introducerea în cauză a Curții de Conturi a României prin intermediul autorității de audit, întrucât instituția pârâtă a dus la îndeplinire constatările consemnate de Autoritatea de Audit a Curții de Conturi în raportul de audit de operațiuni pentru POR nr. 51648/AP/22.12.2011.

Referitor la inexistența unui prejudiciu, apreciază că la stabilirea acestuia urmează a fi avute în vedere atât prevederile contractului de finanțare încheiat între părți cât și dispozițiile comunitare în acest sens, arătând că potrivit art.5 din Contractul de finanțare „cheltuielile sunt considerate eligibile dacă sunt în conformitate cu Hotărârea Guvernului nr.759 2007...” și conform art.2 alin.1 lit.d din acest act normativ .Pentru a fi eligibilă, o cheltuială trebuie...să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare”, aceste dispoziții se completează cu prevederile art.9 pct.22 din Contractul de finanțare, conform căruia în scopul atribuirii contractelor de servicii, furnizare, execuție de lucrări necesare pentru implementarea proiectului care face obiectul contractului, beneficiarul în calitate de Autoritate Contractantă, are obligația de a respecta prevederile legislației naționale în domeniul achizițiilor publice.

Menționează pârâtul că față de prevederile contractului de finanțare este evident că nerespectarea procedurilor de achiziții constituie o neregulă, prejudiciul fiind în acest caz, prezumat prin nerespectarea clauzelor contractuale, iar potrivit art. 2 alin. (1), lit. a) din O.U.G. nr. 66/2011, neregula reprezintă „orice abatere de la legalitate regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene, bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit”.

Arată pârâtul că potrivit prevederilor legate mai sus enunțate, pentru a fi în prezența unei nereguli, trebuie să existe o abatere, care constă în acțiunea/inacțiunea beneficiarului prin care s-au încălcat prevederile legale în vigoare și ale contractului de finanțare, precum și un prejudiciu ce constă în suma plătită necuvenit.

În speță, neregula constă în acțiunea beneficiarului de a se abate de la dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, precum, și de la prevederile contractului de finanțare, prin nerespectarea de către acesta în cadrul procedurii de atribuire a contractului de servicii a prevederilor art.8 alin.2 din OUG nr. 34/2006, acțiune ce a condus la atribuirea contractului fără organizarea unei licitații adecvate. Prin neregula săvârșită s-a adus astfel prejudicii atât bugetului Uniunii Europene cât și bugetului de stat, prin încasarea de către beneficiar a unor sume plătite necuvenit.

Dispozițiile art. 2 alin. (4) din O.U.G. nr. 66/2011, stipulează că termenii de ... „prejudiciu” au semnificația dată de reglementările incidente și de ghidurile lor de aplicare, emise de Uniunea Europeană/donatorul public internațional.

Art. 2 pct. 7. din Regulamentul (CE) nr. 1083/2006 al Consiliului U.E „neregularitate” înseamnă orice încălcare a unei dispoziții a dreptului comunitar care rezultă dintr-un act sau dintr-o omisiune a unui operator economic care are sau ar putea avea ca efect un prejudiciu la adresa bugetului general al Uniunii Europene prin imputarea unei cheltuieli necorespunzătoare bugetului general.

Referitor la „existența sau potențialitatea unui efect prejudiciabil al încălcării/abaterii pentru bugetul general al Uniunii Europene...”, art. 1 din Regulamentul nr. 2988/95 al Consiliului U.E. din 18 decembrie 1995 - privind protecția intereselor financiare ale Comunităților Europene prevede: "(1) în scopul protejării intereselor financiare ale Comunităților Europene se adoptă prin prezenta o reglementare generală privind controalele uniforme, măsurile și sancțiunile administrative privind abaterile de la dreptul comunitar, iar (2) Constituie abatere orice încălcare a unei dispoziții de drept comunitar, ca urmare a unei acțiuni sau omisiuni a unui agent economic, care poate sau ar putea prejudicia bugetul general al Comunităților sau bugetele gestionate de acestea, fie prin diminuarea sau pierderea veniturilor acumulate din resurse proprii, colectate direct în numele Comunităților, fie prin cheltuieli nejustificate.”

În concluzie, în acord cu legislația europeană, existența abaterii /neregulii/cheltuieli nejustificate presupune implicit potențialitatea/existența prejudicierii bugetului U.E.

O neregulă cu impact financiar reprezintă o situație în care s-a realizat plata unor fonduri ce constituie cheltuieli nejustificate, prejudiciindu-se astfel bugetul european.

Cât privește inexistența unei abateri, sub acest aspect susține pârâtul că ofertantul a fost declarat câștigător fără ca acesta să îndeplinească cerințele obligatorii de la punctul V.4 din fișa de date a achiziției, potrivit căreia „Ofertantul trebuie să facă dovada că are în dotare sau dispune (proprietate, leasing sau prin contracte/convenții de închiriere), de următoarele tipuri de echipamente: stații de mixturi asfaltice fixe sau mobile, cu o capacitate de producție de minim 150 to/h, în funcțiune, cu inspecție tehnică și autorizație de mediu valabile: 2 buc”.

Susține pârâtul că raportat la prevederile fișei de date a achizițiilor, este evident că ofertanții aveau obligația de a face dovada deținerii celor două echipamente, în proprietate, leasing sau închiriere, iar echipamentele prezentate de ofertantul declarat câștigător nu îndeplineau cerințele din fișa de date a achiziției în condițiile în care stațiile de mixturi asfaltice nu îndeplineau cerința de capacitate de min 150 to/h, după cum urmează:- pentru stația de mixturi asfaltice prezentată de asociatul SC Cast SRL, conform autorizației de mediu prezentate, capacitatea stației este de 120 tone/h, iar autorizarea de mediu a acesteia prevede o producție de cca. 900 tone/zi la un program de funcționare de 16 ore/zi, ceea ce arată că stația era autorizată pentru producția de cca.56,25 to/h.

În ce privește stația de mixturi asfaltice prezentată de asociatul SC T.B.SRL, conform autorizației de mediu prezentate, capacitatea de producție a stației este de 120-130 tone/h.

Menționează că pentru neîndeplinirea cerinței referitoare la capacitate a fost descalificat ofertantul G. E. M. SA care a prezentat 2 stații cu capacități de 70 tone/h și 100 tone/h.

Mai arată că autoritatea contractantă a redus perioada minimă de 52 de zile, prevăzută între data transmiterii spre publicare în JOUE a Anunțului de participare (27.10.2009) și data limită de depunere a ofertelor (30.11,2009), la 34 de zile, potrivit prevederilor art. 75, alin. 2 din GUG 34/2006, deși această reducere este permisă doar cu condiția ca anunțul de informare prealabilă să

fi cuprins toate informațiile necesare pentru anunțul de participare, în cazul în care respectivele informații sunt disponibile în momentul publicării anunțului conform prevederilor art. 38 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004.

Anunțul de intenție publicat în JOUE nr. 2009/S 39-056602 nu a cuprins toate informațiile care sunt prevăzute în Anexa VII A din Directiva 2004/18/CE pentru Anunțul de participare, cu privire la informațiile esențiale pe baza cărora potențialii ofertanți și-ar fi putut evalua capacitatea de a participa în procedura de atribuire, respectiv criteriile de calificare și selecție a ofertanților și criteriul de atribuire al contractului.

Arată pârâtul că potrivit Raportului de audit, sancțiunile aplicabile în cauză au fost: pentru abaterea menționată la punctul A se impune aplicarea unei corecții financiare potrivit pct. 1.6 din anexa la O.U.G. nr. 66/2011 de 25 % din valoarea contractului; pentru abaterea menționată la punctul B se impune aplicarea unei corecții financiare potrivit pct. 1.12 din anexa la O.U.G. nr. 66/2011 de 10 % din valoarea contractului;

În raport de prevederile art.4 din HG nr.925/2011 potrivit căroră „...în cazul în care, pentru același contract de achiziție verificat, se constată existența mai multor nereguli/abateri privind regimul achizițiilor pentru care trebuie aplicate corecțiile financiare/reducerile procentuale prevăzute în anexa la ordonanță, se va aplica valoarea cea mai mare a corecției financiare/reducerii procentuale propuse”, echipa de control din cadrul MDRT a stabilit o corecție de 25% din valoarea contractului de lucrări nr. 16310/28.06.2010.

Se solicită respingerea acțiunii ca nefondată cu consecința menținerii notei de constatare nr. 19345/14.03.2012, ca temeinică și legală.

În dovedirea susținerilor din întâmpinare pârâtul a depus la dosar înscrisuri constând în nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA 19345/14.03.2012, contestată de reclamantă, contestația formulată de reclamantă înregistrată sub nr. 28680/17.04.2012, formulată împotriva notei de constatare a neregulilor, decizia nr. 79/14.05.2012 a Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, prin care i-a fost soluționată contestația formulată împotriva notei de constatare, fișa de date a achiziției, procesul verbal nr. 9092/DOS II/2/06.04.2010 emis de Primăria Mun. Târgoviște - Direcția Tehnică, privind evaluarea ofertelor la licitația deschisă „Modernizarea și reabilitarea drumului de centură al Mun. Târgoviște - Execuție de lucrări”, raportul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, nr. 10599/DOS U/2/22.04.2010, anunțul de intenție nr. 56602/26.02.2009 și nr. 14946/25.02.2009, anunțul de participare din 30. octombrie 2009, anunțul de participare nr. 89699/28.10.2009, raportul de inspecție nr. 520/25.11.2009, autorizațiile de mediu nr. 16/06.02.2009 și 409/06.08.2009.

Prin încheierea de ședință din 5.09.2012, s-a dispus respingerea cererii de introducere în cauză a Curții de Conturi prin intermediul Autorității de Audit, ca neîntemeiată, întrucât actul contestat, respectiv nota de constatare a neregulilor, este emisă de către pârât.

La termenul din 03 octombrie 2012, reclamanta a depus cerere precizatoare la acțiune, arătând că înțelege să solicite și anularea deciziei nr. 79/14.05.2012, emisă de pârât, prin care i-a fost respinsă contestația formulată împotriva notei de constatare a neregulilor și aplicarea unor corecții financiare.

Analizând actele și lucrările dosarului în raport de dispozițiile legale incidente în cauză, Curtea constată următoarele:

Prin nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, nr. CA-19345/14.03.2012, aferentă contractului de finanțare nr.26/02.02.2009, cod SMIS 1098, emisă de către Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, s-a dispus aplicarea unei corecții financiare de 25% din valoarea contractului de lucrări nr. 16310/28.06.2010, constatând că beneficiarul contractului respectiv, reclamanta, datorează un debit de 1.974.351,39 lei, cu termen de scadență la 30 de zile de la data comunicării titlului de creanță, conform art. 42 alin. 1 din OUG nr. 66/2011, privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

Nota de constatare a neregulilor a fost întocmită în baza constatărilor consemnate de Autoritatea de Audit a Curții de Conturi în raportul de audit de operațiuni pentru POR nr. 51648/AP/22.12.2011, raport întocmit în urma verificării documentației aferente atribuirii contractului de lucrări nr. 16310/28.06.2010, încheiat cu Asocieria SC C. SRL - SC T.B. SRL-SC C.I.C. și în care se constată că ofertantul declarat câștigător nu îndeplinea cerințele obligatorii de la punctul V.4 din fișa de date a achiziției, iar contractul a fost atribuit prin încălcarea obligațiilor de publicitate prin reducerea nejustificată a perioadei cuprinsă între data transmiterii spre publicare în JOUE a anunțului de participare și data limită de depunere a ofertelor.

Împotriva notei de constatare a neregulilor reclamanta a formulat acțiune soluționată prin decizia nr. 79/14.05.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, prin respingerea contestației ca neîntemeiată și împotriva notei de constatare și a deciziei de soluționare a contestației, reclamanta a formulat acțiunea de față.

Din analiza documentației ce a stat la baza emiterii notei de constatare a neregulilor, rezultă că neregulile constatate în actul contestat, sunt întemeiate.

Astfel, cu privire la susținerea reclamantei ce vizează inexistența prejudiciului, susținerea nu este întemeiată deoarece la stabilirea prejudiciului, respectiv a existenței prejudiciului s-au avut în vedere atât prevederile contractului de finanțare încheiat între părți cât și dispozițiile comunitare aplicabile.

Astfel, potrivit art.5 din Contractul de finanțare „cheltuielile sunt considerate eligibile dacă sunt în conformitate cu Hotărârea Guvernului nr.759 2007...” și conform art.2 alin.1 lit.d din acest act normativ „Pentru a fi eligibilă, o cheltuială trebuie...să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare”, aceste dispoziții se completează cu prevederile art.9 pct.22 din Contractul de finanțare, conform căruia în scopul atribuirii contractelor de servicii, furnizare, execuție de lucrări necesare pentru implementarea proiectului care face obiectul contractului, beneficiarul în calitate de Autoritate Contractantă, are obligația de a respecta prevederile legislației naționale în domeniul achizițiilor publice.

Prin urmare, nerespectarea procedurilor de achiziții constituie o neregulă, prejudiciul fiind în acest caz, prezumat prin nerespectarea clauzelor contractuale și potrivit art. 2 alin. (1), lit. a) din O.U.G. nr. 66/2011, neregula reprezintă „orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate, în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene, bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit”.

Potrivit prevederilor legate mai sus enunțate, pentru a fi în prezența unei nereguli, trebuie să existe o abatere, care constă în acțiunea/inacțiunea beneficiarului prin care s-au încălcat prevederile

legale în vigoare și ale contractului de finanțare, precum și un prejudiciu ce constă în suma plătită necuvenit.

În speță, neregula constă în acțiunea beneficiarului de a se abate de la dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, precum și de la prevederile contractului de finanțare, prin nerespectarea de către acesta în cadrul procedurii de atribuire a contractului de servicii, a prevederilor art.8 alin.2 din OUG nr. 34/2006, privind achizițiile publice, acțiune ce a condus la atribuirea contractului de lucrări nr.16310/28.06.2011, fără organizarea unei licitații adecvate, astfel că prin neregula săvârșită s-a adus prejudicii atât bugetului Uniunii Europene cât și bugetului de stat, prin încasarea de către beneficiar a unor sume plătite necuvenit.

În dispozițiile art. 2 alin.(4) din O.U.G. nr. 66/2011, se stipulează că termenii de prejudiciu au semnificația dată de reglementările incidente și de ghidurile lor de aplicare, emise de Uniunea Europeană/donatorul public internațional.

De asemenea, potrivit art. 2 pct. 7 din Regulamentul (CE) nr. 1083/2006 al Consiliului U.E., neregularitate înseamnă orice încălcare a unei dispoziții a dreptului comunitar care rezultă dintr-un act sau dintr-o omisiune a unui operator economic care are sau ar putea avea ca efect un prejudiciu la adresa bugetului general al Uniunii Europene prin imputarea unei cheltuieli necorespunzătoare bugetului general.

În ce privește existența sau potențialitatea unui efect prejudiciabil al încălcării/abaterii pentru bugetul general al Uniunii Europene, art. 1 din Regulamentul nr. 2988/95 al Consiliului U.E. din 18 decembrie 1995 - privind protecția intereselor financiare ale Comunităților Europene prevede la pct.1 că în scopul protejării intereselor financiare ale Comunităților Europene se adoptă prin prezenta o reglementare generală privind controalele uniforme, măsurile și sancțiunile administrative privind abaterile de la dreptul comunitar, iar pct.2 prevede că, constituie abatere orice încălcare a unei dispoziții de drept comunitar, ca urmare a unei acțiuni sau omisiuni a unui agent economic, care poate sau ar putea prejudicia bugetul general al Comunităților sau bugetele gestionate de acestea, fie prin diminuarea sau pierderea veniturilor acumulate din resurse proprii, colectate direct în numele Comunităților, fie prin cheltuieli nejustificate.

Prin urmare, în acord cu legislația europeană, existența abaterii /neregulii/cheltuieli nejustificate presupune implicit potențialitatea/existența prejudicierii bugetului U.E., iar o neregulă cu impact financiar reprezintă o situație în care s-a realizat plata unor fonduri ce constituie cheltuieli nejustificate, prejudiciindu-se astfel bugetul european.

Cât privește inexistența unei abateri, invocată de reclamantă, această susținere nu este întemeiată deoarece ofertantul a fost declarat câștigător fără ca acesta să îndeplinească cerințele obligatorii de la punctul V.4 din fișa de date a achiziției, potrivit căreia „Ofertantul trebuie să facă dovada că are în dotare sau dispune (proprietate, leasing sau prin contracte/convenții de închiriere), de tipuri de echipamente: stații de mixturi asfaltice fixe sau mobile, cu o capacitate de producție de minim 150 to/h, în funcțiune, cu inspecție tehnică și autorizație de mediu valabile: 2 buc”.

Raportat la prevederile fișei de date a achizițiilor, este evident că ofertanții aveau obligația de a face dovada deținerii celor două echipamente, în proprietate, leasing sau închiriere, iar echipamentele prezentate de ofertantul declarat câștigător nu îndeplineau cerințele din fișa de date a achiziției în condițiile în care stațiile de mixturi asfaltice nu îndeplineau cerința de capacitate de min 150 to/h, după cum urmează: pentru stația de mixturi asfaltice prezentată de asociat, conform autorizației de mediu prezentate, capacitatea stației este de 120 tone/h, iar autorizarea de mediu a acesteia prevede o producție de cca. 900 tone/zi la un program de funcționare de 16. ore/zi, ceea ce arată că stația era autorizată pentru producția de cca.56,25 to/h, iar în ce privește stația de

mixturi asfaltice prezentată de asociatul SC T.B.SRL, conform autorizației de mediu prezentate, capacitatea de producție a stației este de 120-130 tone/h.

Este de reținut că pentru neîndeplinirea cerinței referitoare la capacitate a fost descalificat ofertantul G.E.M. SA care a prezentat 2 stații cu capacități de 70 tone/h și 100 tone/h.

Reclamanta în calitate de autoritate contractantă a redus perioada minimă de 52 de zile prevăzută între data transmiterii spre publicare în JOUE a Anunțului de participare (27.10.2009) și data limită de depunere a ofertelor (30.11.2009), la 34 de zile, potrivit prevederilor art. 75, alin. 2 din OUG nr. 34/2006, deși această reducere este permisă doar cu condiția ca anunțul de informare prealabilă să fi cuprins toate informațiile necesare pentru anunțul de participare, în cazul în care respectivele informații sunt disponibile în momentul publicării anunțului conform prevederilor art. 38 din Directiva 2004/18 /CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004.

De asemenea, anunțul de intenție publicat în JOUE nr. 2009/S 39- 056602 nu a cuprins toate informațiile care sunt prevăzute în Anexa VII A din Directiva 2004/JS/CE pentru Anunțul de participare, cu privire la informațiile esențiale pe baza cărora potențialii ofertanți și-ar fi putut evalua capacitatea de a participa în procedura de atribuire, respectiv criteriile de calificare și selecție a ofertanților și criteriul de atribuire al contractului.

Pentru toate aceste considerente, în mod corect și legal prin raportul de audit și prin nota de constatare a neregulilor s-a aplicat o corecție financiară de 25% din valoarea contractului de lucrări nr. 16310/28.06.2010, al cărui beneficiar este reclamanta, potrivit pct. 1.6 din anexa la O.U.G. nr. 66/2011 și art.4 din HG nr.925/2011, astfel că acțiunea precizată formulată de reclamantă nu este întemeiată și pe cale de consecință va fi respinsă ca atare.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Respinge acțiunea precizată formulată de reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ MUNICIPIUL TÂRGOVIȘTE - PRIN PRIMAR- cu sediul ales la cabinet avocat din (...) în contradictoriu cu pârâatul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI cu sediul în (...) ca neîntemeiată.

Cu recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, astăzi, 7 noiembrie 2012.

Dosar nr. 962/54/2013

CURTEA DE APEL CRAIOVA
SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV SI FISCAL
SENTINȚA Nr. 13/2014
Ședința de la 20 Ianuarie 2014

Pe rol rezultatul dezbaterilor din ședința de la data de 13 ianuarie 2014, privind judecarea acțiunii formulate de reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALA JUDEȚUL DOLJ PRIN CONSILIUL JUDEȚEAN DOLJ REPREZ. LEGAL PRIN PREȘED. I.P în contradictoriu cu pârâtul MINISTRUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, având ca obiect anulare act administrativ. Procedura legal îndeplinită fără citarea părților. Dezbaterile din cauza de față au fost consemnate în încheierea de ședință de la data de 13 ianuarie 2014, care face parte integrantă din prezenta sentință.

CURTEA

Asupra acțiunii de față: Prin acțiunea înregistrată pe rolul Curții de Apel Craiova la data de 17 iunie 2013, 2. reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALA JUDEȚUL DOLJ PRIN CONSILIUL JUDEȚEAN DOLJ REPREZ.LEGAL PRIN PREȘED. I P în contradictoriu cu pârâtul MINISTRUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE a solicitat anularea în totalitate a deciziei nr.227/06.12.2012 emisă de Comisia de soluționare a contestației și anularea în totalitate a notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA 70565/21.09.2012.

În motivare a arătat că prin decizia nr. 227/06.12.2012 emisă de Comisia de soluționare a contestației din Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului a fost respinsă ca neîntemeiată contestația nr. 14661/08.11.2012 împotriva notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA 70565/21.09.2012.

Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului a menționat că întocmirea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare s-a făcut în baza Raportului de audit de operațiuni pentru POR nr.51140/AP/23.07.2012. Ca urmare, prin nota de constatare s-a stabilit o corecție financiară 25% din valoarea de 679.091,39 lei aferentă contractului de execuție de lucrări suplimentare nr. 147/18.11.2010, încheiat între Consiliul Județean Dolj și Asociera SC COLAS DRUMURI SRL- SCF Craiova SA, respectiv suma de 165.642, 40 lei tară TVA.

Împotriva notei de constatare a fost formulată contestație de către UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALA JUDEȚUL DOLJ, contestație ce a fost respinsă, Comisia de Soluționare a Contestației din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului apreciind că nu au fost îndeplinite condițiile pentru aplicarea procedurii de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare, conform art. 1 22 lit.i) din OUG nr.34/2006.

Susține că atât decizia nr. 227/06.12.2012 cât și nota de constatare nr.CA 70565/21.09.2012 sunt nelegale și netemeinice. Că UAT - Județul Dolj prin Consiliul Județean Dolj a respectat art.5(1) din contractul de finanțare nr.5/01.08.2008, cod SMIS 3050. O dovadă a faptului că aceste cheltuieli pentru actul adițional nr. 1/147/18.11.2010 la Acordul contractul nr. 122/14.05.2009 încheiat între Consiliul Județean Dolj și Asociera SC COLAS DRUMURI SRL - SCF Craiova SA au fost considerate eligibile în conformitate cu dispozițiile legale este că pe perioada de implementare a proiectului, 01.08.2008-01.03.2011, sumele solicitate la plată în cererile de rambursare pentru actul adițional nr. 1/147/18.11.2010 au fost aprobate, validate și plătite benefici am lui de către DG AM POR.

Conformitatea acestor cheltuieli cu dispozițiile legale a făcut obiectul mai multor verificări ale organismelor abilitate, printre care Organismul Intermediar ADR SV Oltenia și Autoritatea de Management POR, care la momentul respectiv, nu au constatat neregularitățile invocate prin nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare.

Arată că lucrările care fac obiectul actului adițional nr. 1/147/18.11.2010 la Acordul contractual nr. 122/14.05.2009 sunt lucrări care au apărut ca urmare a unor circumstanțe care nu au putut fi prevăzute la data elaborării proiectului tehnic și nu au fost incluse în contractul inițial, acestea devenind necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză, neputând fi, din punct de vedere tehnic și economic separate de contractul inițial fără apariția unor inconveniente majore pentru autoritatea contractantă.

Valoarea lucrărilor suplimentare și implicit a actului adițional, nu a depășit 20% din valoarea contractului inițial, așa cum este prevăzut în art. 122 lit. 1 din OUG nr.34/2006.

Mai arată că în opinia autorității contractante au fost îndeplinite cumulativ condițiile prevăzute de art. 122 lit.i din OUG 34/2006 pentru încheierea actului adițional nr. 1/147/18.11.2010 la Acordul contractual nr. 122/14.05.2009, respectiv:

- atribuirea să fie făcută contractantului inițial;
- lucrările sau serviciile suplimentare/adiționale să nu poală ti, din punct de vedere tehnic și economic, separate de contractul inițial fără apariția unor inconveniente majore pentru autoritatea contractantă sau, deși separabile de contractul inițial, să fie strict necesare în vederea îndeplinirii acestuia;
- valoarea cumulată a contractelor care vor fi atribuite și a actelor adiționale care vor fi încheiate pentru lucrări și/sau servicii suplimentare ori adiționale să nu depășească 20% din valoarea contractului inițial.

În drept și-a întemeiat cererea pe prevederile art.51(2) din OUG nr.66/2011 și pe prevederile Legii nr.554/2004.

În susținerea cererii au fost anexate următoarele:

- adresa nr.16564/13.12.2012 de înaintare a deciziei nr.227/06.12.2012
- decizia nr.227/06.12.2012
- notei de constatare nr.CA 70565/21.09.2012
- contestația DAT Județul Dolj nr. 14661/OS. 11.2012
- dispoziția de șantier nr.33/29.10.2010
- adresa nr.317870/18.06.2009 a Serviciului Poliției Rutiere din cadrul Inspectorului de Poliție al Județului Dolj.

La solicitarea instanței reclamanta a depus la dosar contractul de servicii de audit nr.76/16.02.2009, acordul contractual nr. 122/14.05.2009, actul adițional nr. 1/148/18. 11.2010 și acordul contractual nr. 122/14.05.2009.

Pârâtul MINISTRUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE a depus întâmpinare.

A invocat excepția necompetenței teritoriale Curții de Apel Craiova în soluționarea cauzei, apreciind că este competentă să soluționeze cauza Curtea de Apel București.

În motivare a arătat că reclamanta a organizat o procedură de achiziție publică prin „negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare” potrivit art. 122 lit.i din OUG nr.34/2006, fără însă a respecta condițiile impuse de lege pentru aplicare acestei proceduri.

Că în nota justificativă nr. 16181/12.11.2010, precum și în întreaga documentație ce a stat la baza organizării procedurii de achiziție nu rezultă „circumstanțele imprevizibile” pe care factorii implicați în derularea proiectului le-au avut în vedere când au solicitat suplimentarea contractului.

A susținut că din documentația aferentă procedurii rezultă că aceste lucrări suplimentare nu sunt datorate unor circumstanțe imprevizibile devenite necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză, ci ca urmare a unor modificări ale proiectului tehnic.

Mai arată că motivele prezentate de reclamantă nu pot fi invocate ca având caracter imprevizibil, întrucât era necesar ca toate elementele componente ale procesului de execuție să fie cunoscute încă din faza de elaborare a proiectului tehnic.

Apreciază că niciunul dintre motivele invocate de către reclamantă nu este de natură a răsturna prezumția de legalitate a actelor administrative atacate și solicită respingerea plângerii.

Reclamanta a depus răspuns la întâmpinare.

Prin încheierea din ședința publică de la 18 Noiembrie 2013 au fost respinse excepțiile necompetenței materiale și teritoriale ale Curții de Apel Craiova.

Pentru a pronunța această soluție s-a reținut că „potrivit dispozițiilor aii. 10 alin. 11 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ „ toate cererile privind actele administrative emise de autoritățile publice centrale care au ca obiect sume reprezentând finanțarea nerambursabilă din partea Uniunii Europene, indiferent de valoare, se soluționează în fond de secțiile de contencios administrativ și fiscal ale curților de apel” astfel că, în prezenta cauză fiind puse în discuție acte administrative emise de către o autoritate centrală referitoare la fonduri europene, este evident că din punct de vedere material competența soluționării cauzei revine Curții de Apel.

Referitor la excepția invocată privind competența teritorială de soluționare a cauzei în favoarea Curții de Apel București, motivată de faptul că potrivit prevederilor contractului de finanțare competența de soluționare a eventualelor litigii aparține instanței competențe materiale din raza teritorială a Municipiului București, Curtea reține următoarele:

Reclamanta, Unitatea Administrativ Teritorială Județul Dolj a solicitat prin cererea de chemare în judecată anularea unor acte administrative, respectiv Decizia nr. 227/06.12.2012 emise de către pârâțul Ministrul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice și a notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 70656/21.09.2012 emisă de către Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene acte administrative care nu au legătură cu executarea contractului de finanțare invocat de pârâtă în întâmpinarea formulată.

Astfel, acordul contractual nr. 122/14.05.2009 și actul adițional nr. 1/147/18.11.2010 a fost încheiat între Consiliul Județean Dolj și asocieria S.C. Colas Drumuri S.R.L. - SCF Craiova SA., iar competența stabilită în favoarea instanțelor din Municipiul București viza eventuale litigii între părțile contractului pe parcursul executării acestuia.

Cum în cauză se solicită anularea unor acte administrative emise de către o autoritate centrală referitoare la fonduri europene, competența de soluționare revine Curții de Apel de la domiciliul ori sediul reclamantului, respective Curții de Apel Craiova”.

Analizându-se actele și lucrările dosarului prin prisma dispozițiilor legale incidente în speță, Curtea reține următoarele:

Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare privind proiectul „Reabilitarea și modernizarea DJ652: DN65 - Lăcrița - Coșoveni - Ghindeni - DN55, județul Dolj” nr.CA 70565/21.09.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Serviciul de constatare și stabilire nereguli - POR s-a aplicat față de UAT Dolj o corecție financiară de 676.091,39 lei plus TVA 126.004,73 lei, reprezentând 25% din acordul contractual nr. 122/14.05.2009 , respectiv valoarea actului adițional nr. 1/1.47/18.11.2010.

În motivarea acestui act administrativ s-au reținut următoarele: „ Beneficiarul UAT Județul Dolj, în calitate de autoritate contractantă, a organizat o procedură de achiziție publică prin „negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare”, potrivit prevederilor art. 122 lit.i din OUG nr.34/2006, fără însă a respecta condițiile impuse de lege pentru aplicarea acestei proceduri.(...) nu au fost îndeplinite condițiile prevăzute la art. 122, litera i) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare pentru selectarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.

Se stabilește, ținând cont și de constatările proprii echipei de control, dar și potrivit punctului 2, subpunctul 2.2 "contracte de achiziție, (acte adiționale) pentru bunuri, lucrări sau servicii suplimentare, atribuite fără competiție adecvată, în absența unei urgențe imperative rezultate din evenimente imprevizibile sau în absența unor circumstanțe neprevăzute” din anexa la OUG. nr. 66/2011, aplicarea unei corecții financiare de 25% din valoarea de 676.091,39 lei fără TVA, aferentă contractului de execuție lucrări suplimentare nr. 147/18.11.2010, atribuit fără organizarea unei licitații adecvate, respectiv suma de 169.022,85 lei fără TVA .

Până la data întocmirii prezentei note, au fost aprobate și decontate, cheltuieli eligibile pentru actul adițional nr. 1/147/18.11.2010 la Acordul contractual nr. 122/14.05.2009 (proba 5050/7), în valoare de 676.091,39 lei la care se adaugă TVA în sumă de 126.004,73 lei.”

Împotriva acestei note de constatare reclamanta a formulat contestație înregistrată la MADR sub nr. 14661/08.11.2012 care a fost respinsă prin Decizia nr. 227/06.12.2012 cu motivarea că lucrările respective nu sunt datorate unor circumstanțe imprevizibile, ci sunt urmare a schimbării proiectului tehnic.

Curtea reține că U.A.T. - Județul Dolj, prin Consiliul Județean Dolj a fost beneficiara contractului de finanțare nr. 5/0) .08.2008, cod S.MTS 3050, privind „Reabilitarea și modernizarea rețelei de drumuri județene, străzi urbane-inclusiv construcția/reabilitarea șoselelor de centură” în cadrul axei prioritare „îmbunătățirea infrastructurii de transport regionale și locale”, din cadrul Programului Operațional Regional 2007-2013, cu modificările și completările ulterioare¹, iar în baza fondurilor alocate a procedat la efectuarea procedurii de achiziții publice pentru reabilitarea și modernizarea DJ652: DN65 - Lăcrița - Coșoveni - Ghindeni - DN55, județul Dolj, sens în care a încheiat Acordul contractual nr.122/14.05.2009 încheiat între Consiliul Județean Dolj și Asocieria SC COLAS DRUMURI SRL - SCF Craiova SA.

Pe parcursul desfășurării lucrărilor IPJ Dolj- Serviciul Poliției Rutiere a solicitat prin adrese, filele(138-142) ca lucrările de modernizare să prevadă soluții tehnice privind amenajarea intersecțiilor drumului județean reabilitat cu DN 65, DN6 și DN 55 cu benzi de accelerare, decelare, stocaj și alte amenajări corespunzătoare în vederea asigurării unei bune fluente a traficului și a prevenirii accidentelor.

Prin urmare U.A.T. - Județul Dolj, prin Consiliul Județean Dolj a încheiat actul adițional nr. 1 /147/18.11.2010 fără a organiza o nouă licitație în baza dispozițiilor art. 122 lit. i din O.U.G. nr. 34/2006 potrivit căroră,, - atribuirea să fie făcută contractantului inițial; lucrările sau serviciile suplimentare/adiționale să nu poată fi, din punct de vedere tehnic și economic, separate de

contractul inițial tară apariția unor inconveniente majore pentru autoritatea contractantă sau, deși separabile de contractul inițial, să fie strict necesare în vederea îndeplinirii acestuia; valoarea cumulată a contractelor care vor fi atribuite și a actelor adiționale care vor fi încheiate pentru lucrări și/sau servicii suplimentare ori adiționale să nu depășească 20% din valoarea contractului inițial".

Curtea constată că suplimentarea cantităților prevăzute pentru amenajarea intersecțiilor cu DN 6 și DN 65 cu o suprafață de 50 mp racordări, asigurarea corespunzătoare a scurgerii apelor în zona racordării prin prelungirea podețului existent cu 4 tuburi beton prefabricat de diametru de 500 mm pe o lungime de 2,5 m, suplimentarea lungimii marcajelor rutiere și a numărului de indicatoare rutiere de semnalizare, prelungirea cu câte 6 m a trotuarelor prevăzute pe podul peste Valea Baboalea a fost făcută la solicitarea Serviciului Poliției Rutiere din cadrul Inspectoratului de Poliție al Județului Dolj, în urma verificării traseului diurnului județean de către acesta, conform dispoziției de șantier nr. 33/29.10.2010.

Aceste solicitări au fost făcute ulterior elaborării proiectului tehnic, pe parcursul execuției proiectului, ceea ce conferă caracterul imprevizibil al lucrărilor suplimentare.

Curtea reține și faptul că în urma reabilitării și modernizării drumului județean DJ 652, activitatea economică în localitățile aferente a crescut, conducând la creșterea numărului de mijloace de transport de mare tonaj și de utilaje agricole astfel că soluția inițială de balastare a celor 46 drumuri laterale nu corespundea nivelului circulației, putând conduce la deteriorarea stratului de asfalt la intrarea pe drumul județean, micșorând durata de exploatare a acestuia.

Astfel, asfaltarea pe o lungime de 20 m a unui număr de 46 drumuri laterale din intravilanul localităților Lăcrița, Coșoveni și Ghindeni a devenit necesară urmare a faptului că circulația cu mijloacele de transport și utilajele agricole pe drumurile laterale era intensă, iar această creștere nu a putut fi prevăzută anterior realizării proiectului tehnic, tocmai datorita lipsei elementului de referință, ceea ce conferă caracterul imprevizibil al lucrărilor suplimentare necesare asigurării portanței drumurilor laterale.

Curtea, reține astfel că, toate lucrările care au făcut obiectul actului adițional nr. 1/147/18.11.2010 la Acordul contractual nr.122/14.05.2009 sunt lucrări care au apărut ca urmare a unor circumstanțe ce nu au putut fi prevăzute la data elaborării proiectului tehnic și, care astfel, nu au putut fi incluse în contractul inițial, însă acestea au devenit necesare pentru îndeplinirea contractului respectiv, atât din punct de vedere tehnic cât și economic.

Prin urmare atât nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 70565/21.09.2012 cât și decizia nr. 227 din 06.12.2012 de soluționare a contestației, au la bază aprecieri eronate asupra caracterului imprevizibil al lucrărilor efectuate, astfel că sunt nelegale și urmează a fi anulate.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRÂȘTE

Admite acțiunea formulată de reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL DOLJ PRIN CONSILIUL JUDEȚEAN DOLJ REPREZ. LEGAL PRIN PREȘED.I. P. cu sediul în Municipiul Craiova în contradictoriu cu pârâtul MINISTRUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, cu sediul în București, sector 5. Anulează decizia nr.227 din 06.12.2012 și nota de constatare nr.CA 70565/21.09.2012.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare, cererea de recurs urmând a fi depusă la Curtea de Apel Craiova. Pronunțată în ședința publică de la 20 Ianuarie 2014.

Dosar nr. 352/43/2012

CURTEA DE APEL TÂRGU MUREȘ
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONȚENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 265
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 6 IUNIE 2013

Pe rol pronunțarea asupra acțiunii formulate de reclamantul CONSILIUL JUDEȚEAN HARGHITA, cu sediul în Miercurea Ciuc, județul Harghita, în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, pentru anularea Deciziei Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Regional, comunicată prin adresa nr.23555/07.05.2012, înregistrată la Consiliul Județean Harghita cu nr. de adresă 2756/16.05.2012, emisă în soluționarea Contestației reclamantului cu nr.2756/3475/2012, privind cererea de rambursare nr.5.

În lipsa părților. Mersul dezbaterilor și susținerile părții prezente s-au consemnat în încheierea ședinței publice din 17 mai 2013, care face partea integrantă din prezenta hotărâre, pronunțarea fiind amânată pentru data de 24 mai 2013, apoi la 31 mai 2013 și 6 iunie 2013.

CURTEA DE APEL,

deliberând, reține că prin cererea de chemare în judecată înregistrată la această instanță în data de 18.6.2012, reclamantul Județul Harghita, prin Președintele Consiliului Județean Mureș, a solicitat în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Locuinței modificarea punctelor 4 și 5 ale Deciziei de soluționare a contestației Consiliului Județean Harghita, în sensul admiterii integrale a contestației și să se dispună rambursarea totală a cheltuielilor, care au fost solicitate prin cererile de rambursare nr. 5 și 6 ale Consiliului Județean Harghita, acestea fiind toate cheltuieli eligibile conform contractului.

În motivare, reclamantul a arătat că atât Decizia de soluționare a contestației, cât și măsura administrativă a aplicării corecției financiare de 25%, redusă ulterior la 5%, este nelegală, în primul rând, pentru că aplicarea corecției financiare s-a efectuat, fără emiterea anterioară a unui act administrativ prin care s-a stabilit corecția financiară. S-a opinat că, potrivit art. 20-21 din OUG nr. 66/2011, activitatea de control desfășurată de pârâtă în conformitate cu legea, se finalizează prin emiterea fie a unui proces-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare, fie a unei note de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, iar din art. 2 alin. 6 și 7 din OUG nr. 66/2011 rezultă că prevederile ordonanței de urgență se aplică nu numai în cazul controalelor ulterioare efectuate, caz în care se încheie proces-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare.

S-a menționat că din interpretarea textului prevederilor art. 27 și 28 din OUG nr. 66/2011, cât și ale art. 17 din Normele metodologice de aplicare a OUG nr. 66/2011, aprobată prin HG nr. 875/2011, rezultă concluzia că, chiar dacă în speță nu suntem în ipoteza unui control efectuat în condițiile procedurii reglementate prin OUG nr. 66/2011, ci în procesul de verificare a solicitărilor de plată/rambursare, în lipsa unui act administrativ al autorității de management, susceptibil de a fi contestat pe cale administrativă, sau după caz atacat în fața instanței de judecată, AM POR nu putea aplica corecțiile financiare în cauză. Reclamantul a susținut că adresa de comunicare din care rezultă efectuarea corecțiilor financiare ori adresa nr. 3466/2012 a ADR Centru, nu pot fi calificate ca fiind decizii ale autorității de management, asemenea decizii putându-se materializa doar sub forma unei Note de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, emisă în forma prevăzută de legiuitor în Anexa nr. 5 a H.G. nr. 875/2011.

Reclamantul a arătat că modul în care a procedat autoritatea de management în aplicarea corecțiilor financiare a exclus posibilitatea de a cunoaște motivele aplicării corecțiilor financiare, cât și de a ataca actul de decizie al aplicării corecțiilor financiare, ceea ce dă astfel posibilitatea autorității de management, de a aplica în mod abuziv prevederile legale privind constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene, făcând aproape imposibilă, în lipsa unui act administrativ de constatare a abaterilor și de aplicare a sancțiunilor, controlul puterii judecătorești asupra activității administrative de punere în aplicare a prevederilor legale în cauză.

Legat de propunerea de aplicare a unor corecții/reduceri, venită din partea organismului intermediar, s-a opinat că, având doar caracterul unui aviz consultativ, căruia nu trebuie să se conformeze emitentul actului administrativ (în speță aceasta este decizia de a aplica corecția financiară, oare trebuia să fie emisă de autoritatea de management), nu poate fi atacată în instanță, dar nici pe cale administrativă.

Reclamantul a mai apreciat că aplicarea corecției financiare s-a efectuat în baza unui act normativ care nu era în vigoare la data comiterii presupuselor abateri, corecțiile financiare aplicabile abaterilor în cuantumul stabilit de OUG nr. 66/2011 fiind astfel aplicate în mod retroactiv.

În argumentarea netemeinicii corecțiilor aplicate, cu privire la pct. 4 din Decizie, reclamantul a menționat că faptele constatate nu se încadrează în abaterile precizate în conținutul Deciziei de soluționare a contestației. S-a precizat că pârâtul a lăsat fără vedere apărarea Consiliului Județean Harghita, bazată pe prevederile din Fișa de date a achiziției în care era expres precizat faptul că termenul de primire a solicitărilor de clarificări este minim 6 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor, iar solicitarea de clarificare a fost înregistrată la sediul autorității contractante în data de 6.07.2011 cu nr. 13167/2011, (anexat prezentei).

În condițiile în care data limită de depunere a ofertelor (respectiv data deschiderii ofertelor), a fost data de 12.07.2011, față de care solicitarea de clarificare nu a fost depusă în timp util. Reclamantul a opinat că, în aceste condiții, autoritatea contractantă avea obligația de a formula răspuns conform prevederilor art. 79, alin. (2) din OUG nr. 34/2006, doar în măsura în care perioada necesară pentru elaborarea și transmiterea răspunsului putea face posibilă primirea acestuia de către operatorii economici înainte de data limită de depunere a ofertelor.

În ceea ce privește pct. 5 al contestației, s-a reiterat de către reclamant că nu putea impune operatorilor economici obligația de a subcontracta o parte din contract sau de a se asocia în vederea realizării contractului, astfel că formularele 8 și 8A neîncadrându-se printre în criteriile de calificare, furnizând doar informații despre posibilități asociate și nicidecum nu se referă la situația personală a ofertanților.

Prin întâmpinarea formulată în data de 11.4.2013 (f. 46-54) pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, succesor în drepturi și obligații al Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului a invocat, pe cale de excepție, neкомпetența teritorială a Curții de Apel Târgu Mureș, iar pe fondul cauzei a solicitat respingerea cererii de chemare în judecată ca neîntemeiată.

Pârâtul a menționat că nu există obligativitatea emiterii unui Proces-verbal/Notă de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, în condițiile art. 9 din OUG nr. 66/2011, care statuează expres că nu se aplică procedura de constatare prevăzută de art. 21 din OUG nr. 66/2011. Pârâtul a învederat că OUG nr. 66/2011 conține norme procedurale, ceea ce înseamnă că procedura de control se efectuează după legislația în vigoare la efectuării lui, în speță controlul s-a efectuat la data la care OUG nr.66/2011 era deja în vigoare, însă, în cadrul controlului, procedura de achiziție s-a verificat după OUG nr. 134/2006 și HG nr.925/2006 în formele consolidate pe care

le aveau la data efectuării achiziției publice. Pe fondul cauzei, pârâtul a reluat argumentele arătate în cuprinsul Deciziei de soluționare a contestației.

La termenul de judecată din 17.5.2013 instanța a respins excepția necompetenței teritoriale a Curții de Apel Târgu Mureș, pentru motivele consemnate în încheierea de ședință de la data menționată mai sus.

Curtea de apel a încuviințat și administrat în cauză proba cu înscrisuri. Examinând actele și lucrările dosarului, Curtea observă că, în cadrul proiectului „Reabilitarea, reamenajarea, modernizarea și dotarea ambulatoriului integrat al Spitalului Județean de Urgență Miercurea Ciuc”, în temeiul contractului de finanțare încheiat între părți, reclamantul a depus la pârât cererea de rambursare nr. 5, la care a primit răspuns prin adresa de informare nr. 9876/9.02.2012 (f. 25), din care rezultă că, la data de 20.01.2012, nu s-a autorizat integral cererea de rambursare deoarece s-au aplicat corecții financiare la rambursarea cheltuielilor echipamentelor medicale la lotul nr. 2, din Factura nr. 7, fiind astfel considerată parțial neeligibilă suma de 42.612,5 lei, la care se adaugă 10.227 lei TVA.

Curtea constată că în cuprinsul adresei nu s-au arătat motivele de fapt și de drept ale aplicării corecțiilor financiare, fiind stabilit doar procentul acestora. În urma solicitării clarificării motivelor și cuantumului corecției financiare aplicate s-a emis adresa nr. 3466/21.02.2012 (f. 22-23), prin care s-au arătat motivele pentru care nu a avizat întreaga sumă solicitată spre rambursare și a propus în calitate de organism intermediar aplicarea de către autoritatea de management a unei corecții financiare de 25%.

După primirea acestui răspuns, reclamantul a formulat contestație (f. 13-15), care a fost soluționată de autoritatea de management a Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Regional, prin Decizia comunicată prin Adresa nr. 23555/7.05.2012 (f. 9-12), prin care s-a admis contestația Consiliului Județean Harghita cu privire la punctele 1-3 și 6, și parțial punctele 4 și 5, prin reducerea corecției financiare aplicate de la 25% la 5%.

În continuare, Curtea va examina apărările părților, mai întâi argumentele reclamantului vizând aplicarea retroactivă a dispozițiilor OUG nr. 66/2011 și nesocotirea dispozițiilor aceluiași act normativ cu privire la forma pe care trebuie să o îmbrace actul de aplicare a corecțiilor financiare, urmând ca apoi, în măsura în care aspectele de nelegalitate invocate de reclamant sunt nefondate, să procedeze la prezentarea încălcărilor reținute de către organul de control și la analiza susținerilor punctuale ale părților față constatările organului de control.

Curtea observă că nu poate fi primită obiecțiunea reclamantului vizând aplicarea de către pârât a dispozițiilor OUG nr. 66/2011 în mod retroactiv, cu privire la o procedură de achiziție publică finalizată anterior intrării în vigoare a OUG nr. 66/2011.

În primul rând, trebuie reținut că potrivit normei tranzitorii cuprinse în art. 66 din OUG nr. 66/2011, „activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003”.

Cum constatarea neregulilor este ulterioară intrării în vigoare a OUG nr. 66/2011, autoritatea de management în mod corect a apreciat că sunt aplicabile procedurile și corecțiile financiare prevăzute de acest act normativ. Curtea reține astfel că este fără putință de tăgadă că în speță sunt incidente dispozițiile de procedură consacrate de OUG nr. 66/2011 cu privire la activitatea de control și constatare, însă, în aceeași măsură, trebuie stabilit că aplicarea unei sancțiuni financiare,

în baza unui act normativ ulterior încheierii contractelor de finanțare, pentru nerespectarea unor obligații care, la data asumării lor, nu erau prevăzute sub sancțiunea aplicării unor corecții, ar putea pune în discuție lipsa previzibilității normei și, chiar a retroactivității acesteia.

Numai că, în cauză, posibilitatea aplicării corecțiilor financiare, în cazul nerespectării de către beneficiar a legislației în domeniul achizițiilor publice, a fost prevăzută de contractul de finanțare încheiat între părți, reclamantul asumându-și obligația de a respecta prevederile legislației naționale în domeniul achizițiilor publice, sub sancțiunea neeligibilității cheltuielilor astfel efectuate. Mai trebuie reținut că la data inițierii procedurii de atribuire era în vigoare OG nr. 79/2003 care definea în art. 2 lit. a în mod similar neregula care putea da naștere la constatarea unei creanțe bugetare în sarcina autorității contractante, creanță care putea reprezenta chiar 100% din suma eligibilă.

În același timp, mai trebuie avut în vedere că potrivit articolului 98 alin. 1-2 din Regulamentul CE nr. 1083/2006 al Consiliului din 11 iulie 2006 privind stabilirea anumitor dispoziții generale privind Fondul European de Dezvoltare Regională, Fondul Social European și Fondul de Coeziune și de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1260/1999, „Este în primul rând responsabilitatea statelor membre să caute neregularitățile, să ia măsuri atunci când se constată o schimbare importantă care afectează natura sau condițiile de aplicare sau de control al operațiunilor sau al programelor operaționale și să procedeze la corecțiile financiare necesare”, ținând seama de natura și de gravitatea neregularităților și a pierderii financiare care rezultă pentru fonduri.

În concluzie, în condițiile în care prin contractul de finanțare s-a prevăzut obligația respectării legislației în domeniul achizițiilor publice, cu posibilitatea aplicării unor corecții financiare, în primul rând de către stat, aspecte la care OUG nr. 66/2011 nu aduce nicio adăugire, ci individualizează numai procentul corecțiilor (tocmai în scopul respectării previzibilității în modul de aplicare a unor sancțiuni fiscale reglementate deja la data încheierii contractului din speță, precum și a principiului proporționalității), preluând conținutul Ghidului pentru determinarea corecțiilor financiare, versiunea COCOF 07/0037/03-EN din 29.11.2007, emis în temeiul Regulamentului citat mai sus, Curtea nu poate reține în speță nesocotirea principiului neretroactivității legii.

Trebuie în continuare examinat dacă pârâtul a respectat dispozițiile de procedură impuse de OUG nr. 66/2011 și HG nr. 875/2011, atunci când a aplicat corecțiile financiare, fără întocmirea unui act administrativ prin care să fi stabilit comiterea unor nereguli și necesitatea aplicării de corecții financiare. Așa cum s-a constatat mai sus, în cadrul prezentării situației de fapt relevante soluționării cauzei, pârâtul a dispus aplicarea de corecții financiare prin adresa de informare nr. 9876/9.02.2012 (f. 25), în cuprinsul căreia nu se indică nici măcar sumar motivele de fapt sau de drept ale aplicării sancțiunii.

În susținerea modului în care a procedat, pârâtul arată că nu era obligat să întocmească o notă sau proces verbal de constatare, din moment ce își găsesc aplicare dispozițiile art. 9 alin. 3 lit. a din OUG nr. 66/2011, potrivit cărora „Pentru cheltuielile incluse în solicitările/cererile de plată ale beneficiarilor care nu respectă condițiile de legalitate, regularitate sau conformitate stabilite prin prevederile legislației naționale și comunitare, identificate de autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene înainte de efectuarea plății, nu se aplică procedura de constatare a neregulii prevăzută la art. 21”.

Este adevărat că legiuitorul a înțeles să nu supună procedurii de constatare prevăzute de art. 21 din OUG nr. 66/2011 corecțiile aplicate în cadrul procesului de verificare a solicitărilor la plată, însă din constatarea că în situația de față corecțiile nu trebuiau aplicate de echipele/structurile de control prevăzute de art. 20 din OUG nr. 66/2011, după o procedură administrativă care presupune, printre altele dreptul autorității verificate de a-și expune punctul de vedere anterior întocmirii unui

act de constatare, nu poate fi dedusă concluzia că autoritatea de management ar fi scutită de a motiva decizia de aplicare a unor corecții financiare. O asemenea soluție contravine definiției sintagmei „aplicarea de corecții financiare”, din art. 2 alin. 1 lit. o din OUG nr. 66/2011, din care rezultă că măsurile administrative constând în excluderea de la finanțarea din fonduri europene și/sau fonduri publice naționale a sumelor solicitate de beneficiarii finanțării pot interveni numai dacă s-a constatat existența unei nereguli. Or, în speță, din analiza adresei în care s-a consemnat modul de soluționare a cererii de rambursare nu rezultă constatarea unei nereguli, lipsind orice mențiune vizând acest aspect.

Viciul analizat nu poate însă duce la constatarea nulității corecțiilor financiare aplicate, câtă vreme prin adresa nr. 3466/21.02.2012 (f. 22- 23) reclamantul a fost informat cu privire la motivele aplicării sancțiunii, dispunând astfel de posibilitatea de a exercita, în cunoștință de cauză, calea administrativă de atac și de a formula acțiunea în contencios administrativ, neputându-se reține încălcarea în concret a dreptului la apărare.

Trecând la analiza pe fond a Deciziei atacate, Curtea observă că la pct. 4 al actului administrativ contestat s-a reținut că autoritatea contractantă nu a răspuns la clarificările solicitate prin întrebările 9 și 10 formulate de SC Medicare Tehnics SA la Documentația de atribuire, fiind astfel nerespectat art. 78 alin. 2 din OUG nr. 34/2006 care prevede că „autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil la orice clarificare solicitată, într-o perioadă care nu trebuie să depășească, de regulă, 3 zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea operatorului economic”.

Omisiunea autorității contractante a fost considerată a se încadra în abaterea reglementată de pct. 1.8 din Anexa din OUG nr. 66/2011, care sancționează „definirea insuficientă sau discriminatorie a contractului”. Potrivit explicațiilor oferite de Anexa 1 din OUG nr. 66/2011, fapta arătată presupune că ”descrierea obiectului contractului din documentația de atribuire sau anunțul de participare este discriminatorie sau insuficientă pentru a permite ofertanților să identifice obiectul contractului sau autorităților să atribuiască contractul”.

Curtea nu poate primi susținerea reclamantului cu privire la exonerarea sa de obligația de a răspunde la clarificările solicitate de operatorii economici dacă aceste solicitări nu au fost formulate înăuntrul termenului regresiv de 6 zile stabilit prin Fișa de date a achiziției, din moment ce reclamantul însuși a renunțat la termenul în discuție, prin oferirea unui răspuns la pct. 1-8 din clarificările SC Medicare Tehnics SA, omițând să răspundă, fără indicarea vreunui motiv, la întrebările subsecvente de la pct. 9-10 din cadrul aceleiași cereri.

Cu privire la calificarea omisiunii reclamantului, Curtea constată că, după cum reiese din definiția abaterii de la pct. 1.8 din Anexă, legiuitorul nu a incriminat lipsa răspunsului la clarificările solicitate de potențialul ofertant, ci caracterul discriminatoriu sau insuficient al obiectului contractului, astfel cum acest din urmă element a fost definit în anunțul de participare sau documentația de atribuire. Desigur, obligația de a răspunde la clarificări, reglementată de art. 78 alin. 2 din OUG nr. 34/2006, este în strânsă legătură cu caracterul imprecis ori discriminatoriu al obiectului contractului de achiziție, din moment ce rolul clarificărilor este tocmai acela de a înlătura caracterul incomplet ori discriminatoriu al „ofertei” autorității contractante, permițând astfel ofertanților să identifice obiectul contractului. Pentru a fi însă în prezența abaterii de la pct. 1.8 din Anexă nu este suficient să existe o nesocotire a îndatoririi stabilite de art. 78 alin. 2 din OUG nr. 34/2006, ci trebuie ca lipsa de răspuns a autorității să privească clarificări vizând caracterul insuficient ori discriminatoriu al contractului, în lipsa căruia ofertantul a fost împiedicat să identifice obiectul contractului și să formuleze oferta în cunoștință de cauză.

Curtea reține că pârâtul a constatat existența abaterii analizate, apreciind că nesocotirea obligației fixate de art. 78 alin. 2 din OUG nr. 34/2006 atrage în mod necesar aplicarea corecției financiare în temeiul pct. 1.8 din Anexă. Față de elementele cauzei, raționamentul pârâtului nu poate fi primit, din moment ce niciuna dintre solicitările de clarificare formulate de operatorul economic SC Medicare Tehnics SA, la pct. 9-10 din cererea sa, nu vizau lămurirea unor elemente neclare, insuficiente sau discriminatorii ale obiectului contractului de atribuire, ci conțineau propuneri argumentate ale societății de a se modifica unele aspecte clare ale documentației de atribuire, privind termenul de plată și valoarea estimativă a contractului. Astfel, spre deosebire de întrebările de la pct. 1-8 din cererea de clarificare (f. 31-34) a operatorului economic SC Medicare Tehnics SA, prin care s-a urmărit limpezirea unor cerințe ale documentației de atribuire, care nu erau suficient descrise pentru ca operatorul economic să aibă o reprezentare clară asupra obiectului contractului, și la care s-a răspuns în termenul legal de către autoritatea contractantă, pct. 9-10 nu au ca scop „identificarea obiectului contractului”, ci exprimă poziția ofertantului față de lipsa de realism economic a termenului de plată și a valorii estimative a contractului, elemente clare și nediscriminatorii arătate în documentația de atribuire. Așadar, chestiunile evocate de operatorul economic prin întrebările de la pct. 9-10 nu au legătură cu caracterul insuficient ori discriminatoriu al contractului, în lipsa căruia ofertantul să fi fost împiedicat să identifice obiectul contractului, fiind în mod neîntemeiat reținută comiterea abaterii reglementate de pct. 1.8 din Anexa 1 din OUG nr. 66/2011.

În ceea ce privește pct. 5 din Decizia contestată, Curtea de apel observă că s-a reținut în sarcina reclamantului că anunțul de participare nr. 122442/2.6.2011 nu conține cerințele de calificare privind prezentarea Formularului 8 și 8A, deși aceste formulare sunt solicitate în Fișa de date a achiziției din documentația de atribuire, fiind astfel nesocotite dispozițiile art. 11 alin. 1 din HG nr. 925/2006 potrivit cărora „Atunci când solicită îndeplinirea anumitor criterii de calificare, autoritatea contractantă trebuie să precizeze în anunțul de participare și în documentația de atribuire informațiile pe care operatorii economici urmează să le prezinte în acest scop, precum și documentele specifice prin care se pot confirma informațiile respective”.

Pârâtul a apreciat că abaterea constatată se încadrează în pct. 1.5 din Anexa la OUG nr. 66/2006 și constă în „nedeclararea tuturor criteriilor de calificare și selecție și a factorilor de evaluare în documentația de atribuire sau în anunțul de participare”. Potrivit descrierii *in abstracto* a faptei în discuție, „contractul a fost atribuit cu respectarea cerințelor privind publicitatea (...), dar în documentația de atribuire sau în anunțul de participare nu au fost expuse toate criteriile de calificare și de selecție și/sau factorii de evaluare ori aceștia nu au fost suficient descriși.

Curtea de apel observă că Formulare 8 și 8A (f. 39) vizează indicarea părții de contract care se îndeplinește prin subcontractant sau asociat și cuprinde un model de „Acord de asociere”. Cum în mod corect arată reclamantul, formularele examinate nu privesc criteriile de calificare impuse ofertantului, astfel că nu era obligatorie menționarea acestora în anunțul de participare.

În acest sens, în primul rând, trebuie reținut, că pârâtul nu arată în care anume dintre criteriile de calificare s-ar încadra, prin conținutul informațiilor solicitate, Formulare 8 și 8A. În al doilea rând, pornind de la prevederile art. 176 din OUG nr. 34/2006 și ale art. 7 din HG nr. 925/2006, potrivit cărora criteriile de calificare și selecție urmăresc demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, Curtea constată că eventualul acord de asociere sau subcontractare este o opțiune a ofertantului și nicidecum o obligație care poate fi impusă operatorilor economici. Cu alte cuvinte, câtă vreme, prin conținutul celor două formulare, autoritatea contractantă nu a impus demonstrarea îndeplinirii unor criterii legate de situația personală a candidatului sau ofertantului, capacitatea de exercitare a activității profesionale, situația economică și financiară, capacitatea tehnică și/sau profesională, standarde de asigurare a calității ori standarde de protecție a mediului, cele două documente au rol de

informare, și nu acela de a face dovada îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție. În consecință, nu există corespondență între abaterea incriminată prin pct. 1.5 din Anexa 1 la OUG nr. 66/2011, impunându-se, prin urmare, anularea și a pct. 5 din Decizia de soluționare a contestației.

Având în vedere lipsa de temei a abaterilor reținute în sarcina reclamantului, Curtea va anula în parte Decizia contestată și va obliga pârâtul să finalizeze cererea de rambursare nr. 5, în sensul reanalizării solicitării de plată formulate de beneficiar. Curtea nu va obliga pârâtul la plata totală a cheltuielilor cerute prin cererea de rambursare, din moment ce controlul jurisdicțional asupra Deciziei de soluționare a contestației (obiectul principal al acțiunii) presupune analizarea legalității și temeiniciei aplicării corecțiilor financiare de către pârât, și nu îndreptățirea reclamantei la rambursare, chestiune care ține de competența organului administrativ și care poate fi influențată de alte elemente care nu au format obiect de discuție în prezentul litigiu (printre altele, controale ulterioare efectuate în temeiul art. 20-21 din OUG nr. 66/2011). Legat de solicitarea reclamantului de a se dispune rambursarea cheltuielilor aferente cererii de rambursare nr. 6, Curtea va dispune respingerea ca inadmisibilă a acestei cereri, pentru ca pct. 4 și 5 din Decizia atacată sunt legate de corecțiile financiare aplicate sumelor aferente cererii de rambursare nr. 5.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII, HOTĂRĂȘTE:

Admite în parte acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul CONSILIUL JUDEȚEAN HARGHITA, în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRATA PUBLICE, având ca obiect anularea Deciziei Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Regional, comunicată prin adresa nr.23555/07.05.2012, emisă în soluționarea Contestației reclamantului cu nr. 2756/3475/2012, privind cererea de rambursare nr. 5 aferentă contractului de finanțare cod SMIS 11463 privind proiectul "Reabilitarea, reamenajarea, modernizarea și dotarea ambulatoriului integrat al Spitalului Județean de Urgență Miercurea Ciuc."

Anulează în parte Decizia de soluționare a contestației nr. 2756/3475/2012, în ceea ce privește soluția de la pct. 4-5 din Decizie, în sensul admiterii contestației formulate de reclamant. Obligă pârâtul la reanalizarea cererii de rambursare nr. 5 sub aspectul cheltuielilor excluse de la rambursare. Respinge ca inadmisibilă obligarea pârâtului la rambursarea cheltuielilor aferente cererii de rambursare nr. 6.

Cu drept de recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din 6.6.2013.

Dosar nr. 3503/96/2012

TRIBUNALUL HARGHITA
SECȚIA CIVILA, CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 4249
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 14 NOIEMBRIE 2012

Pe rol judecarea cauzei de contencios administrativ și fiscal privind acțiunea promovată de reclamantul **MUNICIPIUL MIERCUREA Ciuc - prin primar**, cu sediul în municipiul Miercurea Ciuc, P-ța Cetății, nr.1, județul Harghita. În contradictoriu cu pârâtul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI - DIRECȚIA DE CONTROL ȘI VERIFICARE UTILIZARE FONDURI COMUNITARE**, cu sediul în municipiul București, str. Apolodor, nr.17, sector 5, având ca obiect anulare act administrativ.

La apelul nominal făcut în ședința publică se prezintă d-na c.j. reprezentanta reclamantului, lipsind reprezentantul pârâtului.

S-a făcut referatul cauzei de către greșier care învederează instanței că procedura este legal îndeplinită precum și faptul că reclamantul nu a depus dovada achitării taxelor judiciare deși a fost citat cu această mențiune. Se constată depusă la dosar întâmpinare, în două exemplare, prin care pârâtul solicită respingerea acțiunii ca fiind nefondată. D-na c.j. depune delegația specială de reprezentare a reclamantului și dovada achitării taxelor judiciare și primește un exemplar din întâmpinare. Instanța pune în discuție, din oficiu, competența materială a Tribunalului. Reprezentanta reclamantului consideră că Tribunalul - Secția de contencios administrativ - este competent, deoarece suma pretinsă este sub pragul valoric de 500.000 lei, conform prevederilor legale.

Instanța încunoștințează reprezentanta reclamantului de faptul că prin acțiune se contestă un act emis de o autoritate centrală, iar, în acest caz, competența ar aparține Curții de Apel. Reprezentanta reclamantului arată că s-a contestat o notă de constatare a neregulilor, act ce a fost emis de o autoritate teritorială, iar decizia autorității centrale este răspunsul dat contestației formulate.

Instanța învederează reprezentantei reclamantului că în art. 51 alin. 2 din O.U.G. nr. 66/2011 se precizează expres că actul administrativ care poate fi atacat este Decizia de soluționare a contestației, iar, în cazul de față, autoritatea publică emitentă a deciziei respective este una centrală.

Reprezentanta reclamantului lasă la aprecierea instanței soluționarea acestei excepții. Instanța, în baza excepției de necompetență materială a Tribunalului, reține cauza spre soluționare.

TRIBUNALUL,

Deliberând, constată următoarele:

Prin acțiunea înregistrată la această instanță la data de 9.10.2012 sub nr.3503/96/2012, reclamantul **MUNICIPIUL MIERCUREA CIUC - prin primar**, a chemat în judecată pârâtul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI - DIRECȚIA DE CONTROL ȘI VERIFICARE UTILIZARE FONDURI COMUNITARE**, solicitând instanței ca prin sentința ce o va pronunța să dispună anularea Deciziei nr.39/10.04.2012 și, în consecință, anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA-10596/13.02.2012, în sensul anulării corecțiilor financiare în valoare de 5% din valoarea de 418.345,60 lei, fără TVA, aferentă contractului de servicii de audit financiar al proiectului nr.60255/215/28.04.2011, al contractului de servicii de publicitate al proiectului nr.407/13.07.2010, și al contractului de servicii de management

al proiectului nr.339/15.06.2010, respectiv în valoare de 20.917,28 lei, fără TVA. Totodată, a solicitat obligarea pârâtului la plata cheltuielilor de judecată.

Cererea este motivată în fapt și în drept și s-a depus dovada achitării taxei judiciare de timbru, respectiv chitanța nr.607586/14.11.2012, în cuantum de 4,00 lei, și timbru judiciar în valoare de 0,30 lei.

MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI — DIRECȚIA DE CONTROL ȘI VERIFICARE UTILIZARE FONDURI DOMUNITARE, prin întâmpinarea formulată, a solicitat respingerea acțiunii ca fiind nefondată.

Întâmpinarea a fost motivată în fapt și în drept.

1. La primul termen de judecată, Tribunalul a pus în discuție, din oficiu, necompetența sa materială, concluziile părților regăsindu-se în preambulul prezentei sentințe.
2. Soluționând excepția cu precădere, Tribunalul reține că reclamanta a introdus prezenta acțiune împotriva Deciziei nr. 39 din 10.04.2012 a Comisiei de soluționare a contestației din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului.

Contestația soluționată prin Decizie a vizat Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, încheiată la 06.02.2012 de Direcția de Control și Verificare a Utilizării Fondurilor Comunitare din același minister și aprobată de ministru.

1. Conform art. 51 alin. 2 din O U G. nr. 66/2011, „*Deciziile pronunțate în soluționarea contestațiilor pot fi atacate de către contestatar la instanța judecătorească de contencios administrativ competentă, în conformitate cu prevederile Legii nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare*”.

Așadar, Tribunalul constată că reclamanta a formulat în mod corect acțiunea împotriva Deciziei de soluționare a contestației, deoarece acesta este actul administrativ care poate fi contestat. Având în vedere însă că a fost emis de o autoritate publică centrală, competența de soluționare a acțiunii aparține Curții de Apel Târgu-Mureș - Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, în conformitate cu prevederile art. 10 alin. 1 din Legea nr. 554/2004 și art. 3 pct. 1 din Codul de procedură civilă.

2. Contrar celor susținute de reprezentanta reclamantului, soluția ar fi fost aceeași și dacă acțiunea ar fi fost formulată împotriva Notei de constatare, deoarece aceasta a fost încheiată tot de o autoritate publică centrală (direcție din cadrul unui minister, respectiv ministru - par. IV alin. 2).

3. În concluzie, Curtea de Apel Târgu-Mureș este competentă să soluționeze prezenta acțiune, impunându-se declinarea competenței în favoarea acesteia.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII, HOTĂRĂȘTE:

Admite excepția de necompetență materială a tribunalului, pusă în discuție de instanță, din oficiu, și, în consecință:

Declină competența de soluționare a acțiunii formulate de reclamantul Municipiul Miercurea Ciuc, cu sediul în municipiul Miercurea Ciuc, Piața Cetății nr. 1, județul Harghita, împotriva pârâtului Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, cu sediul în municipiul București, sectorul 5, str. Apolodor nr. 17, Latura Nord, în favoarea Curții de Apel Târgu-Mureș.

Irevocabilă. Pronunțată în ședință publică, azi, 14 noiembrie 2012.

Dosar nr. 315/43/2013

CURTEA DE APEL TÂRGU MUREȘ
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 30
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 11 FEBRUARIE 2014

Pe rol judecarea acțiunii în contencios administrativ formulate de reclamantul MUNICIPIUL MIERCUREA CIUC, cu sediul în Miercurea Ciuc, jud. Harghita, în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE (fost M.D.R.T.), cu sediul în București, sector 5, având ca obiect anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA88284/23.11.2012 și a Deciziei Comisiei de Soluționare a Contestațiilor nr. 32/13.02.2013, ambele emise de pârât.

În lipsa părților. S-a făcut referatul cauzei de către grefier, după care: Mersul dezbaterilor se află cuprins în încheierea de ședință din data de 21 ianuarie 2014, dată la care s-a amânat pronunțarea, inițial, pentru data de 28 ianuarie 2014 și ulterior, pentru 4 februarie 2014 și, respectiv, termenul de azi, 11 februarie 2014, încheieri care face parte integrantă din prezenta hotărâre.

CURTEA

Asupra acțiunii de față: Prin Nota de constatare nr. CA-88284/23.11.2012 a D.G.C.S.N.E.E. - Serviciul Constatare și Stabilire Nereguli - POR, stabilit în sarcina UAT Municipiul Miercurea Ciuc un debit de 4.322,20 lei (3.471,91 lei și TVA în valoare de 850,29 lei), după cum urmează:

- Contribuție bugetul UE - 3.011,36 lei;
- Contribuție bugetul de stat - 460,55 lei;
- TVA aferentă - 850,29 lei.

Potrivit Notei de constatare, în concluziile activității de verificare s-au reținut următoarele: Referitor la capacitatea de exercitare a activității profesionale: Echipa de control a constatat ca solicitarea legată de deschiderea sediului permanent numește cerință de calificare, ci este în strictă legătură cu prevederile legislației fiscale întrucât s-a solicitat depunerea unei declarații de angajament și nu dovada deschiderii sediului, aceasta urmând a fi depusă de către ofertantul câștigător după primirea comunicării de atribuire a contractului. Din cerință reiese clar că acest document trebuie depus de către ofertantul câștigător.

Referitor la cea de-a doua opțiune, autoritatea a impus în cazul asocierii cu persoane, juridice române, ca înaintea încheierii contractului, unul dintre asociații înregistrați în România va fi împuternicit pentru îndeplinirea obligațiilor ce îi revin fiecărui asociat, prin legalizarea asocierii și înregistrarea asocierii la autoritatea fiscală competentă, conform prevederilor legislației fiscale din România în vigoare, cerință nerelevantă și disproporționată față de obiectul achiziției, situație care contravine dreptului și libertății de asociere, în fapt asociații fiind cei care decid cum își împart obligațiile în baza acordului încheiat de aceștia.

Pentru considerentele de mai sus, s-a constatat o neregulă în aplicarea de către structura controlată a prevederilor privind procedurile de achiziție publică, respectiv stabilirea în documentația de atribuire a unor cerințe nelegale aplicabile ofertantului declarat câștigător și sunt aplicabile corecții financiare.

Referitor la capacitatea tehnică și/sau profesională: S-a confirmat sesizarea referitoare la cerința privind demonstrarea experienței similare. Prin impunerea cerinței minime de calificare prin raportare la valoarea contractului de lucrări pentru care urma să fie prestat serviciul și nu valoarea

contractului de servicii ce urma să fie atribuit, s-a constatat încălcarea art.178 și 138 din OUG 34/2006 colaborat cu art.8 alin. I litera a) din 5 HG.925/2006, cu modificările și completările ulterioare, în vigoare la data procedurii. Autoritatea contractantă a asimilat complexitatea contractului de servicii cu valoarea contractului de lucrări, deși în mod evident un diriginte de șantier atestat potrivit legii, a făcut dovada competenței profesionale, Cerința este excesivă atâta vreme cât timp se face dovada prestării unor servicii similare de valoarea contractului ce urma să fie atribuit.

De asemenea, autoritatea contractanta a stabilit cerințe minime de calificare fără motivarea acestora, încălcând dispozițiile art. 8 alin.(2) din HG nr. 925/2006.

Referitor la situația economico-financiară:

Prin solicitarea cerinței minime obligatorii... exercițiu financiar pozitiv pe fiecare an solicitat", autoritatea a considerat în mod discreționar că numai acel operator care înregistrează profit este în măsura să-și îndeplinească obligațiile contractuale. Capacitatea ofertanților de a îndeplini contractul nu este influențată de faptul că aceștia au înregistrat pierderi, mai cu seamă în măsura în care operatorul poate confirma accesul la facilități de credit pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării pentru perioada impusă.

Ținând seama că bilanțul are drept scop de a prezenta fidel informații despre poziția financiară a întreprinderii, raportat la dispozițiile art. 185 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, în vigoare la data procedurii, solicitarea exercițiu financiar pozitiv pe fiecare an de referință, devine astfel cerința restrictivă.

Având în vedere cele precizate la punctele A, B și O, în conformitate cu dispozițiile art. 4 din HG 875/2011 de aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în abținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, în cazul constatării mai multor încălcări în cadrul aceluiași proceduri de achiziție, corecțiile financiare nu se cumulează și se aplică corecția maxima, respectiv 5% din valoarea contractului de servicii nr. 321/08.06.2010 încheiat între Unitatea administrativ teritorială municipiul Miercurea Ciuc cu SC PROINVEST SRL.

Valoarea contractului de contractului de servicii nr. 321/08.06.2010 încheiat între Unitatea administrativ-teritorială municipiul Miercurea Ciuc cu SC PROINVEST SRL este de 86.960 lei, la care se adaugă TVA aferenta în valoare de 20.870,40 lei.

Împotriva Note de constatare nr. CA-88284/23.11.2012, a formulat contestație UAT Municipiul Miercurea Ciuc, care a fost însă respinsă, prin Decizia nr. 32/13.02.2013, pentru următoarele considerente:

Referitor la faptul că în documentația de atribuire autoritatea contractantă a solicitat în cazul persoanelor juridice străine"... o declarație pe propria răspundere - completare Formular 4 prin care, în cazul în care oferta este declarată câștigătoare, își asuma responsabilitatea:...înaintea încheierii contractului de prestări servicii, în cazul asocierii cu persoane juridice române, va împuternici pe unul dintre asociații înregistrați în România pentru îndeplinirea obligațiilor ce îi revin fiecărui asociat, prin legalizarea asocierii și înregistrarea asocierii la autoritatea fiscală competentă, conform prevederilor legislației fiscale din România în vigoare", Comisia a constatat că cerința în cauză este nerelevantă și disproporționată față de obiectul achiziției.

Totodată, Comisia a reținut că cerința în cauza contravine dreptului și libertății de asociere, deoarece asociații sunt cei care decid cum își împart obligațiile în baza acordului încheiat de către aceștia.

În ceea ce privește solicitarea îndeplinirii unor cerințe minime referitoare la capacitatea tehnică și profesională a operatorilor economiei care a condus la restricționarea participării la procedura de atribuire:

Referitor la cerința privind demonstrarea experienței similare. Comisia de Soluționare a Contestației a constatat că prin impunerea cerinței minime de calificare prin raportare la valoarea contractului de lucrări pentru care urma să fie prestat serviciul și nu valoarea contractului de servicii ce urma să fie atribuit, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 178 și 188 din OUG 34/2006 coroborat cu art.8 alin. 1 litera a) din HG.925/2006, în vigoare la data procedurii întrucât autoritatea contractantă a asimilat complexitatea contractului de servicii cu valoarea contractului de lucrări, deși în mod evident un diriginte de șantier atestat potrivit legii, a făcut dovada competenței profesionale. Sa reținut că cerința în cauză este excesivă în cazul în care se solicită dovada prestării unor servicii similare de valoarea contractului ce urma să fie atribuit.

Totodată, Comisia a constatat că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 8 alin. (2) din HG. 925/2006 întrucât a stabilit cerințe minime de calificare fără motivarea acestora. Pe cale de consecință, beneficiarul a restricționat participarea la procedura de atribuire prin nerespectarea prevederilor art. 178 alin. (2) din OUG 34/2006, conform căruia "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire. "

Referitor la argumentele autorității contractante în ceea ce privește solicitarea certificatului OHSAS 18001: 2007, Comisia de Soluționare a Contestației a constatat că aspectele semnalate în adresa nr. VT-59263/09.08,2012 cu privire la solicitarea certificatului OHSAS 18001:2007 au fost infirmate de către echipa de control. Solicitarea în cauză nu a fost sancționată în Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA- 88284/23.11.2012 și pe cale de consecință, obiecțiile beneficiarului în acest sens sunt fără obiect.

Referitor la cerința minimă de calificare „bilanț pozitiv”:

Cu privire la solicitarea ea potențialii operatori economici să prezinte exercițiu financiar pozitiv pentru fiecare an solicitat, Comisia de Soluționare a Contestației a constatat că UAT Municipiul Miercurea-Ciuc, în calitatea sa de autoritate contractantă a considerat în mod, discreționar că numai acel operator care înregistrează profit este în măsură să-și îndeplinească obligațiile contractuale. Capacitatea ofertanților de a îndeplini contractul nu este influențată de faptul că aceștia au înregistrat pierderi, mai cu seamă în măsura în care operatorul poate confirma accesul la facilități de credit pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării pentru perioada impusă. Ținând seama că bilanțul are drept scop de a prezenta fidel informații despre poziția financiară a întreprinderii, raportat la dispozițiile art. 185 din OUG 34/2006, în vigoare la data procedurii, solicitarea exercițiului financiar pozitiv pentru fiecare an solicitat devine cerință restrictivă.

Prin impunerea prezentării unui exercițiu financiar pozitiv pentru fiecare an solicitat, autoritatea contractantă a stabilit limite pentru viitorii ofertanți, limite care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urma să fie atribuit, încălcând astfel prevederile art. 8 alin.1 din HG 925/2006 cu modificările și completările ulterioare, coroborat cu art. 185 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În ceea ce privește menționarea de către Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul Miercurea-Ciuc a Deciziei CNSC nr. 1774/C8/1370.1475.15GO, 1722' 05.05.2011, emisă într-o speță similară, Comisia a considerat că aceste Decizii pot fi catalogate ca jurisprudență, iar în sistemul juridic românesc jurisprudența nu este izvor de drept având doar valoare orientativă.

Referitor la lipsa vreunei sancțiuni din partea ANRMAR cu privire la modalitatea în care s-a desfășurat procedura de atribuire. Comisia a făcut referire la dispozițiile art. 324 din H.G, nr, 457/2008 privind cadrul instituțional de coordonare și de gestionare a instrumentelor structurale.

Prin **cererea de chemare în judecată**, UAT municipiul Miercurea Ciuc a solicitat anularea atât a Notei de constatare nr. CA-88284/23.11.2012, cât și a Deciziei nr. 32/13.02.2013, susținând în esență următoarele:

Cu privire Sa lipsa prejudiciului element determinant în calificarea unei fapte ca fiind o "neregulă" incriminată, s-a arătat că, atât în vechea normă (OG nr.79/2003), cât și în actuala normă (art.2, alin.1, lit.a), "neregula" sancționabilă este definită ca fiind „orice abatere de la legalitate, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit".

Simpla constatare a unei abateri, nu este suficientă pentru aplicarea unor sancțiuni, în cauză fiind necesar dovedirea sau măcar arătarea unui prejudiciu.

În concluzie, în lipsa evidențierii unui prejudiciu, nu se află în prezența unei fapte incriminate de OG nr.79/2003 sau OUG nr.66/2011, situație în care, actele care au constatat "neregulile" sunt lovite de nulitate.

Contestatoarea nu a solicitat potențialilor ofertanți străini decât să se conformeze legislației fiscale din România în vigoare”, dacă sunt desemnați câștigători, respectiv nu a condiționat participarea acestora la licitație, cum greșit pare a pretinde pârâta.

Astfel, scopul urmărit a fost ca ofertantul declarat câștigător să înregistreze asocierea „la autoritatea fiscală competentă, conform prevederilor legislației fiscale din România în vigoare."

Cu privire la cerința privind desemnarea unui membru asociat român care să răspundă pentru îndeplinirea tuturor obligațiilor contractuale, în primul rând s-a susținut situația pur ipotetică în care s-ar fi aplicat această dispoziție (asociați români + străini), aspect de natură să îndeparteze și mai mult un potențial prejudiciu (cert); și în al doilea rând, aceasta cerință constituie un drept legal al petentei și o situație juridică legală.

Cu privire la pretinsa neregulă - cerința minimă de calificare "bilanț pozitiv", s-a arătat că cerința nu încalcă vreo dispoziție legală de la momentul aplicării procedurii și mai mult un organ cu atribuții jurisdicționale (CNSC) a considerat, într-o cauză identică, faptul că, o astfel de cerință este o cerință legală, fapt de natură să probeze mai presus de orice dubit, legalitatea cererilor petentei, precum și lipsa culpei, în măsura în care s-ar aprecia că totuși nu ar fi relevantă o practică identică.

Pornind de la valoarea însemnată de 21.145.865,9 lei al proiectului, Municipiul Miercurea-Ciuc, nu a asumat un riscul nerealizării proiectului și a pierderii fondurilor, tocmai în scopul preîntâmpinării și evitării nerealizării proiectului și a pierderii fondurilor din cauza unui ofertant intrat în falimentat în cursul demarării proiectului, autoritatea contractantă a impus cerința bilanțului pozitiv. Prin acest mod Municipiul Miercurea-Ciuc și-a asigurat obținerea unei garanții cu intrarea în legătură cu un ofertant care să dispune de resursele financiare și în cazul ivirii eventualelor dificultăți legate de

îndeplinirea acestuia. Ofertantul cu un bilanț pozitiv și care a făcut față cu succes efectelor crizei acordă mai multă garanție pentru finalizarea investiției.

Această cerință putea fi îndeplinit de un număr semnificativ de potențiali ofertanți, astfel nici concurența nu a fost distorsionată, și nici nu s-a acordat vreun avantaj competitiv.

Legalitatea acestei cerințe a fost confirmată prin Decizia CNSC nr. 1774/C8/1370.1475.1500.1722/05.05.2011, care a stabilit în mod justificat faptul că în situația în care s-ar pune la îndoială dreptul autorității contractante de a solicita astfel de dovezi, s-ar ajunge la concluzia absurdă, că scopul cerințelor de calificare ar fi acela de a demonstra situația economico-financiară indiferent de faptul că aceasta asigură îndeplinirea contractului, fapt ce ar lipsi de sens prevederile legale menționate" - fila 51 din decizia CNSC.

Nu în ultimul rând s-a menționat că, fișa de date a fost verificată pentru legalitate de către ANRMAP înainte de publicare pe SEAP, potrivit art. 49 alin (21) lit. b) din OUG nr. 34/2006 b) (2) Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice verifică; ... fiecare invitație de participare transmisă de către autoritatea contractantă pentru publicare în SEAP, cu o valoare estimată egală sau mai mica decât pragurile valorice prevăzute la art. 124.

Dat fiind faptul că, ANRMAP după ce a verificat documentația de atribuire, a admis publicarea invitației de participare, rezultă că, toate cerințele solicitate în fișa de date sunt legale.

Prin **întâmpinare**, pârâțul M.D.R.A.P., a invocat excepția necompetenței teritoriale a acestei instanțe, în raport de prevederile art. 96 pct. 1 Cod procedură civilă, art. 10 alin. 1¹ din Legea nr. 554/2004 și ale art. 23 alin. 1 din Contractul de finanțare nr. 534/14.09.2009 cod SMIS 3303, excepție care a fost însă respinsă, prin încheierea din 17.12.2013.

În ceea ce privește fondul cauzei, pârâta a solicitat respingerea cererii de chemare în judecată, pentru următoarele motive:

În ceea ce privește lipsa prejudiciului, au fost invocate prevederile art. 5 din Contractul de finanțare și ale art. 2 alin. 1 lit. d din HG nr. 759/2007, completate cu cele ale art. 9 pct 21 și 22 din Contractul de finanțare, în raport de care finanțarea se acordă sub condiția respectării integrale a prevederilor contractuale, astfel că abaterea de la aceste dispoziții constituie nereguli, prejudiciul fiind prezumat.

În speță, neregula constă în acțiunea beneficiarului de a se abate de la dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, precum și de la prevederile contractului de finanțare, prin nerespectarea de către acesta în cadrul procedurii de atribuire a contractului de servicii a principiului transparenței în vederea asigurării unui grad adecvat de publicitate și, implicit, de competitivitate.

În ceea ce privește prima reținere a echipei de control, referitor la abaterile reținute în sarcina autorității auditate, s-au reținut următoarele:

Cu privire la această critică, s-a susținut că cerința ca înaintea încheierii contractului, unul dintre asociații înregistrați în România să fie împuternicit pentru îndeplinirea obligațiilor ce îi revin fiecărui asociat, prin legalizarea asocierii și înregistrarea acesteia la autoritatea fiscală competentă, conform prevederilor legislației fiscale din România în vigoare, este nerelevantă și disproporționată față de obiectul achiziției.

Totodată, cerința în cauza contravine dreptului și libertății de asociere, deoarece asociații sunt cei care decid cum își împart obligațiile în baza acordului încheiat de către aceștia.

În ceea ce privește solicitarea îndeplinirii unor cerințe minime referitoare la capacitatea tehnică și profesională a operatorilor economici care au condus la restricționarea participării la procedura de atribuire, s-au susținut următoarele:

Referitor la cerința privind demonstrarea experienței similare, prin impunerea cerinței minime de calificare prin raportare la valoarea contractului de lucrări pentru care urma să fie prestat serviciul și nu valoarea contractului de servicii ce urma să fie atribuit, reclamanta a încălcat prevederile art. 178 și 188 din OUG 34/2006 coroborat cu art. 8 alin. 1 litera a) din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, în vigoare la data procedurii întrucât aceasta a asimilat complexitatea contractului de servicii cu valoarea contractului de lucrări, deși în mod evident un diriginte de șantier atestat potrivit legii, a făcut dovada competenței profesionale.

Referitor la cerința minimă de calificare „bilanț pozitiv”, având în vedere textele legale menționate anterior, s-a apreciat că precizarea în Fișa de date a achiziției a cerinței "Media profitului din ultimii 3 ani 2007, 2008, 2009 să fie pozitivă", a condus la restricționarea accesului operatorilor economici la procedura de atribuire.

Potențialii candidați trebuiau să demonstreze doar solvabilitatea ofertantului la momentul prezentării ofertei, în baza indicatorilor prezentați în cadrul bilanțului.

Autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe și să elaboreze în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției.

Referitor la susținerea reclamantei potrivit căreia asupra legalității alegerii și desfășurării procedurii de achiziție prin negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare s-a pronunțat ANRM MAP înainte de publicarea pe SEAP, care nu a semnalat niciun fel de încălcare a legislației în materia achizițiilor publice, instituția intimată s-a prevalat de dispozițiile art. 32 din H.G. nr. 457/2008 privind cadrul instituțional de coordonare și de gestionare a instrumentelor structurale.

Examinând cauza prin prisma acestor considerente și având în vedere materialul probator administrat în cauză, Curtea reține următoarele:

1) Cu privire la pretinsa lipsă a prejudiciului, reținută de reclamant. Curtea apreciază că acest motiv este nefondat, pentru cele ce urmează:

Pot exista abateri în cauză, chiar dacă nu au fost depuse contestații la procedura de atribuire a Contractului de achiziție publică de lucrări nr. 321/8.06.2010, întrucât conformitatea cerințelor impuse în procedură se impune a fi făcută nu prin raportare la existența sau inexistența vreunei contestații ci, prin raportare la dispozițiile legale aplicabile în materie.

În al doilea rând, în cauză sunt întrunite, cumulativ, cele două cerințe prevăzute de legiuitor prin prevederile art. 2 alin.1 lit. a din OUG nr. 66/2011 (existența unei încălcări sau abateri de la dispozițiile dreptului comunitar/național, respectiv existența sau potențialitatea unui efect prejudiciabil al încălcării/abaterii).

Aceasta întrucât, după cum rezultă din motivele ce urmează a fi expuse, în cauză există atât o încălcare a dispozițiilor legale aplicabile în materie, cât și existența sau potențialitatea unui efect prejudiciabil, ca urmare a încălcării/abaterii.

Efectul prejudiciabil este generat de impunerea în cauză de către beneficiar (autoritatea contractantă) a unor cerințe restrictive în documentele de atribuire, care au consecință împiedicarea unor potențiali ofertanți să participe la procedura de atribuire.

Nu poate fi reținută susținerea reclamantei vizând vădita inaplicabilitate - față de neindicarea de către organul constatator a cauzării vreunui prejudiciu - a prevederilor art. 2 alin. 1 lit. a din OUG nr. 66/2011, din moment ce textul amintit arată expres că paguba cauzată sau care se poate produce în urma abaterilor de la legalitate, regularitate și conformitate în raport de obligațiile asumate, constă în realizarea unei plăți necuvenite în favoarea beneficiarului fondurilor europene. Cu alte cuvinte, prejudiciul este reprezentat de acordarea unor sume de bani din bugetul Uniunii Europene ori din fondurile publice naționale în contextul nerespectării de către beneficiar a exigențelor stricte cuprinse în dispozițiile europene sau naționale ori a stipulațiilor din contract, deși urmarea întocmai a tuturor acestor angajamente a condiționat acordarea finanțării nerambursabile. Corecțiile financiare au rolul de a repara acest prejudiciu, în sensul de a restabili „o situație astfel încât 100% din cheltuielile care fac obiectul unei cereri de cofinanțare din fonduri structurale să fie în conformitate cu reglementările naționale și comunitare aplicabile în materie” (potrivit principiului consacrat în Decizia C/2002/2371 a Comisiei Europene).

2) Referitor la cerința „oferantul persoană juridică sa prezinte o declarație privind deschiderea unui punct de lucru în România și să împuternicească eventualul asociat român pentru îndeplinirea obligațiilor ce îi revin fiecărui asociat” este de remarcat că această cerință instituie două obligații în sarcina potențialului ofertant.

Fața de prima obligație impusă prin această cerință, ofertantului persoană juridică străină, este de remarcat că aceasta nu reprezintă o cerință de calificare, nefiind relevantă față de obiectul achiziției. Orice criteriu de calificare impus ofertanților, prin prisma art. 176 lit. b, raportat la art. 183 din OUG nr. 34/2006, trebuie să vizeze documente calificatoare pentru a dovedi forma de înregistrare ca persoană fizică/juridică și, după caz, de atestator/apartenență din punct de vedere profesional, în conformitate cu prevederile din țara în care ofertantul/candidatul este stabilit.

Or, cele două obligații instituie prin această cerință de calificare vizează după cum au susținut și organele de control legislație fiscală.

Mai mult, ceea ce putea constitui un criteriu de calificare cu privire la capacitatea de exercitare a activității profesionale trebuia să vizeze documente, înscrisuri justificatoare ale unor aspecte care țin de forma de înregistrare a ofertantului și atestării/apartenenței profesionale potrivit legislației din țara de origine și, nicidecum, obligației viitoare, condiționate de o posibilă adjudecare a contractului și care să privească respectarea unor prevederi din legislația fiscală română, în acest sens sunt și dispozițiile art. 177 alin. 1 din OUG nr.34/2006, care permit operatorilor economici să prezinte certificate pentru demonstrarea îndeplinirii unor cerințe de calificare, conform art. 176.

Nerelevanța acestei cerințe este apreciată prin raportare la prevederile art. 179 din OUG nr. 34/2006 și art. 8 alin. 1 din HG nr. 925/2006, întrucât criteriul de selecție stabilit de autoritatea contractantă trebuie să aibă o legătură evidentă cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit, ceea ce nu este justificat în prezenta cauză.

Referitor la criteriul de calificare referitor la situația economico-financiară, respectiv cerința unui exercițiu financiar pozitiv pentru fiecare an solicitat, Curtea reține că în cauză au fost încălcate dispozițiile art. 8 alin. 1 din HG nr. 925/2006 și ale art. 178 alin. 2 din OUG nr 34/2006.

Neregula constatată de organele de control constă, prin prisma acestor dispoziții legale, în indicarea, drept unic criteriu pentru determinarea pierderii rezultate din activitatea participantului la procedură doar a bilanțului contabil, nu și, alternativ, prin intermediul unor alți indicatori economico-financiar, pentru care să fie stabilit de către autoritatea contractantă un algoritm de punctare corespunzător, după cum se impunea pentru a nu restrânge domeniul potențialilor ofertanți.

Astfel, impunerea acestei cerințe este circumscrisă ipotezei legale din articolele precizate, întrucât vizează condiții minime referitor la situația economico-financiară a ofertanților, care însă prin impunerea drept unic criteriu în materie, restricționează accesul la contractul în cauză, prin limitarea numărului de ofertanți, care ar întruni cerințele referitoare la situația economică și financiară prin prisma altor indicatori economico-financiar.

Aceasta discriminare indusă prin criteriile restrictive, reprezintă, așadar, o veritabilă neregulă, așa cum sunt indicate în Anexa 1 la HG nr. 875/2011, cuprinzând Normele metodologice de aplicare a OUG nr. 66/2011; adică în prezenta cauză este realizat sistemul de fraudă realizat prin manipularea specificațiilor întrucât cererile de ofertă sau propunerile pot conține specificații adaptate pentru a corespunde calificărilor sau competențelor unui anumit ofertant.

După cum s-a arătat în cadrul acestui Capitol din Anexa 1 la HG nr. 875/2011, (3.5. - Manipularea specificațiilor), specificare care sunt prea restrictive pot fi utilizate pentru a exclude alți ofertanți calificați sau pentru a justifica achiziții dintr-o singură sursă și pentru a evita orice concurența, după cum este căzut și în prezenta cauză, în ceea ce privește impunerea acestei cerințe minime, relativ la indicarea, drept unic criteriu pentru determinarea pierderii rezultate din activitatea participantului ia procedură doar a bilanțului contabil.

4. În ceea ce privește criteriul referitor la capacitatea tehnică și/sau profesională, vizând experiența similară, Curtea reține următoarele:

Faptul că această cerință este restrictivă rezultă din chiar cuprinsul Deciziei nr. 1774/5.05.2011, în considerațiile acesteia statuându-se că, într-adevăr, este relevantă valoarea contractelor prezentate în dovedirea experienței similare, dar mai mult decât atât, autoritatea contractantă nu poate solicita ca toate categoriile de lucrări să se regăsească în cuprinsul aceluiași contract, fiind strict a solicita prezentarea contractului în această formă, fiind permis, potrivit dispozițiilor art. 9 alin. 1 lit. a din HG nr. 925/2006 (fila 94, dosar). Rezultă așadar că impunerea unei asemenea cerințe, cu o dublă condiționare (una - depunerea unui singur contract, și a doua - cu o valoare de minim 10.000.000 lei), reprezintă o neregulă în înțelesul pct. 3.5 din Anexa 1 la Normele metodologice de aplicare a OUG nr. 66/2011, respectiv cerința cuprinde specificații adoptate pentru a corespunde calificărilor sau competențelor unui anumit ofertant. Concluzionând, Curtea reține că Nota de constatare a fost întocmită cu respectarea dispozițiilor aplicabile în materie, organul de control reținând abateri/nereguli în documentația de atribuire, care într-adevăr încalcă dispozițiile legislației în materia achizițiilor publice.

Stabilirea unor criterii de calificare și selecție sau a unor factori de evaluare care împiedică anumiți ofertanți potențiali să participe la procedura de atribuire din cauza restricțiilor stabilite în documentația de atribuire este circumscrisă abaterii prevăzute de Cap. 1 pct. 2.3. din Anexa la OUG nr. 66/2012, consecința fiind aplicarea unei corecții de 10% din valoarea contractului, cu posibilitatea reducerii procentajului la 5%, în funcție de gravitatea abaterii. Pentru aceste motive, Curtea apreciază că acțiunea promovată de reclamanta U.A.T. Miercurea Ciuc este nefondată, urmând a fi respinsă, ca atare.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge cererea de chemare în judecată formulată de reclamantul **MUNICIPIUL MIERCUREA CIUC**, cu sediul în Miercurea Ciuc, jud. Harghita, în contradictoriu cu pârâtul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRATEI PUBLICE** (fost M.D.R.T), cu sediul în București, str. Apolodor nr. 17, Latura Nord, sector 5, având ca obiect anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire

a corecțiilor financiare nr. CA- 88284/23.11.2012 și a Deciziei Comisiei de Soluționare a Contestațiilor nr. 32/3.02.2013, ambele emise de pârât.

Cu drept de recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din 11 februarie 2014.

Dosar nr. 5007/2/2013

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 3693
Ședința publică din 25.11.2013

Pe rol se află soluționarea acțiunii de contencios administrativ formulată de reclamanta **UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ MUNICIPIUL DEVA**, cu sediul în Deva, jud. Hunedoara, reprezentată legal prin Primar - P M în contradictoriu cu pârâțul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE**, cu sediul în Sectorul 5, București, reprezentat legal prin ministru L N D, având ca obiect **anulare act administrativ**". Dezbaterile au avut loc în ședința publică de la termenul din **20.11.2013** care au fost consemnate în încheierea de ședință de la acea dată, când instanța, având nevoie de timp pentru a delibera, a amânat pronunțarea la data de **25.11.2013**, când a hotărât următoarele:

CURTEA,

Deliberând asupra cauzei de față, constată următoarele: Prin acțiunea înregistrată pe rolul Curții de Apel București - Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal sub nr. 5007/2/2013, reclamanta **UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ MUNICIPIUL DEVA**, în contradictoriu cu pârâțul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE**, a solicitat următoarele:

- anularea în totalitate a DECIZIEI nr. 48/27.06.2013, privind soluționarea contestației formulate de către Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul Deva înregistrată la sediul paratei sub nr. 43191/31.05.2013, ca fiind nelegală ;
- suspendarea executării deciziei până la obținerea unei soluții definitive și irevocabile a cauzei;
- obligarea pârâtului la plata cheltuielilor de judecată în motivarea acțiunii, reclamanta a arătat că în cadrul Programului Operațional Regional 2007-2013, Municipiul Deva a încheiat contractul de finanțare nr. 2613/20.12.2011, cod SMIS 22127 pentru proiectul „Amenajare Piața Victoriei din municipiul Deva".

În vederea executării lucrărilor prevăzute în acest proiect, s-a procedat la încheierea unui contract de achiziție publică, înregistrat sub nr. 47084/22.12.2011.

Ca urmare a cererii de rambursare nr. 5, Autoritatea de Management a POR verificând procedura de achiziție publică, ne comunica prin Informarea privind situația cheltuielilor aprobate la cererea la cererea de rambursare nr. 5-Finală, aferentă proiectului cod SMIS 22127 cu titlul „Amenajare Piața Victoriei din municipiul Deva" că s-a aplicat o reducere procentuală de 5% în conformitate cu pct. 2.3 din Anexa la OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

Valoarea creanței bugetare rezultate din aplicarea corecției financiare menționate mai sus este de 342.696,09 lei (din care 66.328,34 lei TVA).

Reclamanta a arătat că a formulat contestație împotriva Informării mai sus amintite, denumită în continuare Nota de reducere emisă de către Autoritatea de Management POR, contestație soluționată în sensul respingerii sale prin DECIZIA nr. 48/27.06.2013.

A susținut că reducerea procentuală de 5%, este justificată de către Autoritatea de Management prin identificarea unei abateri de la prevederile legislației naționale și comunitare în domeniul

achizițiilor publice aferente contractului de lucrări nr. 47084/22.12.2011 în baza prevederilor OUG nr. 66/2011 art. 6 și art. 9 .

Abaterea de la prevederile legale identificata, a fost aceea ca în cadrul fisei de date a achiziției cap. V Capacitatea tehnica și/sau profesionala , Informații privind capacitatea profesionala, autoritatea contractanta Municipiul Deva, a formulat cerința minima obligatorie: **șef de șantier**:
- Diploma studii superioare tehnice - Certificat de absolvire Manager de Proiect.

Referitor la aceasta cerința, Autoritatea de Management a considerat ca se încalcă prevederile art. 8 alin. 1 din HG nr. 925/2006. De asemenea s-a considerat că prin impunerea deținerii de către șeful de șantier, a certificatului de absolvirea cursurilor de manager de proiect, drept criteriu de calificare pentru demonstrarea capacității tehnice și profesionale, se încalcă prevederile art. 188 alin. 3 din OUG nr. 34/2006.

Reclamanta a arătat că a considerat că este necesar ca executantul sa cunoască regulile și rigorile unui proiect finanțat din fonduri europene, pentru ca prin experiența sa, sa vina în sprijinul autorității contractante în procesul de implementare cu succes a proiectului.

În acest context, a apreciat că este necesar ca un reprezentant al executantului, respectiv șeful de șantier, persoana cu atribuții de coordonare a execuției lucrărilor să dețină un certificat de absolvire a unui curs de manager de proiect.

Atribuțiile unui șef de șantier în cadrul execuției unei lucrări privesc : coordonarea, planificarea în timp a activității și determinarea necesarului de resurse umane, materiale și financiare ; organizarea alocării resurselor, gestionarea ducerii la îndeplinirea lucrărilor necesare și soluționarea oricăror eventuale probleme sau dificultăți care ar putea duce la întârzierea sau la stoparea execuției în totalitatea lucrărilor; întocmirea documentațiilor de plata în vederea decontării lucrărilor etc., atribuții aplicabile și unui manager de proiect.

Prin solicitarea prezentării certificatului de absolvire a unui curs de manager de proiect pentru șeful de șantier, autoritatea contractantă municipiul Deva a dorit să se asigure că acesta cunoaște în principiu derularea unui proiect în conformitate cu rigurozitatea cerințelor unui proiect finanțat din fonduri europene, atât în ceea ce privește executarea lucrărilor cat și a aspectului scriptic de întocmire a documentelor necesare a fi emise de către executant.

Reclamanta a arătat că, în conformitate cu prevederile art. 187 alin. 3 din OUG nr. 34/2006, capacitatea tehnica și/sau profesionala a unui ofertant/candidat, se apreciază în funcție de experiența, aptitudini, eficiența și eficacitatea acestuia. Mai mult decât atât, conform art. 188 alin. 3 lit. c din OUG nr. 34/2006, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere și a persoanelor responsabile cu execuția lucrărilor.

În acest sens, cerința autorității contractante a fost ca personalul executantului implicat în derularea lucrărilor sa fie condus de un șef de șantier și prezentarea pentru acesta a unor documente referitoare la studii, respectiv: „diploma de studii superioare tehnice și Certificat de absolvire Manager de proiect”, cerința respectând prevederile art. 187 alin. 3 din OUG nr. 34/2006 fiind stabilita în funcție de specificul achiziției, a complexității și a necesității asigurării contractante de îndeplinire corespunzătoare a contractului; mai mult, nu era nici o prevedere legală prin care activitatea de manager de proiect sa poată fi exercitata doar în anumite sau în îndeplinirea numai a unor contracte.

A susținut că un manager de proiect poate avea responsabilități și pentru o anumită porțiune dintr-un proiect, în situația sa responsabilitatea privind coordonarea lucrărilor necesare a fi executate. Prin HG nr. 925/2006 art. 9, sunt prezentate cerințele minime de calificare și selecție care sunt considerate disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică, dar nici unul dintre aceste criterii prezentate nu face referire la cerințe privind capacitatea tehnică și/sau profesională și implicit la condiții ce nu se pot impune personalului propus pentru îndeplinirea contractului.

Reclamanta a învederat instanței faptul că Ordinul 509/2011, a intrat în vigoare la data de 28.09.2011 și este publicat în M. Of. nr. 687/2011, așadar acest Ordin se aplică numai de la data apariției sale și nicidecum nu retroactivează, conform prevederilor art. 15 alin. 2 din Constituție.

A menționat faptul că în cadrul procedurii de atribuire a contractului de execuție, nu au fost formulate solicitări de clarificări și nu a fost contestată cerința de calificare impusă șefului de șantier. Toți ofertanții participanți la această procedură au prezentat pentru șeful de șantier certificatul de manager de proiect solicitat.

Apreciază că prin cerința solicitată nu a încălcat prevederile art. 8 alin. 1 din HG nr. 925/2006 cerința fiind relevantă în raport cu natura, durata și complexitatea contractului de achiziție publică și neputând fi catalogată ca disproporționată în raport cu natura și complexitatea contractului, în conformitate cu legislația valabilă la data redactării documentației de atribuire și desfășurarea procedurii de achiziție.

A precizat că, verificând la acea dată anunțurile publicate în SEAP de alte entități, am constatat că documentațiile publicate conform procedurii au primit avizul ANRMAR, în vederea atribuirii de contracte de execuție de lucrări, care prin documentația de atribuire au solicitat nominalizarea unui manager de proiect, caz similar situației noastre.

Din acest punct de vedere consideră că pe de o parte, aplicarea reducerii procentuale de 5% din valoarea contractului este complet nejustificată, iar pe de altă parte, prin această reducere i-a fost încălcat dreptul subiectiv de a dispune de întreaga sumă nediminuată cu 5% (342.696,01 lei) suma care nu îi va fi rambursată și care trebuie completată din bugetul local al Municipiului Deva.

În drept, reclamanta a invocat Legea nr. 554/2004; OUG nr. 66/2011; OUG nr. 34/2006 și HG 925/2006, Cod Proc. Civ. Pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE a formulat întâmpinare.

În temeiul art. 139 din c.pr.civ., a invocat excepția conexității și a solicitat transmiterea cauzei la dosarul nr. 16869/3/2013, aflat pe rolul Tribunalului București, cu termen la 16.05.2014, raportat la următoarele considerente:

Pe rolul Curții de Apel Alba Iulia s-a format dosarul nr. 1135/57/2012, având ca obiect cererea de chemare în judecată formulată de către UATM Deva împotriva instituției noastre.

La termenul din 14.01.2013, Curtea de Apel Alba Iulia a declinat cauza în favoarea Tribunalului București, formându-se astfel dosarul nr. 16869/3/2013, cu termen la 16.05.2014.

Având în vedere faptul că atât dosarul menționat mai sus, cât și prezenta cauză au ca obiect anularea reducerii procentuale de 5% din valoarea contractului de lucrări nr.47084/22.12.2011, a solicitat să dispuneți trimiterea prezentei cauze la Tribunalul București, în vederea conexării acesteia la dosarul nr. 16869/3/2013.

În ceea ce privește cererea de suspendare formulată de către reclamantă, a arătat că cerința constând în cazul bine justificat nu poate fi argumentat prin invocarea unor aspecte ce țin de legalitatea actului administrativ, întrucât acestea vizează fondul actului, care se analizează numai în cadrul acțiunii în anularea actului administrativ.

În cauză, reclamanta nu a indicat "motive" de nelegalitate a actului administrativ a cărui suspendare se solicită, rezumându-se doar la a solicita suspendarea.

În ceea ce privește definiția legală a sintagmei „pagubă iminentă”, aceasta este dată de art. 2 alin. 1 lit. ș) din Legea 554/2004, în sensul că ea reprezintă un prejudiciu material viitor dar previzibil sau, după caz, perturbarea previzibilă gravă a funcționării unei autorități publice sau a unui serviciu public.

A solicitat să se constate faptul că, nici cu privire la această condiție legală reclamanta nu a prezentat niciun argument.

În concluzie, apreciază că reclamanta nu a făcut în niciun fel dovada îndeplinirii celor două condiții cumulative prevăzute de art. 14 alin. 1 din Legea nr. 554/2004, respectiv cazul bine justificat și paguba iminentă.

Pe fond a arătat că explicația referitoare la această cerință minimă din fișa de date a achiziției, nu se regăsește în cuprinsul Notei justificative de stabilire a criteriilor de calificare și selecție.

Pârâtul a susținut că, prin impunerea drept criteriu de calificare pentru demonstrarea capacității tehnice și profesionale, deținerea de către șeful de șantier, a certificatului de absolvire a cursurilor de manager de proiect, s-au încălcat dispozițiile art. 188 alin.(3) din OUG nr.34/2006 conform cărora „în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de lucrări, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea lucrărilor ce urmează să fie executate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele: c) informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru execuția lucrărilor.”

A susținut că cerința minimă solicitată nu prezintă relevanță pentru îndeplinirea contractului de lucrări, în lumina dispozițiilor art. 188 alin. 3 al O.U.G. nr. 34/2006 întrucât, activitatea de dirigenție de șantier este distinctă de cea de management de proiect.

Având în vedere faptul că managementul de proiect putea să fie externalizat și asigurat de o terță parte, solicitarea autorității contractante este cu atât mai mult nerelevantă. Obiectivul achiziției îl reprezintă lucrările de construcții, șeful de șantier trebuie să dețină experiența și expertiza necesare pentru derularea lucrărilor la standardele de calitate solicitate prin proiect, în termenele stabilite prin contractul încheiat și conform tuturor celorlalte solicitări ale autorității contractante, așa cum au fost stabilite prin caietul de sarcini.

Dacă reclamanta, în calitate de autoritate contractantă, dorea ca șeful de șantier să poată oferi anumite raportări specifice, era suficient să le impună prin caietul de sarcini și să fie asumate prin ofertă care devine anexă la contractul de lucrări. Pentru ca autoritatea contractantă să se asigure că se respectă termenele de realizare, nivelul de calitate solicitat și alte asemenea aspecte, trebuia, în mod normal, să prevadă în contract clauze de penalizare pentru neîndeplinire, îndeplinire necorespunzătoare sau cu întârziere. Execuția lucrărilor în termenul și la nivelul calitativ solicitat nu are nicio legătură cu sursa de finanțare. Finanțarea din fonduri europene, respectiv din POR,

presupune întocmirea unor situații și a unor documente specifice care intră în atribuțiile managerului de proiect (activitate distinctă în acest caz), în rest, toate activitățile - de lucrări, dirigenție de șantier, proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului, audit, etc. - cad sub incidența legislației naționale, așa cum aceasta ar trebui să fie aplicată.

În plus, față de cele menționate, se poate considera ca fiind și un criteriu discriminatoriu față de acei ofertanți care nu dispun de personal atestat în management de proiect, deoarece activitatea principală a unei societăți de construcții o constituie execuția de lucrări și nu oferirea de consultanță în domeniul managementului de proiect. Prin urmare, odată cu impunerea acestui criteriu de calificare și selecție s-au încălcat principiile prevăzute de art.2 alin.(2) din O.U.G. nr. 34/2006, respectiv principiul nediscriminării și tratamentului egal, neasigurându-se astfel promovarea concurenței între operatorii economici. Cu privire la invocarea Ordinului 509/2011 al ANRMAP a arătat că acesta ordin nu a făcut decât să aducă lămuriri/clarificări/precizări cu privire la criteriile de calificare și selecție, prevăzute de O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006, criterii care existau în actele normative menționate și la momentul inițierii procedurii, respectiv august 2011. Deși Ordinul ANRMAP nr.509 a fost emis în anul 2011, nu înseamnă că, până la data apariției acestuia, nu a existat obligația autorităților contractante de a nu prevedea criterii restrictive în documentațiile de atribuire, astfel cum dispune art. 178 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006.

Referitor la susținerea reclamantei potrivit căreia există și alte anunțuri publicate în SEAP de către alte entități, care au primit avizul ANRMAP pentru documentațiile publicate, conform procedurii, prin care au solicitat nominalizarea unui manager de proiect, pârâtul a invocat dispozițiile art. 324 din HG nr.457/2008 privind cadrul instituțional de coordonare și de gestionare a instrumentelor structurale, respectiv:

„(1) în cazul în care autoritatea de management consideră că au existat încălcări ale legislației comunitare sau naționale privind achizițiile publice, aceasta stabilește și aplică corecții financiare, în condițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

(2) în exercitarea atribuției prevăzute la alin. (1), autoritatea de management nu este condiționată în luarea deciziilor de activitățile desfășurate de ANRMAP și UCVAP potrivit dispozițiilor art. 322 și 323.”

Reclamanta a formulat răspuns la întâmpinare, arătând că a solicitat suspendarea Deciziei nr. 48/27.06.2013, deoarece a considerat că prin reducerea procentuală de 5% i-a fost încălcat dreptul subiectiv de a dispune de întreaga sumă nediminuată cu procentul de 5%, ce reprezintă 342.696,09 lei (din care 66.328,34 lei TVA) suma care nu i-a fost rambursată, iar aceasta a trebuit completată din bugetul local al Municipiului Deva. Ori, în contextual economic actual și raportat la faptul că bugetul Municipiului Deva este destul de mic, suma de 342.696,09 lei este foarte importantă și a trebuit să o plătească din bugetul propriu, tocmai acest fapt având un impact grav sub aspect economic asupra lucrărilor și proiectelor pe care le are în derulare pe raza municipiului.

În concluzie, consideră că raportat la cele de mai sus sunt întrunite cele două condiții legale ale suspendării, respectiv cazul bine justificat și paguba iminentă.

În cauză s-a încuviințat și s-a administrat proba cu înscrisuri, fiind depusă la dosar documentația care stă la baza actelor administrative atacate.

Analizând materialul probator administrat, prevederile legale incidente și susținerile părților, Curtea reține următoarele:

În fapt, în cadrul Programului Operațional Regional 2007-2013, reclamanta a încheiat cu pârâtul Contractul de finanțare nr. 2613/20.12.2011, cod SMIS 22127 pentru proiectul „Amenajare Piața Victoriei din municipiul Deva”.

În vederea executării lucrărilor prevăzute în acest proiect, s-a încheiat Contractul de achiziție publică nr. 47084/22.12.2011.

Ca urmare a cererii de rambursare nr. 5, Autoritatea de Management a POR, a aplicat o reducere procentuala de 5% în conformitate cu pct. 2.3 din Anexa la OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora Valoarea creanței bugetare rezultate din aplicarea corecției financiare este de 342.696,09 lei (din care 66.328,34 lei TVA).

Reclamanta a formulat contestație împotriva Notei de reducere emisă de către Autoritatea de Management POR, aceasta fiind respinsă prin Decizia nr. 48/27.06.2013 a cărei anulare se solicită prin prezenta acțiune.

Abaterea pentru care s-a aplicat corecția financiară constă în aceea ca în cadrul fișei de date a achiziției cap. V Capacitatea tehnică și/sau profesională, Informații privind capacitatea profesională, reclamanta, în calitate de autoritate contractantă a formulat cerința minima obligatorie:

Șef de șantier

- **Diploma studii superioare tehnice**
- **Certificat de absolvire Manager de Proiect.**

Autoritatea de Management a considerat ca această cerință încalcă prevederile art. 8 alin. (1) din HG nr. 925/2006 iar prin impunerea deținerii de către șeful de șantier, a certificatului de absolvirea cursurilor de manager de proiect, drept criteriu de calificare pentru demonstrarea capacității tehnice și profesionale, se încalcă prevederile art. 188 alin. (3) din OUG nr. 34/2006.

În drept, Curtea reține că, potrivit prevederilor art. 188 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, „*în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de lucrări, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea lucrărilor ce urmează să fie executate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:*

c) informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru execuția lucrărilor;”

În conformitate cu art. 8 din HG nr. 925/2006:

“Art. 8. - (1) *Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care:*

- a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;*
- b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.*

(2) Atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției. ”

Se reține și incidența prevederilor art. 178 alin. (1) O.U.G. nr. 34/2006, potrivit cărora „în cazul în care, pentru criteriile de natura celor prevăzute la art. 176 lit. c) și d), autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați, atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate, conform principiului transparenței, în cadrul anunțului de participare” la alin. (2) stipulându-se că „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire.”

Curtea constată că, prin impunerea drept criteriu de calificare pentru demonstrarea capacității tehnice și profesionale, deținerea de către șeful de șantier, a certificatului de absolvire a cursurilor de manager de proiect, s-au încălcat dispozițiile art. 188 alin.(3) din OUG nr.34/2006, precum și ale cu art. 8 alin. (1) din HG nr. 925/2006, întrucât cerința minimă solicitată nu prezintă relevanță pentru îndeplinirea contractului de lucrări, activitatea de dirigenție de șantier fiind distinctă de cea de management de proiect.

Cerința este nerelevantă și din perspectiva posibilității externalizării și asigurării de către un terț a activității de management de proiect, întrucât obiectivul achiziției îl reprezintă lucrările de construcții, fiind suficient ca șeful de șantier trebuie să dețină experiența și expertiza necesare pentru derularea lucrărilor la standardele de calitate solicitate prin proiect și în termenele stabilite prin contractul încheiat, în conformitate cu caietul de sarcini.

Curtea constată că, în mod corect s-a reținut ca fiind și un criteriu discriminatoriu față de acei ofertanți care nu dispun de personal atestat în management de proiect, întrucât activitatea principală a unei societăți de construcții o constituie execuția de lucrări și nu oferirea de consultanță în domeniul managementului de proiect.

În concluzie, prin impunerea acestui criteriu de calificare și selecție s-au încălcat principiile prevăzute de art.2 alin.(2) din O.U.G. nr. 34/2006, respectiv principiul nediscriminării și tratamentul egal, neasigurându-se astfel promovarea concurenței între operatorii economici.

În ceea ce privește susținerea reclamantei, în sensul că prin solicitarea prezentării certificatului de absolvire a unui curs de manager de proiect pentru șeful de șantier, autoritatea contractantă a dorit să se asigure că acesta cunoaște, în principiu, derularea unui proiect în conformitate cu rigurozitatea cerințelor unui proiect finanțat din fonduri europene, nu poate fi reținută, întrucât, în primul rând, explicația referitoare la această cerința minimă din fișa de date a achiziției, nu se regăsește în cuprinsul Notei justificative de stabilire a criteriilor de calificare și selecție, deși această obligație a autorității contractante este instituită de art. 8 alin (2) din H.G. 925/2006.

În al doilea rând, execuția lucrărilor în termenul și la nivelul calitativ solicitat nu are nicio legătură cu sursa de finanțare - fonduri europene - activitățile de lucrări, dirigenție de șantier, proiectare și asistență tehnică din partea - proiectantului fiind reglementate de legislația națională.

În ceea ce privește Ordinul ANRMAP nr. 509/2011, nu poate fi reținută susținerea reclamantei referitoare la aplicarea retroactivă a acestuia, întrucât ordinul nu constituie temeiul aplicării corecției financiare, acesta prezentând relevanță din perspectiva interpretărilor unor prevederi legale referitoare la criteriile de calificare și selecție prevăzute de O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006, criteriile fiind prevăzute de actele normative menționate la momentul inițierii procedurii de achiziție publică, respectiv luna august 2011 iar autoritățile contractante fiind obligate să le respecte și înainte de emiterea ordinului în discuție.

Este neîntemeiată critica reclamantei, în sensul că există și alte anunțuri publicate în SEAP de către alte entități, care au primit avizul ANRMAP pentru documentațiile publicate, prin care au solicitat nominalizarea unui manager de proiect.

Dincolo de faptul că avizarea de către ANRMAP a unor anunțuri ale altor autorități contractante referitoare la alte proceduri de achiziție publică nu poate fi luată în considerare în analiza legalității actelor atacate, Curtea reține că aspectul nu ar fi prezentat relevanță nici în cazul în care anunțul publicat în SEAP de către reclamantă ar fi primit avizul ANRMAP, întrucât, potrivit dispozițiilor art. 324 din HG nr.457/2008 privind cadrul instituțional de coordonare și de gestionare a instrumentelor structurale:

„(1) În cazul în care autoritatea de management consideră că au existat încălcări ale legislației comunitare sau naționale privind achizițiile publice, aceasta stabilește și aplică corecții financiare, în condițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

(2) În exercitarea atribuției prevăzute la alin. (1), autoritatea de management nu este condiționată în luarea deciziilor de activitățile desfășurate de ANRMAP și UCVAP potrivit dispozițiilor art. 322 și 323.”

Din analiza textului legal citat, rezultă că avizele ANRMAP nu împiedică și nu condiționează constatarea de către autoritatea de management a unor eventuale încălcări ale legislației comunitare sau naționale privind achizițiile publice și aplicarea corecțiilor financiare, în condițiile legii.

În concluzie, Curtea constată că reducerea procentuală de 5% aplicată reclamantei de către Autoritatea de Management a POR este justificată, întrucât prin impunerea cerinței deținerii de către șeful de șantier a certificatului de absolvire a cursurilor de manager de proiect, drept criteriu de calificare pentru demonstrarea capacității tehnice și profesionale, reclamanta, în calitate de autoritate contractantă a încălcat prevederile art. 188 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, precum și prevederile art. 8 alin. (1) din HG nr. 925/2006, cerința fiind, în mod evident, nerelevantă pentru îndeplinirea contractului de lucrări.

În ceea ce privește cererea de suspendare a executării deciziei atacate, Curtea reține că, din analiza prevederilor art. 14 și 15 ale Legii nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, rezultă că trebuie îndeplinite cumulativ următoarele condiții: prezența unui caz bine justificat și prevenirea unei pagube iminente.

Referitor la existența unui caz bine justificat, se impune precizarea că, potrivit art. 2 alin. (1) lit. t) Legea nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, cazurile bine justificate presupun împrejurări legate de starea de fapt și de drept care sunt de natură să creeze o îndoială serioasă în privința legalității actului administrativ.

În cazul de față, întrucât criticile de nelegalitate formulate de reclamantă nu au fost în măsură să răstoarne prezumția de legalitate a actelor contestate, din considerentele expuse anterior, cu atât mai mult nu pot constitui motive pentru reținerea unui caz bine justificat.

În ceea ce privește „paguba iminentă”, aceasta este definită de art. 2 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, ca fiind „prejudiciul material viitor și previzibil sau, dup caz, perturbarea previzibilă gravă a funcționării unei autorități publice sau a unui serviciu public.”

Așa cum rezultă din interpretarea prevederilor art. 14 din Legea nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, cerințele obligatorii pentru a se putea dispune suspendarea actului administrativ trebuie îndeplinite cumulativ, această măsură neputând fi dispusă de instanța de contencios administrativ dacă una dintre condiții nu este îndeplinită.

În cazul de față, întrucât Curtea a concluzionat că nu este îndeplinită cerința cazului bine justificat și că actele contestate sunt emise cu respectarea legii, ar fi de prisos a se trece la analiza cerinței pagubei iminente, având în vedere că și în ipoteza în care s-ar reține că executarea actului administrativ este de natură să producă reclamantei un prejudiciu viitor sigur și previzibil, măsura suspendării nu ar putea fi dispusă dacă nu există un caz bine justificat.

Pe de altă parte, reclamanta nu a probat paguba iminentă, limitându-se la susținerea potrivit căreia, în contextual economic actual și raportat la faptul că bugetul Municipiului Deva este destul de mic, suma de 342.696,09 lei este foarte importantă și a trebuit să o plătească din bugetul propriu, aceasta având un impact grav sub aspect economic asupra lucrărilor și proiectelor pe care le are în derulare pe raza municipiului, susținere nedovedită.

Din aceste considerente, Curtea, constatând că actele administrative au fost emise de pârât cu respectarea legii, va respinge acțiunea, în ansamblu, ca neîntemeiată.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Respinge acțiunea formulată de reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ A MUNICIPIULUI DEVA, cu sediul în Deva, jud. Hunedoara, reprezentată legal prin Primar - P.M, în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, cu sediul în Sectorul 5, București, reprezentat legal prin ministru L N D, ca neîntemeiată.

Cu recurs în termen de 5 zile de la comunicare, în ceea ce privește soluția pronunțată asupra cererii de suspendare și în termen de 15 zile de la comunicare, în ceea ce privește soluția pronunțată asupra acțiunii de anulare. Recursul se depune la Curtea de Apel București. Pronunțată în ședință publică, azi, 25.11.2013.

Dosar nr. 2329/2/2013

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 3422
Ședința publică din 06.11.2013

Pe rol fiind soluționarea acțiunii în contencios administrativ formulată de reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ MUNICIPIUL DEVA PRIN PRIMAR P.M în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, având ca obiect „anulare act administrativ”

Dezbaterile au avut loc în ședința publică de la 30.10.2013, fiind consemnate în încheierea de ședință de la acea dată, care face parte integrantă din prezenta hotărâre, dată la care Curtea, având nevoie de timp pentru a delibera, precum și pentru a da posibilitate reclamantei, la cererea reprezentantului său, să depună concluzii scrise la dosar, conform art. 396 alin.1 Cod procedură civilă, republicat, a amânat pronunțarea la data de 06.11.2013, când a pronunțat următoarea sentință:

CURTEA,

Deliberând asupra cauzei de contencios de contencios administrativ de față, constată următoarele: Prin cererea înregistrată pe rolul acestei instanțe sub nr. 2329/2/2013, reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul Deva în contradictoriu cu pârâtul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, a solicitat suspendarea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-92928/12.12.2012, privind contractul de finanțare nr. 718/28.05.2010, cod SMIS 11101, „Reabilitarea, modernizarea clădirilor și echiparea infrastructurii educaționale a Liceului Pedagogic „Sabin Drăgoi” Deva, emisă de pârât, precum și anularea notei menționate.

În motivarea în fapt a acțiunii, reclamanta a arătat că Municipiul Deva a încheiat contractul de finanțare nr. 718/28.05.2010 cod SMIS 11101, obținând finanțare nerambursabilă prin Programul Operațional Regional 2007- 2013, pentru proiectul „Reabilitarea, modernizarea clădirilor și echiparea infrastructurii educaționale a Liceului Pedagogic „Sabin Drăgoi” Deva.

În vederea depunerii proiectului s-a încheiat contractul de achiziție publică nr. 27805/21.09.2009 cu S.C. Keops Urban Proiect S.R.L. pentru servicii de proiectare faza PT+DE+PAC+CS, iar pentru executarea lucrărilor prevăzute în proiect s-a încheiat contractul nr. 2735/28.01.2011 cu S.C. Galaxy Const S.R.L.

Ca urmare a depunerii cererii de rambursare nr. 8, cerere de rambursare finală, în urma verificării procedurilor de achiziție publică, pârâtul, prin Direcția Generală de Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, a comunicat reclamantei Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare aferenta proiectului, prin care a dispus aplicarea corecției financiare de 5%, atât pentru contractul de servicii de proiectare cât și pentru contractul de execuție, rezultând un debit în valoare de 68.000,97 lei.

Reclamanta consideră că cele constatate nu sunt justificate, conform prevederilor legale valabile la data la care s-au făcut procedurile de achiziție publică.

Astfel, referitor la achiziția de servicii de proiectare faza PT+DE+PAC+CS, în prima parte se comunică faptul că prin solicitarea de îndeplinire a unor cerințe minime referitoare la derularea

unor contracte finanțate din fonduri europene, iar în concluzii, se precizează că „s-a constatat afectarea mediului concurențial prin participarea la procedura a 2 ofertanți cu oferte admisibile, ofertantul declarat câștigător având oferta cu prețul cel mai scăzut”.

În aceasta situație, consideră că este un criteriu restrictiv, autoritatea contractantă având obligația să se asigure de selectarea celui mai bun ofertant care prin documentația elaborată să conducă la obținerea finanțării proiectului ce se afla în pregătire.

În ceea ce privește achiziția de lucrări, pârâtul a apreciat că introducerea cerinței obligatorii potrivit căreia ofertantul nu trebuie să depășească un anumit procent de subcontractare, reprezintă o limitare cu privire la dreptul operatorului economic care participă la procedură și este în contradicție cu art. 45 din O.U.G. nr. 34/2006.

Reclamanta consideră că atât timp cât legea nu interzice impunerea unui procent de subcontractare și în baza experienței dobândite de Biroul Investiții din cadrul Primăriei Municipiului Deva, în momentul în care un ofertant subcontractează mai mult de 30% din valoarea contractului este afectată capacitatea ofertantului de a-și îndeplini obligațiile contractuale.

Mai mult, apreciază că prin corecția financiară de 5% aplicată prin actul contestat i-a fost încălcat dreptul subiectiv de a dispune de întreaga sumă nediminuată cu procentul de 5%, ce reprezintă 68.000,97 lei, sumă care nu îi va fi rambursată, iar aceasta ar trebui completată din bugetul local al Municipiului Deva.

În drept, au fost invocate dispozițiile Legii nr. 554/2004. Prin întâmpinarea formulată în cauză, pârâtul a solicitat respingerea acțiunii ca neîntemeiată. Prin încheierea pronunțată în ședința publică din 19.06.2013, Curtea a respins ca neîntemeiată cererea de suspendare a executării Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA- 92928/12.12.2012, pentru motivele reținute în considerentele încheierii.

În ceea ce privește cererea de anulare, analizând actele și lucrările dosarului, în raport de obiectul cererii de chemare în judecată și de temeiurile de drept incidente în cauză, Curtea reține următoarele:

Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA- 92928/12.12.2012, Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, a aplicat reclamantei o corecție financiară de 5% atât pentru contractul de servicii de proiectare cât și pentru contractul de execuție, rezultând un debit în valoare de 68.000,97 lei.

În urma verificărilor efectuate, echipa de control a constatat că pentru achiziția de servicii proiectare faza de PT+DE+PAC+CS, reclamanta a solicitat ofertanților îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la derularea unor contracte finanțate din fonduri europene. Astfel, prin fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a stabilit la pct. III. 4 „Documente care dovedesc capacitatea tehnică și/sau profesională - experiența similară: ofertantul va face dovada că în ultimii 3 ani împliniți la data termenului limită pentru depunerea ofertei a finalizat cu succes un contract de prestări servicii proiectare tehnică similar obiectului contractului ce va fi atribuit de minim 50.000,00 lei, în cadrul unui proiect pentru care instituția beneficiară a obținut acceptarea unei finanțări nerambursabile din fonduri europene.”

De asemenea, pentru achiziția de lucrări, prin fișa de date a achiziției, reclamanta a introdus următoarea cerință obligatorie: „Nu se poate subcontracta mai mult de 30% din valoarea contractului sub sancțiunea descalificării ofertei în caz contrar.”

Cu privire la achiziția de servicii de proiectare faza PT+DE+PAC+CS, pentru care reclamanta a solicitat îndeplinire unor cerințe minime referitoare la derularea unor contracte finanțate din fonduri europene, Curtea reține că potrivit art. 178 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006, forma în vigoare la data atribuirii contractului de servicii, „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire.”

Conform art. 179 din același act normativ, „Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit. În acest sens, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestora.”

În raport de prevederile legale menționate, demonstrarea experienței similare printr-un contract prestat în cadrul unor proiecte finanțate din fonduri europene, reprezintă o cerință restrictivă, având în vedere faptul că serviciile prestate trebuie să respecte legislația în materie, indiferent de sursa de finanțare a lucrărilor.

Mai mult, demonstrarea experienței similare în susținerea exercitării capacității de implementare a proiectului pentru personalul specializat nu trebuie să fie determinată de natura sursei de finanțare ci de abilitățile persoanelor implicate, de competențele probate ale acestora și, nu în ultimul rând, de experiența individuală a fiecăruia.

În cauză, prin solicitarea de îndeplinire a unor cerințe minime referitoare la derularea unor contracte finanțate din fonduri europene, nu s-au asigurat condițiile de manifestare a concurenței reale, având în vedere că numai ofertanții care în ultimii 3 ani au derulat cel puțin un contract care să fi fost finanțat din sursa indicată exclusiv de reclamantă, au avut posibilitatea de a depune oferte în cadrul procedurii de achiziție.

În consecință, prin impunerea unor cerințe minime referitoare la derularea unor contracte finanțate din fonduri europene, reclamanta a restricționat participarea operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului de servicii, stabilind limite care nu prezintă relevanță față de natura și complexitatea contractului ce urma să fie atribuit, în raport cu prevederile art. 8 alin. 1 lit. a din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În ceea ce privește introducerea cerinței obligatorii potrivit căreia ofertantul nu trebuie să depășească un anumit procent de subcontractare, Curtea reține că potrivit art. 45 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006, „Fără a i se diminua răspunderea în ceea ce privește modul de îndeplinire a viitorului contract de achiziție publică, ofertantul are dreptul de a include în propunerea tehnică posibilitatea de a subcontracta o parte din contractul respectiv.”

Alin. 2 al aceluiași articol stabilește că „în cazul în care autoritatea contractantă solicită, ofertantul are obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși.”

Aceste dispoziții sunt în concordanță cu prevederile art. 25 din Directiva 2004/18/EC, conform căroră, „în caietul de sarcini, autoritatea contractantă poate solicita sau poate fi obligată de un stat membru să solicite ofertantului să indice, în oferta sa, partea din contract pe care intenționează să o subcontracteze unor terți, precum și subcontractații propuși. Această precizare nu aduce atingere aspectului responsabilității operatorului economic principal.”

În conformitate cu dispozițiile legale menționate, autoritatea contractantă are numai dreptul de a cunoaște ce parte din contract este subcontractant, fără ca introducerea unui subcontractant să conducă la modificarea propunerii tehnice și financiare inițiale.

Pe de altă parte, legislația în domeniul achizițiilor publice prevede că autoritatea contractantă ar fi putut impune o astfel de cerință numai în condițiile arătate de art. 8 alin. 2 din H.G. nr. 925/2006, respectiv, atunci când se impun cerințe minime de calificare, cu condiția de a fi motivată introducerea acestei cerințe prin elaborarea unei note justificative care să cuprindă motivele care au stat la baza impunerii acestor cerințe minime.

În speță, Nota justificativă nr. 24262/17.08.2009 nu cuprinde detalierea motivelor avute în vedere la impunerea unui anumit procent în legătură cu subcontractarea, astfel că, prin stabilirea acestei cerințe, reclamanta a acționat în mod discreționar, limitând participarea operatorilor economici la procedura de achiziție, contrar principiilor mai sus enunțate.

Curtea nu poate primi susținerile reclamantei vizând nelegalitatea Notei de constatare urmare a intrării în vigoare a O.G. nr. 14/2013, având în vedere că prevederile ordonanței reglementează o procedură prin care creanțele bugetare rezultate din corecțiile financiare se suportă de la bugetul de stat prin bugetul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, în condițiile prevăzute de art. 2 și 3 din ordonanță.

În situația în care reclamanta ar îndeplini condițiile prevăzute de art. 2 și 3 din O.G. nr. 14/2013, în cauză s-ar aplica dispozițiile art. 4 alin. 3 din ordonanță, însă aceste măsuri nu relevă asupra legalității actelor prin care s-au stabilit creanțele în cauză.

Mai mult reclamanta nu a făcut dovada ca a solicitat, în baza O.G. nr. 14/2013 suportarea de la bugetul de stat a sumelor aferente corecțiilor financiare stabilite în sarcina sa prin Nota de aprobare a cheltuielilor eligibile nr. 92928/12.12.2012.

Pentru considerentele expuse, reținând legalitatea și temeinicia Notei de constatare nr. CA-92928/12.12.2012, Curtea va respinge acțiunea ca neîntemeiată.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Respinge acțiunea formulată de reclamanta **UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ MUNICIPIUL DEVA PRIN PRIMAR**, cu sediul în Deva, Județul Hunedoara, în contradictoriu cu pârâtul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE**, cu sediul în București, ca neîntemeiată.

Cu recurs la înalta Curte de Casație și Justiție în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, azi 6.11.2013.

Dosar nr. 10497/99/2012

CURTEA DE APEL IAȘI
SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIE Nr. 4780/2013
Ședința publică de la 04 Decembrie 2013

Pe rol fiind judecarea cauzei contencios administrativ și fiscal privind pe recurentul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice în contradictoriu cu intimat Unitatea Administrativ Teritorială a Județului Iași, având ca obiect anulare act administrativ, recurs declarat împotriva sentinței nr. 2715/CA/2013 pronunțată de Tribunalul Iași.

La apelul nominal făcut în ședința publică, lipsesc părțile. Procedura de citare a părților este legal îndeplinită. S-a făcut referatul cauzei de către grefier care învederează instanței că dezbaterile au avut loc în ședința publică din data de 29.11.2013, susținerile părților fiind consemnate în încheierea de ședință din acea zi, care face parte integrantă din prezenta hotărâre și când, din lipsă de timp pentru deliberare, instanța a amânat pronunțarea la data de astăzi 4.12.2013, când:

CURTEA DE APEL,

Asupra recursului de față, Prin sentința nr. 2715/2013, Tribunalul Iași a admis cererea de chemare în judecată formulată de reclamantul Unitatea Administrativ Teritorială a Județului Iași în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția de Control și verificare a utilizării de fonduri comunitare, a anulat Decizia nr.70/08.05.2012 și Nota de constatare nr.CA 18035/09.03.2012 emise de pârâtă, a exonerat reclamantul de la plata corecției financiare stabilite prin Nota de constatare nr.CA 18035/09.03.2012 emisă de pârâtă, cu consecința restituirii sumelor deja reținute cu acest titlu.

Pentru a pronunța această soluție, prima instanță a reținut că prin Nota de constatare nr. CA 18035/09.03.2012 s-a reținut în sarcina reclamantei că a încălcat prevederile art.199 alin.3 din OUG nr.34/2006 și art. 14 alin.2 din HG nr.925/2006 întrucât la atribuirea contractului de achiziție publică încheiat cu SC EXPERT PROIECT 2002 SRL nr.7258/21.09.2007 nu respectat principiile transparenței, prin includerea în documentația de atribuire a unor factori de evaluare pentru propunerea tehnică, ce nu asigură o informare completă, corectă și exactă. Pentru factorii de evaluare „Descrierea activităților prestate; descrierea metodologiei de elaborare a proiectului” și „Durata de realizare a proiectului” s-a prezentat doar punctajul de către autoritatea contractantă, fără a exista precizări legate de acordarea punctajului pentru fiecare cerință, nefiind posibilă verificarea modului de punctare a ofertanților. La aplicarea corecției de 5% din valoarea financiară a contractului (finanțat cu fonduri europene în baza contractului nr.43/26.06.2009) s-a avut în vedere că la procedura de achiziție publică s-a înscris și a participat doar un singur ofertant.

Tribunalul a considerat că Nota de constatare nr.CA18035/09.03.2013, precum și Decizia nr.70/08.05.2012 prin care pârâta a respins contestația administrativă formulată de reclamantă, sunt nelegale deoarece verificările și constatările efectuate în baza OUG nr.66/2011, precum și corecția aplicată cu titlu de sancțiune reclamantei încalcă principiul neretroactivității legii civile reglementat de art. 15 alin.2 din Constituția României (Legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile).

OUG nr.66/2011 a intrat în vigoare la data de 30.06.2011, iar procedura de achiziție publică privind contractul nr.7258/21.09.2007 încheiat între reclamantă și SC EXPERT PROIECT 2002 SRL se încheiasse la data intrării în vigoare a actului normativ, la aceeași dată fiind încetate și efectele contractului ca urmare a îndeplinirii obiectului său. (art.6.1 din contract prevede o durată de 30 de

zile de la data constituirii garanției de bună execuție, iar această obligație de plată trebuia îndeplinită în termen de 2 zile de la semnarea contractului, conform art.7.1 din contract, data încetării efectelor contractului fiind reglementată de art.6.2 din contract).

Aplicarea sancțiunii - cu titlu de corecție - în baza OUG nr.66/2011, punctul 2, subpunctul 2.3 din Anexa încalcă principiul neretroactivității legii civile reglementat de art. 15 alin.2 din Constituția României, la data verificării și constatării aspectelor imputate prin Nota de constatare, precum și la data aplicării corecției, procedura de achiziție publică în baza căreia s-a încheiat contractul nr.7258/21.09.2007, precum și raportul juridic născut în baza contractului constituind *facta praeterita*, context în care legea nouă reprezentată de OUG nr.66/2011 nu li se putea aplica, raportul juridic încetându-și efectele anterior intrării în vigoare a acesteia.

În consecință, Tribunalul a reținut că sancțiunea aplicată reclamantei nu respectă principiul legalității datorită aplicării cu caracter retroactiv a unei dispoziții civile ce nu era în vigoare la momentul derulării procedurii de achiziție publică, precum și în perioada în care raportul juridic generat de contractul nr.7258/21.09.2007 a produs efecte juridice, încălcarea principiului constituțional al neretroactivității legii civile atrăgând nelegalitatea atât a notei de constatare, cât și a deciziei prin care reclamantei i-a fost respinsă contestația administrativă.

De asemenea, chiar dacă s-ar reține că dispozițiile OUG nr.66/2011 ar fi incidente cauzei, sancțiunea aplicată reclamantei cu titlu de corecție a fost apreciată de prima instanță neîntemeiată deoarece corecția a fost justificată în baza OUG nr.66/2011, punctul 2, subpunctul 2.3 din Anexa, care prevede sancționarea pentru: „Aplicarea unor criterii de calificare și selecție sau a unor factori de evaluare nelegali” or, reclamantei nu i s-a imputat prin Nota de constatare nr.CA 18035/09.03.2012 includerea în procedura de achiziție publică a unor factori de evaluare nelegali ci faptul că 2 factori nu asigurau o informare completă, corectă și exactă, aceștia nefiind considerați nelegali ci insuficient explicitați în ceea ce privește procedura și regulile de punctare.

Or, factorii de evaluare nelegali (care încalcă în mod expres anumite dispoziții legale) nu sunt identici și nu se confundă cu factorii de evaluare legali, dar care au fost insuficient explicitați, motivul sancționării reclamantei neavând nici cea mai mică legătură cu temeiul sancțiunii, respectiv punctul 2, subpunctul 2.3 din Anexa la OUG nr.66/2011.

Lecturarea abaterilor sancționate prin Anexa la OUG nr.66/2011 relevă că aspectele imputate reclamantei puteau fi sancționate, dacă erau reale și legale, cu o corecție de 25%, respectiv 10%, în baza punctului 2, subpunctul 2.1 sau 2.4 din Anexa la OUG nr.66/2011, abaterea reținută în sarcina reclamantei neavând nici o legătură cu aspectele punctuale imputate, fapt ce relevă vădita netemeinicie a sancțiunii aplicate cu titlu de corecție și, implicit, nelegalitatea celor 2 acte administrative contestate. Apărările pârâtei în ceea ce privește neretroactivitatea dispozițiilor OUG nr.66/2011 nu pot fi reținute, această având un caracter vădit neîntemeiat, iar în ceea ce privește sancțiunea aplicată aceasta este evident nelegală și netemeinică întrucât nu are nici o legătură cu aspectele imputate reclamantei. Împotriva acestei sentințe a declarat recurs în termen Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice (MDRAP), în baza art. 20 din Legea 554/2004 și art. 304 ind. 1 Cod pr.civ., criticând-o pentru motive de nelegalitate și netemeinicie.

În motivarea cererii de recurs, recurenta a invocat următoarele: OUG 66/2011 are aplicabilitate în cauză. Potrivit prevederilor art. 66 din OUG 6/2011, activitățile de constatare a regulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în urare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor OG 79/2003. Ca atare, legea veche ar fi aplicabilă în speță numai în situația în care controlul ar fi deja început la data intrării în vigoare a OUG 66/2011. Indiferent de momentul identificării neregulilor în utilizarea fondurilor europene sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, încălcarea legii se sancționează. Abaterile de la

prevederile legislației naționale și comunitare sunt sancționate în baza legii specifice aplicabile la data efectuării controlului, însă calificarea abaterii se realizează prin raportare la dispozițiile legale incidente la momentul la care faptele și actele juridice s-au produs. Având în vedere că efectuarea controlului s-a făcut ulterior intrării în vigoare a OUG 66/2011, apreciază că doar acest act normativ poate fi aplicabil în speță. Dacă controlul s-ar fi efectuat sub incidența vechii reglementări legale, OG 79/2003, întreaga sumă decontată de autoritatea contractantă devenea neeligibilă și asupra ei în integralitate se putea emite un titlu de creanță (corecția era de 100%). Aplicarea dispozițiilor vechi a generat stabilirea unor debite excesive în sarcina beneficiarilor fondurilor europene, inclusiv a instituțiilor publice finanțate de la bugetul de stat ca urmare a restituirii integrale a sumelor de care au beneficiat. Art. 2 lit. n din OUG 66/2011 consacră principiul proporționalității, care și-a găsit exprimarea concretă în prevederile Anexei 1 a OUG 66/2011, în care sunt stabilite procentual corecțiile fiscale, pentru fiecare abatere constatată.

Cu referire la principiul neretroactivității legii fiscale, recurenta arată că normele fiscale au un caracter imperativ, ceea ce face ca normele să se înscrie în situațiile juridice obiective, astfel încât aplicarea unor corecții fiscale mai favorabile reglementate de legea nouă unor nereguli consumate sub imperiul legii vechi nu încalcă principiul constituțional al neretroactivității sau pe cel al legalității consacrat în materie fiscală.

În prezenta cauză, posibilitatea aplicării corecțiilor financiare sau a declarării neeligibilității în cazul nerespectării de către beneficiar a legislației în domeniul achizițiilor publice a fost prevăzută de art. 14 al.1 și 9 și 9 al.22 din contractul de finanțare. Recurenta mai invocă, referitor la aplicabilitatea art. 2.3. din OUG 66/2011, că instanța de fond i-a încălcat dreptul la apărare. Intimata reclamantă nu a invocat nici în contestația administrativă și nici în cererea de chemare în judecată faptul că sancționarea sa în baza pct. 2.3. al Anexei ar fi eronată. Instanța de fond a invocat acest argument doar în considerentele sentinței, fără a pune în discuție acest motiv de nelegalitate, motiv pentru care nu a putut formula apărări pe acest aspect.

Intimata a depus concluzii scrise prin care a solicitat respingerea recursului. În fața instanței, a invocat nulitatea recursului pentru nemotivare. În această fază procesuală nu au fost administrate alte probe. Recursul este nefondat, acțiunea reclamantului fiind corect admisă, dar pentru considerentele ce urmează: Recursul nu este nul, motivele invocate de recurentă, privind interpretarea greșită de către prima instanță a legii incidente, încălcarea dreptului său la apărare prin nepunerea în discuția părților a tuturor împrejurărilor pe care și-a bazat argumentația și pronunțarea unei soluții netemeinice încadrându-se în dispozițiile art. 304 pct. 5, 9 și 304 ind 1 Cod pr.civ. Nici unul dintre aceste motive însă nu pot fi reținute, față de următoarele: Curtea reține că recurenta pârâtă a întocmit Nota de constatare nr. CA 18035/09.03.2012 și Decizia nr.70/08.05.2012 (prin care pârâta a respins contestația administrativă formulată de reclamantă).

Prin Nota de constatare s-a reținut în sarcina reclamantei că a încălcat prevederile art. 199 alin.3 din OUG nr.34/2006 și art. 14 alin.2 din HG nr.925/2006 întrucât la atribuirea contractului de achiziție publică încheiat cu SC EXPERT PROIECT 2002 SRL nr.7258/21.09.2007 nu respectat principiile transparenței, prin includerea în documentația de atribuire a unor factori de evaluare pentru propunerea tehnică, ce nu asigură o informare completă, corectă și exactă. Pentru factorii de evaluare „Descrierea activităților prestate; descrierea metodologiei de elaborare a proiectului” și „Durata de realizare a proiectului” s-a prezentat doar punctajul de către autoritatea contractantă, fără a exista precizări legate de acordarea punctajului pentru fiecare cerință, nefiind posibilă verificarea modului de punctare a ofertanților. S-a aplicat o corecție financiară de 5% din valoarea financiară a contractului (finanțat cu fonduri europene), avându-se în vedere că la procedura de achiziție publică s-a înscris și a participat doar un singur ofertant. Sancțiunea a fost întemeiată pe dispozițiile art. 2.3. din Anexa la OUG 66/2011.

Referitor la aplicabilitatea OUG 66/2011 în cauză, Curtea observă că reclamanta a încheiat contractul de finanțare 431/2009 și că neregulile constatate au privit documentația de atribuire din cadrul procedurii de atribuire a contractului 7253/2007. Controlul a fost început la 17.02.2012 și s-a derulat până la 27.02.2012, nota de constatare fiind emisă la 9.03.2012. Se constată așadar că presupusele nereguli s-au săvârșit anterior OUG 66/2011, în perioada în care era incidentă OG 79/2003, iar controlul s-a demarat și încheiat sub imperiul OUG 66/2011. Mai trebuie precizat că, sub imperiul vechii reglementări, organul de control, în situația în care determina o neregulă în derularea unui contract încheiat de beneficiari cu terți, nu avea ca variantă decât declararea ca neeligibilă a întregii valori a contractului, indiferent de gravitatea abaterii. Pe de altă parte, OUG 66/2011 a adus reguli menite a permite organului de control aplicarea de corecții în funcție de natura și gravitatea faptelor constatate, circumstanțierea împrejurărilor și proporționalitatea măsurilor, formând baza unui nou sistem de control.

Totodată, OUG 66/2011 conține atât norme de procedură fiscală, cât și norme de fond. În privința normelor procedurale, acestea sunt de imediată aplicare, indiferent de momentul în care s-a încheiat contractul de finanțare sau de data la care s-au întâmplat faptele constatate. Prin urmare, procedurile urmate de organul de control care au condus la emiterea notei de constatare și ulterior a deciziei de soluționare a contestației sunt legale.

Ca atare, principiul neretroactivității se impune a fi analizat sub aspectul normelor de fond, nu de procedură, reglementate de OUG 66/2011, în concret referitor la aplicarea acestui act normativ la constatarea condițiilor neregulii și la aplicarea corecțiilor financiare. Pentru respectarea acestui principiu, calificarea abaterii nu se poate realiza decât prin raportare la dispozițiile legale incidente la momentul la care faptele și actele juridice s-au produs.

În ceea ce privește însă aplicarea corecțiilor financiare, Curtea observă că ne aflăm în domeniul normelor dreptului fiscal (aspect rezultat din analiza actelor normative incidente, fie OG 79/2003, fie OUG 66/2011, care reglementează emiterea de acte privind creanțele bugetare) și că în acest domeniu este aplicabil principiul aplicării sancțiunii mai favorabile, sancțiune reglementată evident de OUG 66/2011. Pentru a se ajunge la această concluzie, Curtea reține că în materie sunt aplicabile prioritar, tot potrivit legii constituționale românești, dispozițiile dreptului comunitar, or, art. 2 al.2 din Regulamentul 2998/18.12.1995 privind protecția intereselor financiare ale UE s-a statuat că: „Nici o sancțiune administrativă nu poate fi impusă în absența unor dispoziții în acest sens prevăzute într-un act comunitar emis anterior abaterii respective. În cazul modificării ulterioare a dispozițiilor care impun sancțiuni administrative și care sunt incluse în normele comunitare, se aplică retroactiv dispozițiile mai favorabile”. Această interpretare se impune cu atât mai mult cu cât, chiar sub imperiul OG 79/2003, ICCJ, într-o decizie de speță, a considerat excesivă, chiar abuzivă, aplicarea sancțiunii reglementate de această ordonanță (declararea neeligibilă a întregii sume), dând prioritate aceluiași regulament comunitar pentru consacarea dreptului autorității de apreciere asupra sancțiunii în funcție de toate circumstanțele cauzei.

Față de aceste considerente, Curtea apreciază cu principiul aplicării corecțiilor din 66/2011, și nu a sancțiunilor mai grave din OG 79/2003, pentru abaterile comise anterior OUG 66/2011, dar constatate ulterior, este corect. Analizând condițiile pe care trebuie să le îndeplinească o neregulă pentru a atrage o sancțiune, raportat la speța în cauză, se constată că organul constator a observat că lamentația de atribuire nu conținea date clare și transparente, anume că pentru factorii de evaluare „Descrierea activităților prestate: descrierea metodologiei de elaborare a proiectului” și „Durata de realizare a proiectului” din cadrul documentației de atribuire s-a prezentat doar punctajul de către autoritatea contractantă, fără a exista precizări legate de acordarea punctajului pentru fiecare cerință.

În contestația sa, reclamanta artă că a întocmit nota justificativă privind alegerea criteriului de atribuire și de stabilire a factorilor de evaluare și a ponderii acestora în vederea atribuirii contractului conform Ghidului Solicitantului, factorii de evaluare fiind detaliați atât în fișa de date a achiziției, cât și în Caietul de sarcini. Împotriva acestora, nu au fost formulate obiecțiuni sau contestații și nu s-au solicitat clarificări. Calculul punctajului tehnic s-a efectuat de comisia de evaluare pe baza aprecierii obiective efectuate de membrii acesteia, apreciere care s-a raportat la prevederile caietului de sarcini. A susținut reclamanta că în caietul de sarcini au fost puse la dispoziția ofertanților metodologia de elaborare a proiectului și adaptare a Studiului de fezabilitate conform conținutului cadru, recomandări privind elaborarea analizei cost beneficiu și a modului de realizare a expertizei tehnice. Aceste elemente au fost cuprinse în factorul de evaluare. La factorul durată de realizare, autoritatea a precizat elementele punctate: programare, eșalonare, durata activităților, resursele umane utilizate și gradul de utilizare. Autoritatea a prezentat pentru factorii detaliați doar punctajul maxim. Consideră reclamanta că prin utilizarea acestor criterii nu s-a restricționat participarea la procedura de atribuire și nici posibilitatea ofertanților de a demonstra îndeplinirea acestora.

Față de aceste apărări invocate în contestație, Curtea constată că potrivit art. 2 din OG 79/2003, neregula reprezintă orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile legale naționale și/sau comunitare, precum și cu prevederile contractelor ori ale altor angajamente legale încheiate în baza acestor dispoziții, care prejudiciază bugetul general al Comunității Europene și/sau bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, precum și bugetele din care provine cofinanțarea aferentă printr-o cheltuială necuvenită. În fapt, autoritatea contractantă a prevăzut pentru anumiți factori de evaluare din documentația de atribuire (cei indicați de organul de control) doar punctajul maxim, fără alte detalii, deși obligația sa era de a indica ponderea relativă a acestora și algoritmul de calcul, conform art. 119 din OUG 34/2006.

Curtea constată că neinclusiunea de către autoritatea contractantă în documentația de atribuire a unor factori de evaluare pentru propunerea tehnică care să asigure o informare completă, corectă și exactă, reprezintă o încălcare a principiului transparenței reglementat de OUG 34/2006, dar nu și o neregulă în sensul art. 2 din OG 79/2003, cât timp nu există un prejudiciu adus bugetului CE.

În condițiile în care organul fiscal nu a prezentat sau motivat un astfel de prejudiciu, Curtea are în vedere faptul că în cadrul procedurii a participat un singur ofertant, astfel încât rezultatul final al procedurii nu a fost influențat. De asemenea, faptul că nu au existat contestații la documentația de atribuire sau cereri de clarificare a acesteia denotă că nu s-a restricționat participarea altor ofertanți la procedură. Prin urmare, nu s-a conturat; nici un prejudiciu adus bugetului Uniunii.

Față de acestea, soluția de admitere a acțiunii reclamantei și de anulare a actelor emise este temeinică și legală. Ca atare, motivele prevăzute de art. 304 pct. 9 și 304 ind.1 Cod pr.civ, nu sunt fondate. În ceea ce privește motivul de recurs de la art. 304 pct.5, privind nerespectarea dreptului la apărare prin reținerea în considerare a unor aspecte ce nu au fost mai întâi puse în discuție părților, față de modificarea considerentelor de către Curte, acest motiv nu mai are incidență.

În consecință, în baza art. 312 Cod pr.civ, Curtea va respinge recursul formulat.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII DECIDE:

Respinge recursul formulat de recurentul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice împotriva sentinței nr. 2715/CA/2013 a Tribunalului Iași, sentință pe care o menține.

Irevocabilă. Pronunțată în ședința publică azi 04.12.2013.

Dosar nr. 6/43/2013

CURTEA DE APEL TÂRGU MUREȘ
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA nr. 348
Ședința publică din 17 Octombrie 2013

Pe rol pronunțarea asupra acțiunii în contencios administrativ formulată de reclamantul MUNICIPIUL TÂRGU MUREȘ, cu sediul în Târgu Mureș, județul Mureș, în contradictoriu cu pârâtul GUVERNUL ROMÂNIEI - MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI cu sediul în București, pentru anularea Deciziei nr.233/12.12.2012 emisa de pârât.

În lipsa părților. S-a făcut referatul cauzei după care se constata că susținerile părților și dezbaterile au fost consemnate în încheierea de ședința din 10 octombrie 2013, când s-a amânat pronunțarea cauzei pentru data de azi 17 octombrie 2013, încheiere ce face parte integrantă din prezenta hotărâre.

CURTEA DE APEL

Prin cererea în contencios administrativ înregistrată pe rolul Curții de Apel Târgu Mureș la data de 8 ianuarie 2013, reclamantul Municipiul Târgu Mureș prin reprezentant legal Primar F D, a solicitat ca prin hotărârea ce se va pronunța în contradictoriu cu pârâtul Guvernul României, Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, să se dispună admiterea acțiunii, anularea deciziei nr. 233 din 12.12.2012 emisă de pârât prin Comisia de soluționare a contestației, numită prin Ordinul ministrului dezvoltării regionale și turismului nr. 2340 din 26.10.2012, exonerarea sa de la plata sumelor stabilite prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare emisă de pârât la data de 15.10.2012 sub nr. CA - 76566 aferentă proiectului COD SMIS 28213 cu titlul "Achiziție lucrări de modernizare rețea stradală a unui număr de 19 străzi din Municipiul Tg. Mureș, tranșa I, cuprinse în Planul Integrat de Dezvoltare Urbană a municipiului Tg. Mureș " și menținute prin decizia a cărei anulare o solicita, și, pe cale de consecință, achitarea către UAT Municipiul Tg. Mureș a sumelor reținute ca urmare a reducerii de 25% aplicată prin aceste acte sumelor achitate la cererile de rambursare nr. 1 și 3 precum și deblocarea plăților aferente cererii de rambursare nr. 2; cu cheltuieli de judecată.

În motivare, reclamantul a arătat că în opinia sa, în cauza, sunt incidente prevederile art.20 al.3 lit. a și 7 lit. a din OUG nr. 66/2011, astfel că, Direcția Control și Verificare Fonduri Comunitare nu era competenta să constate neregulile și să stabilească creanțele bugetare, aceasta competență revenindu-i Ministerului Finanțelor Publice. În sprijinul acestei susțineri invoca și prevederile art.2 lit. g din OUG nr.66/2011, coroborate cu cele ale art.5 al. 1-3 și 3/1 din OUG nr.64/2009 și art.2 pct.4 din Regulamentul CE nr. 1083/2006 al Consiliului din 11.07.2006.

În al doilea rând, a învederat reclamantul faptul că, în opinia sa prevederile OUG nr. 66/2011 nu sunt incidente în speța de față întrucât procedura supusă controlului a fost începută anterior apariției OUG nr. 66/2011, întrucât contractul de finanțare nr. 1589/06.05.2011 asupra unei documentații de atribuire publicata în SE AP în data de 22.06.2011, în baza căruia s-a încheiat contractul de lucrări nr. 375/09.11.2011.

În ceea ce privește fondul actului contestat, a considerat reclamantul că organul de constatare a dat o interpretare eronată dispozițiilor legale referitoare la neregulile săvârșite în obținerea și utilizarea fondurilor europene.

Reclamantul a arătat că potrivit dispozițiilor art.2 al (1) din O.U.G. nr. 66/2011: "În sensul prezentei ordonanțe de urgență, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:

a) neregulă - orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o suma plătită necuvenit; Potrivit dispozițiilor art.2 pct.7 din Regulamentul CE nr. 1083/2006 al Consiliului din 11.07.2006: „neregularitate”: orice încălcare a unei dispoziții a dreptului comunitar care rezultă dintr-un act sau dintr-o misiune a unui operator economic care are sau ar putea avea ca efect un prejudiciu la adresa bugetului general al Uniunii Europene printr-o cheltuială necorespunzătoare.

A mai învederat reclamantul că autoritatea contractantă nu consideră că a restricționat prin introducerea acestei cerințe în Fișa de Date a Achiziției participarea la procedura de atribuire se specifică posibilitatea ofertantului de a demonstra capacitatea economico-financiară și tehnico profesionala invocând susținerea acordată de către o terță persoană.

A arătat reclamantul că oferta depusă de SC VEL SERVICE SRL a fost declarată inacceptabilă deoarece nu îndeplinea mai multe cerințe de calificare și nu numai pentru neîndeplinirea cerinței referitoare la personalul calificat. În ceea ce privește neîndeplinirea cerinței referitoare la personalul calificat, autoritatea contractantă a declarat inacceptabilă oferta societății SC VEL SERVICE SRL nu pentru faptul că societatea nu avea angajați 90 de muncitori calificați pe diferite lucrări de drumuri ci pentru faptul că această cerința nu era îndeplinită nici de terțul susținător.

A mai subliniat reclamantul că la evaluarea ofertelor membrii comisiei de evaluare au luat în considerare susținerea acordată de SC EUROCONSTRUCT SRL în calitate de terț susținător, dar nici prin punerea în comun a resurselor celor două societăți, ofertantul nu îndeplinește condiția referitoare la personalul calificat.

În ce privește, respectarea prevederilor art.8 din H.GR. nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare, reclamantul a menționat că nu a solicitat cerințe care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit. Natura contractului și complexitatea acestuia justifică impunerea unor cerințe de calificare referitoare la demonstrarea potențialului tehnic și organizatoric a operatorilor economici astfel încât operatorul declarat câștigător să poată îndeplini contractul.

A susținut reclamantul faptul că, solicitarea celor 90 de muncitori calificați în diferite lucrări de drumuri este relevantă având în vedere faptul că lucrările începeau conform documentației de atribuire pe 5 șantiere simultan în vederea finalizării proiectului în timp util, conform Graficului de execuție anexă la Contractul de lucrări încheiat.

Pârâțul a depus întâmpinare prin care a invocat excepția lipsei de interes a capătului de cerere privind anularea deciziei nr. 233/12.12.2012, iar pe fond a solicitat respingerea ca neîntemeiată a acțiunii în motivarea excepției lipsei de interes, pârâțul a arătat că acțiunea formulată de reclamant privește doar anularea deciziei menționate iar nu a notei de constatare, act ce constituie titlul de creanță, astfel că acțiunea promovată este lipsită de interes.

A mai învederat pârâțul că aspectele de nelegalitate ale actului administrativ atacat sunt nefondate.

Examinând actele și lucrările dosarului, instanța retine următoarele:

Asupra excepției lipsei de interes, pârâtul susține, în esență, că atât timp cât reclamantul a înțeles să solicite anularea doar a Deciziei nr. 233/12.12.2012, iar nu și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, cererea dedusă judecătii este lipsită de interes.

Instanța reține că potrivit celor expuse în cuprinsul cererii de chemare în judecată, reclamantul a solicitat implicit și anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-76566/15.10.2012 emisă de pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice.

În acest sens, instanța are în vedere că reclamantul a formulat un petit complex prin care a solicitat expres anularea Deciziei nr. 233/12.12.2012, precum și exonerarea sa de plata sumelor stabilite prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-76566/15.10.2012. De asemenea, în motivarea în fapt a cererii deduse judecătii, reclamantul a invocat motive de nelegalitate ale Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-76566/15.10.2012.

Față de cele expuse, instanța constată că reclamantul a criticat efectiv atât Decizia nr. 233/12.12.2012, cât și Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-76566/15.10.2012, astfel că reclamantul justifică un interes legitim, născut și actual personal și direct în soluționarea prezentei cauze, urmând a respinge excepția lipsei de interes ca neîntemeiată.

Asupra fondului, instanța are în vedere că prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-76566/15.10.2012 emisă de pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice (filele 103-114), reclamantului Municipiul Tg. Mureș i s-a stabilit o corecție financiară de 25% din valoarea contractului de lucrări nr. 375/09.11.2011 încheiat de autoritatea contractantă reclamantă și S.C. ASPHAROM SRL, pentru încălcarea art. 178 alin. 2, art. 188 alin. 3 lit. b din OUG nr. 34/2006, art. 8 alin. 1 și 2 din HG nr. 925/2006.

În cuprinsul Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-76566/15.10.2012 s-a reținut că autoritatea contractantă a stabilit prin Fișa de date a achiziției la punctul IV.4.7- Capacitatea tehnică și/sau profesională, ca cerință minimă prezentarea listei privind angajații și specializarea lor conform înscrierilor din registrul REVISAL, din care să reiasă că ofertantul are angajați cel puțin 90 de muncitori calificați pe diferite lucrări de drum. A menționat pârâtul că astfel s-a restricționat accesul la procedură al operatorilor care nu au personal propriu de specialitate pentru îndeplinirea tuturor funcțiilor solicitate pentru îndeplinirea contractului, dar care ar fi putut încheia contracte cu persoane fizice sau organisme tehnice specializate pentru acoperirea unor funcții pentru care nu dispun de personal propriu.

Contestația formulată de reclamant împotriva Notei menționate a fost respinsă, conform Deciziei nr. 32/07.06.2013 emise de pârât.

Analizând **legalitatea** Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-76566/15.10.2012, instanța apreciază ca fiind incidente în cauză prevederile OUG nr. 66/2011.

Astfel, Curtea are în vedere prevederile art. 66 din OUG nr. 66/2011 potrivit cărora activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei OUG se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor OG nr. 79/2003. Din interpretarea per a contrario a dispozițiilor normative menționate, rezultă că dacă anterior intrării în vigoare a OUG nr. 66/2011 nu sunt în desfășurare activitățile de constatare a neregulilor

și de stabilire a creanțelor bugetare, cum este cazul în speță, sunt aplicabile prevederile OUG nr. 66/2011, iar nu ale OG nr. 79/2003, neavând relevanță sub acest aspect dacă contractul de finanțare nr. 1589/06.05.2011 este anterior intrării în vigoare a OUG nr. 66/2011.

De asemenea, se reține că Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene este structura de control organizată în cadrul pârâtului, competentă în temeiul art. 20 alin. 1 din OUG nr. 66/2011 a efectua activitatea de constatare și stabilire a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare/corecțiilor financiare.

Asupra **temeiniciei** Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-76566/15.10.201 instanța reține că reclamantul nu contestă faptul impunerii cerinței minime constând în prezentarea listei privind angajații și specializarea lor conform înscrierilor din registrul REVISAL, din care să reiasă că ofertantul are angajați cel puțin 90 de muncitori calificați pe diferite lucrări de drum.

Conform art. 188 alin. 3 din OUG nr. 34/2006, forma în vigoare la data impunerii cerinței minime menționate, în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de lucrări, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea lucrărilor ce urmează să fie executate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

- a) o listă a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări. Respectivul certificări indică beneficiarii, indiferent dacă aceștia sunt autorități contractante sau clienți privați, valoarea, perioada și locul execuției lucrărilor și precizează dacă au fost efectuate în conformitate cu normele profesionale din domeniu și dacă au fost duse la bun sfârșit;
- b) informații referitoare la personalul/organismul tehnic de specialitate de care dispune sau al cărui angajament de participare a fost obținut de către candidat/ofertant, în special pentru asigurarea controlului calității;
- c) informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru execuția lucrărilor;
- d) o declarație referitoare la efectivele medii anuale ale personalului angajat și al cadrelor de conducere în ultimii 3 ani;
- e) dacă este cazul, informații privind măsurile de protecție a mediului pe care operatorul economic le poate aplica în timpul îndeplinirii contractului de lucrări;
- f) o declarație referitoare la utilajele, instalațiile, echipamentele tehnice de care poate dispune operatorul economic pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului de lucrări;
- g) informații privind partea din contract pe care operatorul economic are, eventual!, intenția să o subcontracteze.

Dispozițiile normative anterior menționate nu impun condiția ca ofertantul să aibă angajați cel puțin 90 de muncitori calificați. Prin aceasta s-a restricționat participarea ofertanților care puteau prezenta alta variantă care să corespundă condițiilor impuse prin fișa de date a achiziției (spre exemplu prin susținerea acordată de un terț susținător), conduită interzisă autorității contractante prin prevederile art. 178 alin. 2 din OUG nr. 34/2006. Conform art. 8 alin. 2 din HG nr. 925/2006, atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economico și financiară ori la capacitatea tehnică și/său profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașeze la dosarul achiziției. În cauză, nota justificativă

privind stabilirea condițiilor minime de calificare nu cuprinde o expunere detaliată a argumentelor care să fundamenteze și justifice cerință minimă impusă, ci se rezumă doar la a susține că cerințele s-au impus pentru a evita riscul ca ofertantul să nu poată realiza lucrările de complexitatea și volumul celor din caietul de sarcini.

Nu poate fi reținută nici susținerea reclamantului vizând neacuzarea vreunui prejudiciu din moment ce art. 2 alin. 1 lit. a din OUG nr. 66/2011 arată expres că pagubă cauzată sau care se poate produce în urma abaterilor de la legalitate, regularitate și conformitate în raport de obligațiile asumate, constă în realizarea unei plăți necuvenite în favoarea beneficiarului fondurilor europene. Cu alte cuvinte, prejudiciul este reprezentat de acordarea unor sume de bani din bugetul Uniunii Europene ori din fondurile publice naționale în contextul nerespectării de către beneficiar a exigențelor stricte cuprinse în dispozițiile europene sau naționale ori a stipulațiilor din contract, deși urmarea întocmai a tuturor acestor angajamente a condiționat acordarea finanțării nerambursabile. Corecțiile financiare au rolul de a repara acest prejudiciu, în sensul de a restabili „o situație astfel încât 100% din cheltuielile care fac obiectul unei cereri de cofinanțare din fonduri structurale să fie în conformitate cu reglementările naționale și comunitare aplicabile în materie” (potrivit principiului consacrat în Decizia C/2002/2871 a Comisiei Europene).

Față de cele expuse, va respinge ca neîntemeiată acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul MUNICIPIUL TG. MUREȘ în contradictoriu cu pârâțul GUVERNUL ROMÂNIEI - MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Respinge excepția lipsei de interes. Respinge ca neîntemeiată cererea formulată de **reclamantul MUNICIPIUL TÂRGU MUREȘ**, cu sediul județul Mureș, în contradictoriu cu **pârâțul GUVERNUL ROMÂNIEI - MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI**, cu sediul în București.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Cererea de recurs se depune la Curtea de Apel Târgu Mureș. Pronunțată în ședința publică, azi 17.10.2013.

Dosar nr. 580/43/2012

CURTEA DE APEL TÂRGU MUREȘ
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 195
Ședința publică din 26 martie 2013

Pe rol pronunțarea asupra cererii formulate de reclamantul **MUNICIPIUL TÂRGU MUREȘ**, cu sediul în Târgu Mureș, jud. Mureș, în contradictoriu cu pe pârâțul **GUVERNUL ROMÂNIEI-MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI**, cu sediul în București, având ca obiect anularea Deciziei nr. 171/29.10.2012, precum și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-64705/5.04.2012 aferentă proiectului COD SMIS 6616, ambele emise de pârât, în lipsa părților.

S-a făcut referatul cauzei de către grefier, constatându-se că mersul dezbaterilor este consemnat în încheierea de ședință din data de 5 martie 2013, dată la care s-a amânat pronunțarea, inițial, pentru data de 12 martie 2013, și, ulterior, pentru data de 19 martie 2013, respectiv termenul de azi, 26 martie 2013, încheieri ce fac parte integrantă din prezenta decizie.

CURTEA

Asupra acțiunii de față, Prin cererea de chemare în judecată, reclamantul Municipiul Târgu Mureș, în contradictoriu cu pârâțul Guvernul României - M.D.R.T., a solicitat anularea Deciziei nr. 171/29.10.2012, precum și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-64705/5.04.2012 aferentă proiectului COD SMIS 6616, ambele emise de pârât.

În motivarea acțiunii, s-a arătat că, prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, emisă de pârât la data de 31.08.2012 sub nr. CA - 64705 din 05.04.2012 aferentă proiectului COD SMIS 6116 cu titlul "Modernizarea căminului pentru vârstnici", beneficiar Unitatea administrativ teritorială municipiul Târgu Mureș, a fost aplicată o corecție financiară de 5 % din valoarea Contractului de lucrări nr.76/04.04.2011 încheiat cu S.C. Conimur S.R.L. Împotriva notei de constatare de mai sus a formulat contestație la Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, Direcția Control și Verificare Fonduri Comunitare, care prin Decizia nr. 171/29.10.2012 a respins contestația ca fiind nefondată astfel că, reclamanta consideră decizia de mai sus ca fiind netemeinică și nelegală, solicitând anularea acesteia pentru considerentele următoare:

S-a arătat că organul de constatare a dat o interpretare eronată dispozițiilor legale referitoare la neregulile în obținerea și utilizarea fondurilor europene, respectiv a disp. art. 1, alin. 1 și 2 din OUG nr. 66/2011, prin raportare la disp. art. 2 pct. 7 din Regulamentul CE nr. 1083/2006, și că în cauză sunt aplicabile dispozițiile art. 20 alin. 3 din OUG nr. 66/2011, astfel că, Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli, Fonduri Europene nu era competentă să constate neregulile și să stabilească creanțele bugetare, această competență revenindu-i Ministerului Finanțelor Publice.

În sprijinul acestei susțineri invocă și prevederile art.2 lit. g din OUG nr.66/2011, coroborate cu cele ale art.5 al. 1-3 și 3/1 din OUG nr.64/2009 și art.2 pct.4 din Regulamentul CE nr.1083/2006 al Consiliului din 11.07.2006, astfel că, organul de constatare a dat o interpretare eronată dispozițiilor legale referitoare la neregulile în obținerea și utilizarea fondurilor europene.

În ambele variante - națională și comunitară - neregularitatea presupune două condiții cumulative și anume:

- prima condiție rezidă în existența unei încălcări/abateri de la dispozițiile dreptului comunitar/dreptului intern;

- a doua condiție rezidă în existența sau potențialitatea unui efect prejudiciabil al încălcării/abaterii pentru bugetul general al Uniunii europene (și la cel produs bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora, potrivit normei interne).

În actul contestat se fac mențiuni doar în legătură cu îndeplinirea primei condiții a neregulilor constatate, iar în privința celei de-a doua condiții nu se face absolut nici o precizare. Fiind condiții cumulative devine evident că, actul de constatare este nelegal atâta vreme cât prin el însuși nu s-a demonstrat îndeplinirea și a celei de-a doua condiții a presupuselor abateri.

Astfel, prin actul contestat se rețin în sarcina reclamantei trei abateri/încălcări de le dispozițiile dreptului intern constând în:

- 1) solicitarea prin documentația de atribuire a unor cerințe minime de calificare "oferantul să aibă ca angajați cu carte de muncă un număr de cel puțin 50 muncitori calificați în domeniul construcțiilor";
- 2) factorii de evaluare a ofertei tehnice;
- 3) specificările solicitate pentru dotări.

A menționat faptul că nu s-au depus contestații privind procedura de atribuire a contractului de achiziție publică de lucrări "Modernizarea căminului pentru Vârșnici" finanțat prin programul Operațional Regional 2007-2013, însă, referitor la textele legale incidente, cu privire la această nelegalitate (art. 8 alin. 1 din HG nr. 925/2006, art. 178, alin. 2 și art. 179 din OUG nr. 34/2006), s-a arătat că, din analiza textelor de lege sus menționate nu reiese nivelul peste care solicitarea unor cerințe minime de calificare pot fi considerate restrictive pentru participarea la o procedură de atribuire, legiuitorul lăsând la latitudinea autorității contractante stabilirea acestor cerințe, pe baza capacității proprii de apreciere, în raport cu natura și complexitatea contractului.

Încălcarea textului de lege sus menționat nu se justifică, având în vedere faptul că ia modalitatea de demonstrare a dispunerii de personalul calificat în domeniul lucrărilor din construcții nu a fost restricționată la angajarea cu carte de munca a personalului, autoritatea contractantă specificând în fișa de date faptul că ofertanții își pot dovedi capacitatea tehnico-profesională invocând și susținerea acordată de către o altă persoană.

De asemenea, a precizat faptul că, având în vedere volumul lucrărilor executate, precum și raportat la valoarea estimată a contractului; nu este neobișnuit pentru un operator economic să aibă angajați cu carte de muncă/Registrul Revisal (în prezent) un număr de 50 de muncitori.

În ceea ce privește nelegalitatea vizând factorii de evaluare a ofertei tehnice, s-a arătat că autoritatea contractantă a utilizat ca și criteriu de atribuire oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, stabilind punctajul pentru factorul de evaluare propunere tehnică, astfel:

- a) Realizarea matricei responsabilităților în cadrul execuției din perspectiva managementului în construcții-maxim 6 puncte;
- b) Programul caii tații adaptat la specificul lucrării, pe toate categoriile de lucrări - maxim 7 puncte;
- c) Planul de control al calității, verificări și încercări la specificul lucrării pe toate categoriile de lucrări-maxim 7 puncte.

Punctajul pentru solicitările de mai sus, urmând a fi acordat în funcție de complexitatea, claritatea, detalierea și gradul la care aceste descrieri corespund cerințelor specifice menționate a fi prezentate, considerând astfel că, prin prezentarea și în urma punctării acestor factori, ofertantul câștigător poate fi atent supravegheat și urmărit pentru modul de îndeplinire a contractului la un standard de calitate predefinit și evaluat de beneficiar.

Referitor la neregularitatea reprezentată de specificările solicitate pentru dotări, în raport de dispozițiile art. 35 alin. 6 lit. a din OUG nr. 34/2006, s-a arătat că, autoritatea contractantă nu a dorit restricționarea concurenței, însă în mod involuntar aceasta a omis mențiunea „sau echivalenta în sprijinul acestui argument, invocând existența bunei-credințe, întrucât intenția nu a fost de a restricționa concurența, ci de a defini cât mai concret specificațiile tehnice.

Astfel, marca „Intel” pentru procesoare, precum și marca „Windows” pentru software sistem de operare, sunt niște mărci a căror standarde de calitate sunt recunoscute pe plan internațional, precum și a căror frecvență pe piață, echivalează, impropriu, mai mult cu o specificație tehnică, decât cu o denumire de marcă.

A fost invocată și neaplicarea în cauza a OUG nr. 66/2011, întrucât acest act normativ nu se poate aplica retroactiv pentru o procedură începută când s-a încheiat contractul de finanțare nr.988/20.10.2010 asupra unei documentații de atribuire publicată în SEAP în 2011 document în baza căreia s-a încheiat contractul de execuție de lucrări nr. 76/04.04.2011.

În această situație devine evident că problema de drept care urmează a fi supusă dezbaterii privește aplicarea legii civile (OUG nr.66/2011) în timp și anume faptul că legea civilă nu retroactivează.

Pe cale de consecință, contrar celor susținute de pârât, OUG nr.66/2011 cuprinde expres numai dispoziții de ultra/activitate a legii vechi - art.66 - și nu dispoziții de retroactivitate a legii noi (în acest sens, s-a pronunțat și înalta Curte de Casație și Justiție prin Decizia nr. 1875/05.04.2012, în dosar nr. 9180/2/0211, anexată în xerocopie).

Petitul vizând suspendarea executării actelor administrative atacate a fost soluționat prin Sentința nr. 85/12 februarie 2013 a acestei instanțe, astfel încât instanța este chemată să se pronunțe strict cu privire la petitul principal, referitor la anularea Deciziei nr. 171/29.10.2012, precum și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-64705/5.04.2012 aferentă proiectului GOD SMIS 6616, ambele emise de pârât.

Prin întâmpinare, pârâtul M.D.R.A.T. a invocat, în principal, excepția de necompetență materială a Curții de Apel Târgu Mureș, întrucât, având în vedere obiectul cauzei de față care privește o creanță bugetară, rezultată din nereguli privind utilizarea fondurilor comunitare și de cofinanțare, competența de soluționare a cauzei este stabilită exclusiv în raport de criteriul cuantumului sumei stabilite de actul administrativ atacat de până la 500.000 lei, indiferent dacă actul este emis de o autoritate publică centrală.

Cu privire la fondul cauzei, a solicitat respingerea acțiunii, susținând în esență următoarele: Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli, Fonduri Europene nu are competența constatării neregulilor, raportat la prevederile art. 20 alin. 1 din OUG nr. 66/2011, potrivit cărora „activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare/corecțiilor financiare se efectuează de către autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene, prin structuri de control organizate în acest scop în cadrul acestora”.

În plus, prevederilor-art. 20 alin. 3, invocate de reclamant, nu sunt aplicabile deoarece acest alineat stabilește o excepție în sensul că Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli, Fonduri Europene nu are competența stabilirii neregulilor în situații în care instituția pârâtă este beneficiara finanțării sau poate fi stabilită ca debitor.

Organul de constatare a dat o interpretare eronată dispozițiilor legale referitoare la neregulile în obținerea și utilizarea fondurilor europene.

OUG nr. 66/2011 este în deplină concordanță cu prevederile Regulamentului CE nr. 1083/2006, o dovadă în plus constituind-o faptul că, până la acest moment, nu există vreo procedură de infrigement deschisă privind dispoziții contradictorii ale OUG nr. 66/2011 cu Regulamentul nr. 1083/2006.

Referitor la neregulile constatate, urmează a fi avute în vedere:

- Cerința minimă de calificare - „ofertantul să aibă ca angajați cu carte de muncă, cel puțin 50 muncitori calificați în domeniul construcțiilor”;
- Prin impunerea acestei cerințe în fișa de date, apreciază că s-au încălcat prevederile art. 178 alin. 2 și ale art. 179 din OUG nr. 34/2006, precum și art. 8 alin. 1 din HG nr. 925/2006.
- Factorii de evaluare a ofertei tehnice;

Sub acest aspect urmează a fi avut în vedere că reclamantul a utilizat factori de evaluare care nu au legătură directă cu natura și obiectul contractului și nu reflectă un avantaj real și evident care poate fi obținut prin utilizarea acestora.

Conform prevederilor art. 199 din OUG nr., 34/2006, un factor de evaluare poate fi nivelul calitativ al ofertei. Astfel, utilizarea factorilor de evaluare reprezentați de „matricea responsabilităților în cadrul execuției din perspectiva managementului în construcții”, „programului calității” și „planul de control al calității” nu au relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului.

Potrivit modului de descriere a algoritmului de calcul prezentat în cadrul fișei de date a achiziției și aplicat de comisia de evaluare la stabilirea punctajelor referitoare la cei trei factori de evaluare, s-a punctat modul de prezentare și nu un avantaj care diferențiază calitativ lucrările și, prin urmare, ofertele.

Specificările solicitate pentru dotări Comisia a reținut faptul că autoritatea contractanta a precizat în documentația de atribuire o anumită marca de fabrica, denumire de produs fără a fi însoțită de mențiunea „sau echivalent”, așa cum este prevăzut la art. 38 din OUG nr. 34/2006.

De asemenea, reclamantul recunoaște că a omis menționarea „sau echivalent”, acest fapt constituind o neregulă. Cu privire la faptul că cerința solicitată pentru dotări nu a fost contestată de nici un operator economic, apreciază că C.N.S.C. soluționează aspectele semnalate în contestație, iar faptul că ofertanții sau posibii ofertanți nu au depus contestații, nu conferă în mod automat documentației de atribuire aspectul de legalitate.

Referitor la aplicarea retroactivă a OUG nr. 66/2011, a considerat că acest afirmații sunt nefondate, pentru următoarele considerente:

Sub aspectul actului normativ aplicabil în speță, urmează a fi avut în vedere art. 66 din OUG nr. 66/2011, potrivit căruia „activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare”.

Având în vedere că efectuarea controlului s-a făcut în septembrie 2011, la aproximativ 3 luni de la intrarea în vigoare a OUG nr. 66/2011, a apreciat că doar acest act normativ poate fi aplicabil în speță.

Examinând, cu prioritate, excepția necompetenței materiale a instanței, invocată de pârât prin întâmpinare, în raport de disp. art. 137 alin. 1 Cod procedură civilă, Curtea apreciază că, aceasta este nefondată, urmând a fi respinsă, ca atare, în raport de dispozițiile art. 10 alin. 1¹ din Legea nr.

554/2004, potrivit căruia „toate cererile privind actele administrative emise de autoritățile publice centrale care au ca obiect sume reprezentând finanțarea nerambursabilă din partea Uniunii Europene, indiferent de valoare, se soluționează în fond de secțiile de contencios administrativ și fiscal ale curților de apel”.

Chiar dacă la data sesizării instanței (7 decembrie 2012), Curtea nu era competentă să soluționeze acest litigiu, urmare a introducerii alin. 1¹ la art. 10 din Legea nr. 554/2004, instanța este competentă să soluționeze cauza întrucât normele de competență, asemenea celor de procedură, sunt de mediată aplicabilitate.

Referitor la fondul cauzei, Curtea reține următoarele: în ceea ce privește susținerea reclamantei, potrivit căreia Direcția Generală Constată și Stabilire Nereguli, Fonduri Europene, nu ar fi fost competentă să constate nereguli și să stabilească creanțe bugetare.

Curtea apreciază că acest motiv este nefondat, întrucât, potrivit dispozițiilor art. 20 alin. 3 lit. a din OUG nr. 66/2011, este vizată ipoteza incompatibilității structurii de control din interiorul autorității cu competența în gestionarea Fondurilor Europene, în ceea ce privește constatarea neregulilor și stabilirea creanțelor bugetare, în cazul în care autoritatea are calitatea de beneficiar, ceea ce nu este cazul în cauză, întrucât această calitate este deținută de U.A.T. Târgu Mureș, aspect care rezultă, fără a puțință de tăgadă, și din cuprinsul Contractului de finanțare (fila 44, dosar).

Celelalte temeuri juridice invocate cu privire la acest motiv, respectiv art. 5 alin. 1-3, 3/1 din OUG nr. 64/2009 și art. 2 pct. 4 din Regulamentul CEC nr. 1083/2006, sunt nerelevante în cauză, astfel că nu vor fi cercetate de instanță.

Referitor la susținerea reclamantei, potrivit căreia organul de constatare a dat o interpretare eronată a dispozițiilor legale referitoare la neregulile în obținerea și utilizarea fondurilor europene, respectiv art. 1 alin. 1 și 2 din OUG nr. 66/2011 raportat la art. 2 pct. 7 din Regulamentul CE nr. 1083/2006. Curtea reține că acesta este nefondat.

În primul rând, legislația internă este conformă cu dreptul comunitar în materie (Regulamentul CE nr. 1083/2006), nimic neputând împiedica legiuitorul român să impună condiții mai restrictive în materie, cu atât mai mult cu cât beneficiarul U.A.T. Târgu Mureș primește o finanțare din contribuție U.E. 85%, de la bugetul de stat de 13% și contribuție privată 2% (fila 20, dosar).

În condițiile în care orice beneficiar primește, în cadrul finanțării, și sumele de la bugetul de stat, așa cum acestea sunt definite de art. 2 lit. d din OUG nr. 66/2011, respectiv fonduri publice naționale aferente fondurilor europene (definite ca fiind sumele provenite din bugetul general consolidat, utilizate pentru: asigurarea cofinanțării, plata prefinanțării, înlocuirea fondurilor europene în situația indisponibilității/sistării temporare a plății acestor fonduri, completarea fondurilor europene în vederea finalizării proiectelor, precum și alte categorii de cheltuieli legal reglementate în acest scop), este cert atât interesul, cât și necesitatea unei protecții legislative, atât a fondurilor europene, cât și a celor naționale, situație care justifică impunerea unor condiții mai restrictive sau, altfel spus, extinderea neregularității și cu privire la bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurilor publice naționale aferente acestora.

Deși s-a susținut în acțiune că în cauză nu sunt întrunite, cumulativ, cele două cerințe prevăzute de legiuitor (existența unei încălcări sau abateri de la dispozițiile dreptului comunitar/național, respectiv existența sau potențialitatea unui efect prejudiciabil al încălcării/abaterii), Curtea apreciază că acest motiv este nefondat.

Aceasta întrucât, după cum rezultă din motivele ce urmează a fi expuse, în cauză există atât o încălcare a dispozițiilor legale aplicabile în materie, cât și existența sau potențialitatea unui efect prejudiciabil, ca urmare a încălcării/abaterii.

Efectul prejudiciabil este generat de impunerea în cauză de către beneficiar (autoritatea contractantă) a unor cerințe restrictive în documentele de atribuire, care au consecință împiedicarea unor potențiali ofertanți să participe la procedura de atribuire.

În aceeași măsură, este nefondată susținerea reclamantei, potrivit căreia nu există abateri în cauză, întrucât nu au fost depuse contestații la procedura de atribuire a Contractului de achiziție publică de lucrări „Modernizarea Căminului pentru vârstnici”, întrucât conformitatea cerințelor impuse în procedură se impune a fi făcut nu prin raportare la existența sau inexistența vreunei contestații, ci, prin raportare la dispozițiile legale aplicabile în materie.

Referitor la inaplicabilitatea în cauză a disp. OUG nr. 66/2011, întrucât în opinia reclamantei acestea nu pot retroactiva, Curtea constată că această susținere este neîntemeiată, în condițiile în care art. 66 din actul normativ precizat, prevede, în mod expres, că „*activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare*”.

Per a contrario, rezultă că activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare începute după intrarea în vigoare a OUG nr. 66/2011 (30.06.2011), sunt supuse prevederilor acestui din urmă act normativ; după cum este cazul și în speța dedusă judecății, verificarea în cauză fiind făcută în perioada 19.07- 8.08.2012 (fila 19, dosar).

În ceea ce privește abaterile/încălcările reținute în sarcina reclamantei, Curtea constată următoarele:

Referitor la cerința minimă de calificare impusă în documentația de atribuire, și anume „*ofertantul să aibă ca angajați, cu carte de muncă, un număr de cel puțin 50 muncitori calificați în domeniul construcțiilor*”, Curtea reține că în cauză au fost încălcate dispozițiile art. 8 alin. 1 din HG nr. 925/2006 și ale art. 178 alin. 2, 179 din OUG nr. 34/2006.

Neregula constatată de organele de control constă, prin prisma acestor dispoziții legale, în numărul indicat de muncitori, în calificarea strictă a acestora - în specialitatea construcției - precum și în cerința impusă ca ofertantul să aibă carte de muncă pentru acești angajați.

Astfel, impunerea acestor cerințe este circumscrisă ipotezei legale din articolele precizate, întrucât vizează condiții minime referitor la capacitatea tehnică și profesională a ofertanților, care însă nu sunt strict necesare, nefiind relevante în raport de natura și complexitatea contractului de achiziție.

Prin impunerea acestor criterii, se restricționează accesul la contractul în cauză, prin limitarea numărului de ofertanți, care deși ar întruni cerințele referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, nu au angajați cu carte de muncă minim 50 de lucrători calificați în construcție; sau, chiar dacă ar avea minim 50 de muncitori, sunt excluși din cadrul procedurii, întrucât aceștia nu ar avea carte de muncă.

Această discriminare indusă prin criteriile restrictive, reprezintă, așadar, o veritabilă neregulă, așa cum sunt indicate în Anexa 1 la HG nr. 875/2011, cuprinzând Normele metodologice de aplicare a OUG nr. 66/2011; adică în prezenta cauză este realizat sistemul de fraudă realizat prin manipularea

specificațiilor întrucât cererile de ofertă sau propunerile pot conține specificații adaptate pentru a corespunde calificărilor sau competențelor unui anumit ofertant.

După cum s-a arătat în cadrul acestui Capitol din Anexa 1 la HG nr. 875/2011, (3.5. - Manipularea specificațiilor), specificațiile care sunt prea restrictive pot fi utilizate pentru a exclude alți ofertanți calificați sau pentru a justifica achiziții dintr-o singură sursă și pentru a evita orice concurență, după cum este cazul și în prezenta cauză, în ceea ce privește impunerea acestei cerințe minime, relativ la numărul minim de muncitori, calificarea expres cerută - în construcții și deținerea de către ofertant a cărții de muncă pentru 50 de muncitori calificați în construcții.

Referitor la cealaltă neregulă, vizând factorii de valoare a ofertei tehnice, așa cum rezultă din modul de stabilire a punctajului pentru factorul de evaluare „propunere tehnică”:

Autoritatea contractantă a utilizat, ca și criteriu de atribuire, „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, stabilind punctajul pentru factorul de evaluare „propunere tehnică” astfel:

- realizarea matricei responsabilităților în cadrul execuției din perspectiva managementului în construcții - maxim 6 puncte;
- programul calității adaptat la specificul lucrării, pe toate categoriile de lucrări - maxim 7 puncte;
- planul de control al calității, verificări și încercări la specificul lucrării, pe toate categoriile de lucrări - maxim 7 puncte.

După cum s-a arătat în cuprinsul Notei de constatare, neregula ar consta în faptul că autoritatea contractantă, impunând criteriile de punctare relativ la modul în care lucrările sunt supravegheate din punct de vedere al calității și, în special, descrierea acestor acțiuni, consecința fiind că autoritatea contractantă a pierdut avantajul de a obține la prețuri comparabile, o ofertă calitativ mai bună, la un preț mai mic, însă fără o prezentare a controlului lucrărilor, atât de detaliată.

Curtea constată că, prin impunerea acestui algoritm de calcul s-a realizat o excludere a unor potențiali ofertanți calificați, întrucât aceste cerințe nu reflectă un avantaj real și evident pe care autoritatea contractantă l-ar putea obține prin utilizarea factorului de valoare al calității, așa cum a fost prevăzut în documentația de atribuire, fiind realizată ipoteza legală prevăzută de art. 15 alin. 2 lit. b din HG nr. 925/2006.

Este adevărat că potrivit art. 199 alin. 2 din OUG nr. 34/2006, între factorii enumerați cu caracter exemplificativ ca fiind posibili să fie utilizată în cadrul procedurii de evaluare a ofertelor, este cuprins, alături de preț și cel vizând caracteristici privind nivelul calitativ, însă, după cum s-a arătat, impunerea doar a acestei cerințe restrictive este de natură a conduce la înlăturarea unor potențiali ofertanți.

Referitor la cea de-a treia neregulă reținută în cuprinsul Notei de constatare, și anume cea vizând specificările solicitate pentru unele dotări (marca INTEL, pentru procesoare și respectiv, marca WINDOWS, pentru software-sistem de operare), este de remarcat că însăși reclamanta în cuprinsul acțiunii, a arătat că în mod involuntar a omis mențiunea „sau echivalent” cu privire la această cerință (fila 3, verso, dosar).

Referitor la această neregulă, este de observat că tocmai această cerință cuprinzând specificații adaptate pentru a corespunde calificărilor sau competențelor unui anumit ofertant, este indicată cu titlu exemplificativ în cuprinsul Capitolului 3.5. din Anexa 1 la HG nr. 875/2011, fiind de altfel frecventă această situație în cazul contractelor din domeniul IT, indicatorul de fraudă fiind reprezentat de împrejurarea că autoritatea contractantă a definit un articol folosind denumirea celor două mărci comerciale, în locul unei descrieri generice, fără însă a utiliza sintagma „sau echivalent”.

Concluzionând, Curtea reține că Nota de constatare a fost întocmită cu respectarea dispozițiilor aplicabile în materie, organul de control reținând abateri/nereguli în documentația de atribuire, care într-adevăr încalcă dispozițiile legislației în materia achizițiilor publice, așa cum au fost indicate la analiza fiecăreia dintre neregulile stabilite.

Stabilirea unor criterii de calificare și selecție sau a unor factori de evaluare care împiedică anumiți ofertanți potențiali să participe la procedura de atribuire din cauza restricțiilor stabilite în documentația de atribuire este circumscrisă abaterii prevăzute de pct. 2.3. din Anexa la OUG nr. 66/2012, consecința fiind aplicarea unei corecții de 10% din valoarea contractului, cu posibilitatea reducerii procentajului la 5%, în funcție de gravitatea abaterii.

Pentru aceste motive, Curtea apreciază că acțiunea promovată de reclamanta U.A.T. Târgu Mureș este nefondată, urmând a fi respinsă, ca atare.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge excepția necompetenței materiale a acestei instanțe, invocată de pârâțul M.D.R.A.P. (fostul M.D.R.T.).

Respinge cererea de chemare în judecată formulată de reclamantul **Municipiul Târgu Mureș** cu sediul în Târgu Mureș, jud. Mureș în contradictoriu cu pârâțul **Guvernul României - Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului**, cu sediul în București, având ca obiect anularea Notei de constatare nr. CA - 64705/5.04.2012 din 31.08.2012 și a Deciziei nr. 171/29.10.2012, emise de pârât.

Cu drept de recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din 26 martie 2013.

Dosar nr. 815/32/2012

TRIBUNALUL NEAMȚ
SECȚIA A II A CIVILA, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 332/CA
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 15.10.2013

Se examinează acțiunea civilă formulată de reclamanta **UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL NEAMȚ** cu sediul în Piatra Neamț, județul Neamț în contradictoriu cu pârâta **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI** - sector 5, București, având ca obiect anulare act administrativ.

Dezbaterile, consemnate în încheierea ce face parte integrantă din prezenta sentință civilă, au avut loc în ședința publică din data de 08.10.2013, pronunțarea fiind amânată, până la data de azi, 15.10.2013.

TRIBUNALUL,

Asupra cauzei civile de față, constată: Prin cererea de chemare în judecată înregistrată sub nr.815/32/2012 la data de 27.11.2012 pe rolul Curtii de Apel Bacău, reclamantul Unitatea Administrativ Teritorială Județul Neamț a solicitat în contradictoriu cu pârâatul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului București anularea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 42116/05.06.2012 și a deciziei nr. 132/31.07.2012 a Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului.

Prin sentința civilă nr. 6/11.01.2013 această instanță admite excepția necompetenței materiale și declină competența de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului Neamț - Secția a II-a civilă și de contencios administrativ reținând în esență că în cauzele având ca obiect anularea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare care constituie titlu de creanță și, în același timp, act administrativ în sensul Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, ce poate fi contestat în condițiile și termenele stabilite de această lege, întrucât au ca obiect creanțe bugetare, asemenea acte se înscriu în categoria actelor administrative ce privesc contribuții bugetare, în sensul prevederilor art. 10 al. 1 din Legea nr. 554/2004 iar în conformitate cu prevederile art. 10 al. 1 teza I-a din Legea nr. 554/2004 , litigiile privind actele administrative emise sau încheiate de autoritățile publice locale și județene, precum și cele care privesc taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora până la 500.000 lei se soluționează în fond de tribunalele administrativ - fiscale. Acțiunea, având ca obiect anularea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare în procedura reglementată de Ordonanța de Guvern nr. 66/2011, este de competența instanței de contencios administrativ, determinată în funcție de valoarea creanței bugetare, potrivit regulilor de competență prevăzute la art. 10 al. 1 din Legea nr. 554/2004 și prin urmare, în temeiul dispozițiilor art. 137 Cod procedură civilă și dispozițiile art. 2 lit.c Cod procedură civilă, s-a declinat competența de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului Neamț - Secția a II- a civilă și de contencios administrativ.

Cauza a fost înregistrată la această instanță la data de 04.02.2013. Reclamantul Unitatea Administrativ Teritorială Județul Neamț a solicitat în contradictoriu cu pârâatul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului București anularea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 42116/05.06.2012 și a deciziei nr. 132/31.07.2012 a Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului invocând în drept, dispozițiile art. 51 din O.U.G. nr. 66/2011.

Se arată în motivarea acțiunii că Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului a întocmit Nota de constatare a neregulilor și

de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 42116/05.06.2012 în care s-a stabilit că debitorul Unitatea Administrativ Teritorială Județul Neamț datorează autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene un debit în valoare de 113.237,06 lei, din care:

- contribuție din fonduri UE: 78.894,67 lei;
- contribuție publică națională de la bugetul de stat: 12.066,25 lei;
- TVA: 22.276,14 lei.

Împotriva Notei de constatare Unitatea Administrativ Teritorială a județului Neamț a formulat contestație, soluționată prin Decizia nr. 132/31.07.2012 de către Comisia de soluționare din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului.

S-a respins contestația, în considerarea aplicării coroborate a dispozițiilor art. 5 lit. c), art. 21 alin. 26, art. 24 și art. 31 alin. 1 și 2 din O.U.G. nr. 66/2011, a dispozițiilor art. 511 din Regulamentul aprobat prin H.G. nr. 130/2010, precum și a prevederilor H.G. nr. 875/31.08.2011, privind aprobarea Normelor Metodologice de aplicare a O.U.G. nr. 66/2011, O.U.G. nr. 34/2006. Ambele decizii sunt netemeinice și nelegale criteriile de calificare stabilite de reclamantă sunt în acord cu prevederile art. 176 din OUG 34/2006. Factorii de evaluare a ofertelor de asemenea respectă prevederile art. 199 din lege. Totodată corecția financiară dispusă ca sancțiune a fost instituită prin aplicarea retroactivă a OUG 66/2011.

Intimata legal citată a formulat întâmpinare în cauză solicitând respingerea acțiunii ca nefondată. Din probatoriul administrat în cauză tribunalul reține următoarele:

Unitatea Administrativ Teritorială Județul Neamț solicită anularea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 42116/05.06.2012 prin care s-a stabilit că debitorul Unitatea Administrativ Teritorială Județul Neamț datorează autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene un debit în valoare de 113.237,06 lei, din care contribuție din fonduri UE: 78.894,67 lei, contribuție publică națională de la bugetul de stat: 12.066,25 lei și TVA 22.276,14 lei și a deciziei nr. 132/31.07.2012 a Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului prin care s-a respins contestația formulată împotriva notei de constatare.

În primul rând se observă că activitatea de constatare din partea autorităților competente să urmărească modul de utilizare și eventualele nereguli ce privesc fondurile comunitare utilizate de autoritatea locală-reclamantă s-a desfășurat în baza prevederilor O.U.G. nr. 66/2011, act normativ intrat în vigoare ulterior atribuirii prin licitație a lucrărilor publice de către reclamantă.

Art. 15 alin 2 din Constituția României consacră principiul neretroactivității legii civile, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile; cum săvârșirea unei abateri se constituie într-un delict civil dacă s-a încălcat de către reclamant o prevedere legală sau contractuală ori dacă acesta a săvârșit o contravenție, iar orice delict civil se analizează și se sancționează în condițiile legii în vigoare la data săvârșirii sale, rezultă că în speță pârâta a aplicat retroactiv prevederile O.U.G. nr. 66/2011 privind corecția financiară și condițiile prevăzute de această lege pentru determinarea faptei delictuale ce atrage corecția din moment ce a aplicat unei fapte ulterioare prevederi legale și ulterioare săvârșirii acesteia și în care se arată condițiile de existență a faptei delictuale și modul de sancționare a acesteia, condiții și sancțiuni care nu existau și nu erau în vigoare la data la care reclamantul a arătat în documentație condițiile pentru participarea la licitație.

Art. 66 din O.U.G. nr. 66/2011 arată că activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare se valorifică la data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011, tot în baza O.G. nr. 79/2003, acest ultim act normativ neprevăzând instituția corecției financiare care să fie aplicată pentru condiții restrictive prevăzute de autoritățile contractante la atribuirea licitațiilor pentru lucrări publice; dacă activitatea începută pentru faptele săvârșite înainte de intrarea în vigoare a

O.U.G. nr. 66/2011 sunt supuse prevederilor O.G. nr. 79/2003, cu atât mai mult constatarea unei fapte, fiind prima etapă a activității de recuperare a fondurilor europene, este supusă prevederilor O.G. nr. 79/2003, adică legii sub care s-a născut presupusa faptă delictuală.

În aceste condiții, constatarea unor nereguli și aplicarea unor sancțiuni neprevăzute la data când s-a săvârșit presupusa faptă de condiționare restrictivă a participanților la licitație, este vădit nelegală, fiind efectuată cu încălcarea principiului neretroactivității legii civile și contravenționale defavorabile, motiv pentru care instanța constată ilegalitatea actelor administrative contestate.

Nu poate fi reținută apărarea pârâtului în sensul că O.U.G. nr. 66/2011 doar constată neregularitățile comise, pentru că în fapt acesta a încălcat principiul aplicării legilor în timp în ce privește existența și sancționarea delictelor și aplică reclamantului în acest fel o sancțiune care nu exista ca atare la data întocmirii condițiilor de participare la licitația (corecția financiară) și pentru fapte care au făcut obiectul contestației administrative în fața instanțelor de judecată în temeiul O.U.G. nr. O.U.G. nr. 34/2006/2006 și care nu erau prevăzute ca neregularități în O.G. nr. 76/2003.

Existența acestui motiv de nelegalitate înlătură utilitatea analizării celorlalte motive și a argumentelor contrare invocate de părți.

Pentru aceste considerente tribunalul urmează să admită acțiunea astfel cum a fost formulată.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII, HOTĂRĂȘTE:

Admite acțiunea formulată de reclamanta **UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL NEAMȚ** cu sediul în Piatra. Neamț, județul Neamț în contradictoriu cu pârâta **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI** - sector 5, București.

Anulează decizia nr. 132/31.07.2012 emisă de pârâta Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului.

Anulează contestația și în consecință anulează nota de constatare nr.CA 42116 din 05.06.2012 întocmită de D.G.C.S.N.F.E. Serviciul Constatare și Stabilire Nereguli - P.O.R. din cadrul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului.

Definitivă. Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, astăzi, 15.10.2013.

Dosar nr. 624/32/2012

TRIBUNALUL NEAMȚ
SECȚIA A II A CIVILA, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 1583/CF
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 07.10.2013

La ordine fiind pronunțarea asupra acțiunii civile formulată de reclamanta **U.A.T. JUDEȚUL NEAMȚ**, cu sediul în Piatra Neamț, județul Neamț, în contradictoriu cu pârâtul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI**, cu sediul în București, având ca obiect contestație act administrativ fiscal.

La termenul de judecată din data de 20.09.2013, instanța a constatat cauza în stare de judecată, pronunțarea fiind amânată, succesiv, pentru data de 27.09.2013 și, respectiv, pentru data de astăzi. Încheierile de ședință din 20.09.2013 și 27.09.2013 fac parte integrantă din prezenta hotărâre.

TRIBUNALUL,

Asupra cauzei civile de față, constată: Prin cererea înregistrată pe rolul Curții de Apel Bacău, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, sub nr.624/32/2012 din 28.08.2012 ,reclamanta **U.A.T. JUDEȚUL NEAMȚ**, cu sediul în Piatra Neamț, județul Neamț, prin reprezentanții săi legali, a chemat în judecată pe pârâtul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI**, cu sediul în București, solicitând anularea Deciziei nr. 74/10.05.2012 emisă de pârât, admiterea contestației formulate și, pe cale de consecință, anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, încheiată la data de 02.03.2012 având nr. CA-18068/09.03.2012.

În motivarea acțiunii, reclamanta **U.A.T. JUDEȚUL NEAMȚ** a învederat următoarele: Prin Decizia nr. 74/10.05.2012, pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului a respins contestația formulată împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată la data de 02.03.2012 având nr. CA- 18068/09.03.2012.

Prin Nota de constatare menționată, în urma verificării procedurii de achiziție publică ce a condus la încheierea contractului de servicii de supervizare lucrări nr. 6908/14.07.2010 în cadrul proiectului "Reabilitarea și modernizarea drumului județean DJ 156A, km 28+000- 40+700, județul Neamț", s-a constatat faptul că "documentația de atribuire nu asigură o informare completă, corectă și explicită cu privire la factorii de evaluare pentru propunerea tehnică", întrucât subfactorii de evaluare prevăzuți în invitația de participare și Documentația de atribuire - Fișa de date a achiziției diferă de subfactorii de evaluare prevăzuți în Detaliile privind aplicarea algoritmului de calcul din Fișa de date achiziției. În consecință, s-a aplicat o corecție financiară de 6.335,03 lei inclusiv T.V.A., stabilindu-se o creanță bugetară în cuantum de 5.395,4 lei în sarcina Unității Administrative Teritoriale Județul Neamț.

Apreciază că atât Decizia nr. 74/2012 cât și Nota de constatare nr. CA-18068/09.03.2012 sunt netemeinice și nelegale, pentru următoarele motive:

I. În ceea ce privește diferențele dintre subfactorii de evaluare prevăzuți în invitația de participare și Documentația de atribuire - Fișa de date a achiziției și subfactorii de evaluare prevăzuți în Detaliile privind aplicarea algoritmului de calcul din Fișa de date achiziției, ne aflăm în fața unei erori de denumire a factorilor în partea de detalieri, astfel încât sunt aplicabile prevederile art. 21 alin.(18) din O.U.G. nr.66/2011, conform cărora "se exceptează de la aplicarea prevederilor alin. (1) - (16) și ale art. 58 și 59 erorile de calcul/scriere".

II. Corecția financiară, ca măsură administrativă sancționatorie, a fost instituită prin aplicarea retroactivă a prevederilor O.U.G. nr.66/2011, act normativ ce a intrat în vigoare la data de 30.06.2011, pentru acte și fapte emise sau/și comise cu mult înaintea intrării în vigoare a actului normativ menționat anterior.

Articolul 15 alin. (2) din Constituția României consacră principiul neretroactivității legii (civile), cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile; cum săvârșirea unei abateri se constituie într-un delict civil dacă s-a încălcat o prevedere legală sau contractuală, iar orice delict civil se analizează și se sancționează în condițiile legii în vigoare la data săvârșirii sale, rezultă că pârâtul a aplicat retroactiv prevederile O.U.G. nr.66/2011, cu privire la corecția financiară și condițiile prevăzute de acest act normativ pentru determinarea faptei delictuale ce atrage corecția, din moment ce a aplicat unei fapte anterioare, prevederi legale ulterioare săvârșirii acesteia și în care se arată condițiile de existență a faptei delictuale și modul de sancționare a acesteia, condiții și sancțiuni care nu existau și nu erau în vigoare la data la care s-a realizat procedura de achiziție publică ce a condus la încheierea contractului de servicii de supervizare lucrări nr. 6908/14.07.2010.

În drept, își întemeiază acțiunea pe prevederile art. 51 alin. (2) din O.U.G. nr.66/2011, cu modificările și completările ulterioare.

Pârâtul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI**, prin reprezentant legal, a depus întâmpinare, solicitând respingerea acțiunii formulate, ca fiind nefondată, având în vedere următoarele: în baza Ordinului nr. 151/27.01.2012 emis de Ministrul Dezvoltării Regionale și Turismului, echipa de control a procedat la încheierea notei de constatare în baza extrasului din Raportul de audit de operațiuni pentru POR al Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.2011, conținând constatări cu implicații financiare cu privire la încălcarea legislației specifice achizițiilor publice, respectiv, O.U.G. nr.34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare.

În speță, echipa de control, preluând constatările, concluziile și recomandările Autorității de Audit din Raportul de audit de operațiuni pentru P.O.R. nr.51648/AP/22.12.2011, temeiul prevederilor O.U.G. nr. 66/2011 și a normelor de aplicare a acesteia, aprobate prin H.G. nr. 875/2011, constată faptul că se impune aplicarea corecției financiare potrivit pct. 2.4 din Anexa la respectivul act normativ de 5% din valoarea eligibilă a contractului de servicii nr. 6908/14.07.2010 încheiat între U.A.T. Județul Neamț și S.C. PROIECT GROUP S.R.L., având un preț de 102.178,00 lei, fără TVA, atribuit prin încălcarea principiului tratamentului egal.

Valoarea corecției financiare este de 6.335,03 lei, inclusiv TVA, adică 5% aplicabilă la valoarea eligibilă a contractului de servicii nr. 6908/14.07.2010, respectiv 5.108,90 lei, la care se adaugă TVA recuperabilă. Împotriva notei Notei de constatare amintită mai sus, reclamanta a formulat contestație, aceasta fiind soluționată prin Decizia nr. 74/10.05.2012 în sensul respingerii, ca nefondată.

Referitor la acțiunea promovată de către reclamantă, în principal, invocă excepția de necompetență materială a Curții de Apel Bacău, în raport de prevederile art. 10 alin.1 din Legea nr.554/2004 (legea contenciosului administrativ) și ale art. 2 lit. j din O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

Astfel, competența de soluționare a prezentului litigiu aparține în primă instanță secției de contencios administrativ a Tribunalului Neamț.

În ceea ce privește constatările legate de Proiectul „Reabilitarea și modernizarea drumului județean DJ 156 A, km 28+000 - 40+700, județul Neamț” cod SMIS 958, arată că Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-18068/09.03.2012 a fost emisă în baza recomandărilor formulate de către AA în Raportul de audit de operațiuni pentru POR nr. 51648/AP/22.12.2011, concluziilor și corecțiilor propuse, în conformitate cu prevederile O.U.G. nr.66/2011.

În ceea ce privește invocarea de către reclamantă a prevederilor art. 21 alin. 18 din O.U.G. nr. 66/2011, raportat la diferențele dintre subfactorii de evaluare prevăzuți în invitația de participare și Documentația de atribuire - Fișa de date a achiziției și subfactorii de evaluare prevăzuți în Detaliile privind aplicarea algoritmului de calcul, menționează că în speță nu sunt aplicabile aceste dispoziții, întrucât acestea vizează notele sau procesele-verbale de constatare și stabilire a neregulilor.

Cu privire la "încălcarea" principiului neretroactivității legii, arată că trebuie avut în vedere art. 66 din O.U.G. nr.66/2011, potrivit căruia „activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare”.

Raportat la prevederile articolului mai sus menționat, este evident faptul că O.G. nr.79/2003 ar fi fost aplicabil în speță numai în situația în care controlul ar fi fost deja început la data intrării în vigoare a O.U.G. nr.66/2011. Indiferent de momentul identificării neregulilor în utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, încălcarea legii se sancționează.

Având în vedere că efectuarea controlului s-a făcut ulterior intrării în vigoare a O.U.G. nr.66/2011, apreciază că doar acest act normativ poate fi aplicabil în speță.

Precizează că, în cazul constatării unei abateri de la legalitate, sancțiunea prevăzută de O.G. nr. 79/2003 ar fi fost declararea ca neeligibile a cheltuielilor efectuate în cadrul proiectului, cu alte cuvinte o corecție de 100%. Astfel, aplicarea în timp a O.G. nr. 79/2003 a generat stabilirea unor debite excesive în sarcina beneficiarilor fondurilor europene, inclusiv a instituțiilor publice finanțate de la bugetul de stat, ca urmare a restituirii integrale a sumelor de care au beneficiat în mod necuvenit.

Art. 15 alin.2 din Constituția României consacră principiul neretroactivității legii, sens în care prevede că „legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile”.

Aplicarea principiului constituțional mai sus enunțat, la specificul raporturilor fiscale, cu referire expresă la aplicarea în timp a legii fiscale, comportă o serie de distincții, respectiv:

În marca lor majoritate, normele fiscale au un caracter imperativ, ceea ce face ca acestea să se înscrie în situațiile juridice obiective. Aceste situații fac delimitarea de situațiile juridice subiective în care subiectele de drept au posibilitatea opțiunii aplicării normelor juridice fiscale.

Prevederile de natură fiscală ale celor două ordonanțe reglementează în mod evident situații juridice obiective, astfel încât, aplicarea unor corecții fiscale mai favorabile reglementate de legea nouă (O.U.G. nr.66/2011), unor situații juridice obiective (nereguli) consumate sub imperiul legii vechi (O.G. nr. 79/2003), nu încalcă principiul constituțional invocat și nici principiul legalității consacrat în materie fiscală.

Diferit de reglementările de ordin fiscal, cele două acte normative conțin și norme de procedură fiscală (ex: constatarea neregulilor, căile de atac), așa încât sub aspectul activității de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare, legea nouă este de imediată aplicare, cu excepția situației tranzitorii reglementată de art. 66 din O.U.G. nr. 66/2011.

Prin sentința civilă nr.254 din 23.11.2013 pronunțată de Curtea de Apel Bacău, s-a admis excepția de necompetență materială și s-a declinat competența de soluționare a cauzei, în favoarea Tribunalului Neamț, Secția a II- a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

Cauza a fost înregistrată pe rolul Tribunalului Neamț, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, sub nr.624/32/2012 din 18.12.2012.

Analizând actele și lucrările dosarului, instanța reține următoarele:

Reclamanta **U.A.T. JUDEȚUL NEAMȚ**, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire a contractului de lucrări pentru proiectul "Reabilitarea și modernizarea drumului județean DJ 156A, km 28+000- 40+700, județul Neamț". În urma desfășurării procedurii, s-a încheiat contractului de servicii nr. 6908/14.07.2010, între U.A.T. Județul Neamț și S.C. PROIECT GROUP S.R.L., pentru prețul de 102.178,00 lei, fără TVA.

Pârâtul, prin echipa de control, a procedat la încheierea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată la data de 02.03.2012 și înregistrat sub nr. CA - 18068 din 09.03.2012, reținând faptul că se impune aplicarea corecției financiare potrivit pct. 2.4 din Anexa la respectivul act normativ de 5% din valoarea eligibilă a contractului de servicii nr. 6908/14.07.2010, atribuit prin încălcarea principiului tratamentului egal.

Valoarea corecției financiare este de 6.335,03 lei, inclusiv TVA, adică 5% aplicabilă la valoarea eligibilă a contractului de servicii nr. 6908/14.07.2010, respectiv 5.108,90 lei, la care se adaugă TVA recuperabilă.

Valoarea creanței bugetare rezultate din aplicarea corecției financiare pentru contractul de lucrări este de 5.395,44 lei, inclusiv TVA.

Împotriva notei Notei de constatare, reclamanta a formulat contestație, aceasta fiind respinsă, ca nefondată, prin Decizia nr. 74/10.05.2012.

În primul rând, se observă că activitatea de stabilire a neregulilor în utilizarea fondurilor europene de către reclamantă s-a desfășurat în baza prevederilor O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente, intrate în vigoare la data de 20 iunie 2011, ulterior atribuirii prin licitație a contractului de lucrări (2010).

La data desfășurării procedurii de atribuire era în vigoare O.G. 79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător și H.G. nr. 1510/2003 de aprobare a normelor metodologice de aplicare a O.G. 79/2003.

Potrivit art. 15 (2) din Constituția României, legea dispune pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile.

Având în vedere principiul constituțional, instanța reține că faptelor juridice le sunt aplicabile dispozițiile legale în vigoare la data săvârșirii lor. Rezultă că, în speță, pârâta a aplicat retroactiv prevederile O.U.G. nr. 66/2011.

Art.66 din O.U.G. nr. 66/2011 arată că activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare se valorifică la data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011, tot în baza O.G. 79/2003, acest din urmă act normativ neprevăzând instituția corecției financiare, care să fie aplicată pentru condiții restrictive prevăzute de autoritățile contractante la atribuirea licitațiilor pentru lucrări publice. Dacă activitatea începută pentru fapte săvârșite înainte de intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011 sunt supuse prevederilor O.G. 79/2003, cu atât mai mult constatarea unei fapte este supusă prevederilor legii sub care s-a născut, respectiv O.G. 79/2003.

În aceste condiții, constatarea unor nereguli și aplicarea unor sancțiuni neprevăzute la data când s-a săvârșit presupusa faptă, este lovită de nulitate absolută, fiind efectuată cu încălcarea flagrantă a principiului neretroactivității legii civile și contravenționale mai favorabile.

Pentru acest motiv, instanța constată ilegalitatea actelor administrative contestate.

Apărarea pârâtului că aplicarea unor corecții financiare mai favorabile reglementate de legea nouă (O.U.G. nr. 66/2011) unor situații juridice (nereguli) consumate sub imperiul legii vechi (O.G. nr. 79/2003) nu încalcă principiul neretroactivității legii și nici principiul legalității consacrat în materie fiscală este nefondată, întrucât dispozițiile incidente în speță nu sunt dispoziții care să conțină reglementări în materie penală sau contravențională. De altfel, în lipsa stabilirii unui prejudiciu concret cauzat prin comiterea faptelor apreciate ca fiind nereguli nu se poate aprecia dacă corecția aplicată este mai favorabilă.

În consecință, față de cele ce precedă, instanța urmează să admită acțiunea formulată de reclamanta **U.A.T. JUDEȚUL NEAMȚ**, să anuleze decizia nr. 18/23.05.2013, să admită contestația și să anuleze nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 11545/12.02.2013.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII, HOTĂRĂȘTE:

Admite acțiunea formulată de reclamanta **U.A.T. JUDEȚUL NEAMȚ**, cu sediul în Piatra Neamț, județul Neamț, în contradictoriu cu pârâtul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI**, cu sediul în București.

Anulează decizia de soluționare a contestației administrative nr. 74/10.05.2012 și, în consecință:

Admite contestația formulată de reclamanta U.A.T. Județul Neamț, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului.

Anulează Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată la data de 02.03.2012 și înregistrat sub nr. CA - 18068 din 09.03.2012.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, astăzi, 07.10.2013.

Dosar nr. 248/32/2012

CURTEA DE APEL BACĂU
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONȚENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIA CIVILĂ Nr. 2870/2013
Ședința publică de la 06 Septembrie 2013

La ordine a venit spre soluționare recursul declarat de recurentul-reclamant Municipiul Piatra Neamț - prin Primar împotriva sentinței civile nr. 1265/CF din 11 iunie 2013 pronunțată de Tribunalul Neamț în dosarul nr. 248/32/2012, având ca obiect suspendare executare act administrativ.

La apelul nominal făcut în ședință publică a răspuns avocat Z.L pentru recurentul-reclamant care depune la dosar delegație, lipsă fiind reprezentantul intimatului-pârât Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală de Autorizare și Plăți Programe București. Procedura este legal îndeplinită. S-a expus referatul oral asupra cauzei, după care: Instanța constată recursul la primul termen, declarat și motivat în termen, scutit de plata taxei de timbru. Instanța constată că intimatul-pârât Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală de Autorizare și Plăți Programe București a depus la dosar întâmpinare și Comunică o copie de pe aceasta apărătorului recurentului-reclamant. Avocat Z.L arată că nu solicită termen pentru a lua cunoștință de întâmpinare. Nemaifiind alte cereri de formulat, instanța constată cauza în stare de judecată și acordă cuvântul pentru dezbateri.

Avocat Z.L pentru recurentul-reclamant Municipiul Piatra Neamț, consideră că în cauză sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 14 din Legea nr. 554/2004 și solicită admiterea recursului și modificarea sentinței recurate în sensul admiterii acțiunii. S-au declarat dezbaterile închise, cauza rămânând în pronunțare.

CURTEA deliberând:

Asupra recursului de față, în materia contenciosului administrativ, constată următoarele:
Prin cererea înregistrată inițial pe rolul Curții de Apel Bacău, sub nr. 248/32/2012 apoi, după casare, pe rolul Tribunalului Neamț, reclamantul Municipiul Piatra - Neamț, în contradictoriu cu Direcția Generală de Autorizare și Plăți Programe din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, în temeiul art. 47 punctul (8) din OUG 66/2011 și art. 14 din Legea 554/2004, a formulat cerere de suspendare a actelor administrative unilaterale - notele de informare nr. CP-2969/16.01.2012 și nr. CP- 2965/16.01.2012, emise de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului Direcția Generală Autorizare și Plăți Programe.

Prin sentința civilă nr. 1265/CA/I 1.06.2013, pronunțată în dosar nr. 248/32/2012, tribunalul a respins ca nefondată cererea de suspendare a executării actelor administrative, în considerarea următoarelor argumente:

Prin adresele CP 2969 din 16.01.2012 și CP 2965/16.01.2012 pârâta a informat reclamantul, referitor la contractul de finanțare cu Cod SMIS 11176 încheiat în cadrul Programului Operațional Regional 2007-2013 pentru proiectul „Crearea de spații publice urbane în municipiul Piatra Neamț, prin construirea unui pod și a unei arii de parcare în zona intersecției Piața Ștefan cel Mare, str. Orhei, Bd. Dacia și amenajarea complexă a pâ râului Cuejdiu”, că la data de 23.12.2012, respectiv 29.12.2012 s-a autorizat plata cererilor de rambursare nr. 3 și 4 în valoare totală eligibilă de 2.307.189 lei, respectiv 5.290.023 lei.

Prin aceleași adrese, s-au reținut ca fiind neeligibile sumele de 8.927,14 lei și 6.695,36 lei reprezentând corecție de 10% pentru utilizarea în mod inadecvat și nejustificat a procedurii restrânse accelerate prin încălcarea art. 17, 2, 83 din HG nr. 925/2006 și ale art. 8,11, 27 și 3 din Ordinul 51/2009 al ANRMAP.

În cauză însă, analizându-se susținerile reclamantului, în raport de înscrisurile depuse la dosar și în limitele permise de natura specială a procedurii instituite de art. 14 din Legea nr. 554/2004, instanța constată că nu este îndeplinită cerința legală a cazului bine justificat, astfel cum este acesta definit de lege. Astfel, deși reclamantul a invocat că stabilirea ca neeligibile a sumelor evidențiate în cele două adrese la capitolul „cheltuieli neeligibile” este nelegală. Analizând sumar aplicarea corecției de 10% dispusă de pârâtă în baza O.U.G. 66/2011, instanța apreciază că respectiva operațiune administrativă este de natură să facă dovada aparenței de legalitate înscrisurilor care o constată. Astfel, potrivit art. 6 din O.U.G. nr.66/2011, autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația de a exclude integral sau parțial de la rambursarea/plata cheltuielilor efectuate și declarate de beneficiari acele cheltuieli care nu respectă condițiile de legalitate, regularitate ori conformitate stabilite prin prevederile legislației naționale și comunitare în vigoare, în situația în care - în procesul de verificare a solicitărilor de plată - acestea determină existența unor astfel de cheltuieli.

Astfel, dispunând în procedura de verificare a cererii de plată, conform art.9 alin.1 lit. a (și nu art.21 cum a invocat reclamantul), pârâta a declarat ca neeligibile sumele evidențiate de adresele CP 2969 din 16.01.2012 și CP 2965/16.01.2012 în limitele de competențe stabilite de O.U.G.66/2011. Cât privește îndeplinirea condiției pagubei iminente, instanța constată că reclamanta nu a făcut dovada că prin executare i s-ar produce un prejudiciul material viitor și previzibil, suma stabilită drept corecție financiară fiind, de altfel, reținută la data soluționării cauzei.

Recursul reclamantului - Municipiul Piatra Neamț.

Împotriva acestei sentințe a declarat recurs reclamantul - Municipiul Piatra Neamț, prin primar, care a solicitat modificarea hotărârii, în sensul admiterii cererii de suspendare. Recurentul a susținut că instanța de fond a apreciat în mod greșit că nu ar fi îndeplinite condițiile legale pentru a dispune suspendarea executării actului administrativ.

Corecția financiară aplicată întemeiată pe prevederile OUG 66/2011 pct. 1.12 a vizat "*utilizarea în mod inadecvat și nejustificat a procedurii restrânse accelerate încălcându-se astfel dispozițiile Directivei 2004/18, OUG 34/2006 art. 17, art.2 (2), art.71 art. 83 (3) ale H.G. 925/2006.*"

Ori, așa cum am arătat și în contestația administrativă, derularea procedurii de licitație restrânsă accelerată a fost aprobată conform cadrului legal în vigoare în momentul publicării anunțului de participare făcându-se aplicarea prevederilor Ordinului ANRMAP nr. 51/13.13.2009 privind accelerarea procedurilor de licitație restrânsă și negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, publicat în Monitorul Oficial nr. 167/17.03.2009. Astfel, la data publicării anunțului de participare s-a întocmit și aprobat nota justificativă privind accelerarea procedurii și, la publicarea anunțului de participare, Autoritatea Națională de Reglementare și Monitorizare a Achizițiilor Publice, a considerat întemeiat motivul invocat de către Autoritatea Contractantă pentru accelerarea procedurii, publicând anunțul nr. 109.043 / 06.10.2010. Așadar în anul 2009 când absorbția fondurilor europene devenise singura sursă serioasă de dezvoltare, pe bază de proiecte, resursele guvernamentale și cele locale de finanțare diminuându-se dramatic, s-a emis Ordinul ANRMAP nr. 51/13.13.2009. Acest Ordin 51/2009 prevedea: "*Comisia Europeană recunoaște că utilizarea accelerării aplicării procedurilor de achiziție publică poate fi justificată prin natura excepțională a situației economice actuale, această prezumție de urgență urmând a fi aplicată în perioada 2009-2010.*"

În acest caz avem o aplicare retroactivă a prevederilor O.U.G. 66/2011, pentru acte și fapte emise sau/și comise cu mult anterior intrării în vigoare a OUG 66/2011, 30.06.2011, retroactivitate care contravine principiilor generale de drept dar și prevederilor generale ale Codului Civil Cap. II art.6.

HOTĂRÂREA nr. 875 din 31 august 2011 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor *Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora* prevede cu caracter de principiu că: "*ART. 2 Activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei hotărâri se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor legale în vigoare la data inițierii lor.*"

Corecția financiară aplicată de 77.487 lei, reprezentând 10% din valoarea contractului de servicii de asistenta tehnică prin dirigenție de șantier nr. 51046/29.12.2010 încheiat între S.C. Euro Building SRL - S.C. Favo Investments & Consulting SRL și UAT Municipiul Piatra Neamț reprezintă o sumă care ar trebui înlocuită cu o alocare suplimentară din bugetul local. Din acest motiv o sumă considerată ca cea reprezentând corecția financiară atacată prin cerere creează o discontinuitate majoră în acest lanț de revolving-uri repetate (reîntregiri ale sumei care constituie resursa de plăți către furnizorii din Proiect) și creează un efect de domino de regulă nu numai asupra plăților ulterioare din Proiectul asupra căruia se instituie corecția financiară. Fiind în discuție plata unei sume apreciabile, măsura suspendării executării actului administrativ este oportună prin raportare la situația părâtei care își poate valorifica oricând creanța.

În aplicarea principiului proporționalității instanța trebuie să analizeze dacă interesul subscrisului de a fi amânată executarea actului până la pronunțarea instanței de fond este sau nu mai puternic decât interesul părâtului de a se executa actul la scadență, chiar înainte ca instanțele să se pronunțe asupra legalității sale. Soluția suspendării actului administrativ până la pronunțarea instanței se circumscrie noțiunii de măsură de protecție provizorie ce a constituit preocuparea Comitetului de Miniștrii al Consiliului Europei în nr. R/89/8/13 septembrie 1989, prin care s-a subliniat că măsurile de protecție provizorie nu vor influența în nici un fel decizia ce urmează a fi luată de instanța sesizată pentru contestarea actului administrativ.

Motivarea Curții.

Analizând sentința recurată sub aspectul criticilor formulate și în raport de dispozițiile legale incidente, curtea constată că recursul este nefondat, pentru considerentele ce urmează a fi expuse: Așa cum corect a reținut instanța de fond, pentru a se dispune suspendarea executării unui act administrativ este necesar să se facă dovada că sunt îndeplinite cumulativ condițiile impuse de art. 14 din Legea 554/2004, respectiv cazul bine justificat și paguba iminentă, astfel cum sunt definite aceste noțiuni de art. 2 lit. (ș), (t) din lege. Referitor la cazul bine justificat, în definiția legală a acestei noțiuni cuprinsă în art. 2 lit. t) din același act normativ se arată că vizează „împrejurări legate de starea de fapt și de drept care sunt de natură să creeze o îndoială serioasă în privința legalității actului administrativ”.

Motivele invocate de recurent cu privire la cazul bine justificat, vizează numai aspecte legate de legalitatea notelor de informare, cu privire la care a fost respinsă contestația, aspecte care, însă, nu pot fi analizate în cadrul cererii de suspendare, care reprezintă o măsură provizorie, ci doar odată cu soluționarea pe fond a cauzei. În mod evident, în procedura reglementată de art. 14 alin. (1) nu se poate realiza o examinare aprofundată a motivelor de nelegalitate invocate, legiuitorul cerând numai conturarea unor elemente care să pună sub semnul întrebării prezumția de legalitate pe care se fundamentează caracterul executoriu al actului administrativ.

Recurentul-reclamant nu a probat existența unor împrejurări de natură a crea îndoieli în privința legalității actului administrativ fiscal și, fără a tranșa această chestiune în procedura reglementată de art. 14 alin. (1) din Legea nr. 554/2004, urmează a reține că nu este îndeplinită condiția cazului bine justificat. Aspectele înverdate de recurent pot fi analizate doar de instanța investită cu soluționarea acțiunii în anulare, întrucât vizează exclusiv fondul litigiului și nicidecum împrejurări legate de starea de fapt și de drept ce pot fi invocate în cadrul unei cereri de suspendare, iar pe de altă parte, instituția reclamantă nu a făcut dovada iminenței producerii unei pagube.

Instanța de fond a stabilit în mod corect că nu s-a făcut dovada cazului bine justificat, acesta presupunând invocarea și dovedirea unor aspecte de fapt și de drept de natură a răsturna prezumția de legalitate a actului administrativ. Recurentul-reclamant a invocat, în acest sens, aplicarea greșită a unor norme de drept, dar, având în vedere că este în discuție o problemă de aplicare în timp a normei legale și de analiză pe fond a dispozițiilor legale incidente în situații tranzitorii, o asemenea problemă nu putea fi tranșată în cadrul unei cereri de suspendare a executării actului administrativ. Nici criticile ce priveau lipsa de temei a corecției financiare nu puteau fi analizate în cadrul cererii de suspendare, pentru că s-ar fi antamat fondul cauzei.

Referitor la paguba iminentă, art. 2 lit. ș) din Legea nr. 554/2004 o definește ca fiind „prejudiciul material viitor și previzibil sau, după caz, perturbarea previzibilă gravă a funcționării unei autorități publice sau a unui serviciu public”. Îndeplinirea condiției referitoare la paguba iminentă presupune administrarea de dovezi care să probeze iminența producerii pagubei invocate, sub acest aspect fiind lipsite de relevanță simplele afirmații formulate de către recurent prin cererea de recurs, iar în cauză nu s-a făcut dovada că s-a început procedura de executare silită a creanței fiscale, aspect ce ar putea produce acestuia o eventuală pagubă ce l-ar fi îndreptățit la o eventuală suspendare a executării actului administrativ.

Recurentul a susținut inițial, prin acțiunea introductivă, că la momentul 2012 nu avea posibilitatea de a suplimenta bugetul local cu fondurile necesare suportării corecției financiare. Aceste circumstanțe s-au modificat pe parcursul soluționării cauzei, în sensul că cererea de suspendare a fost rejudecată în anul 2013, recurentul invocând, ca pagubă iminentă, imposibilitatea suportării sumelor stabilite în sarcina sa, cu consecința opririi proiectului. Nu au fost depuse însă dovezi în sprijinul acestor susțineri, astfel că ele nu pot fi reținute ca întemeiate. Ca urmare, instanța de fond a stabilit în mod corect că nu s-a făcut dovada unei pagube iminente, în sensul legii, dat fiind și faptul că de la data promovării cererii de suspendare, 23.03.2012, și până la data judecării acestei cereri s-a scurs un interval de timp destul de mare care nu mai justifică ideea de urgență și iminență a unei astfel de măsuri.

Așa fiind, constatând că nu pot fi reținute criticile din recurs, raportat la art. 304 pct.9 Cod procedură civilă, curtea va respinge recursul ca nefondat.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII DECIDE

Respinge, ca nefondat, recursul declarat de recurentul-reclamant Municipiul Piatra Neamț - prin Primar împotriva sentinței civile nr. 1265/CF din 11 iunie 2013 pronunțată de Tribunalul Neamț în dosarul nr. 248/32/2012 în contradictoriu cu intimatul-pârât Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală de Autorizare și Plăți Programe București.

Irevocabilă. Pronunțată în ședința publică din 06 septembrie 2013.

Dosar nr. 247/32/2012

CURTEA DE APEL BACĂU
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIE Nr. 2788/2013
Ședința publică de la 06 August 2013

La ordine a venit spre soluționare recursul promovat de recurentul-reclamant Municipiul Piatra Neamț - prin primar, împotriva sentinței civile nr.232/CA/13.06.2013, pronunțată de Tribunalul Neamț în dosarul nr. 247/32/2012, având ca obiect suspendare executare act administrativ. La apelul nominal tăcut în ședința publică atât la prima cât și la a doua strigare au lipsit părțile.

Procedura legal îndeplinită. S-a făcut referatul cauzei de către grefier, după care: Instanța constată că recursul promovat în cauză de recurentul-reclamant Municipiul Piatra Neamț este declarat și motivat în termen și scutit de plata taxei judiciare de timbru în conformitate cu prevederile Legii nr. 146/1997 și s-a solicitat judecata în lipsă potrivit dispozițiilor art.242 pct.2 Cod procedură civilă. Nemaifiind cereri prealabile de formulat și nici excepții de invocat, instanța reține cauza în pronunțare.

CURTEA deliberând:

Asupra recursului de față, în materia contenciosului administrativ, constată următoarele: Prin cererea înregistrată inițial pe rolul Curții de Apel Bacău, sub nr. 221/32/2012 apoi, după casare, pe rolul Tribunalului Neamț sub nr. 247/32/2012, reclamantul Municipiul Piatra - Neamț, în contradictoriu cu Direcția Generală de Autorizare și Plăți Programe din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, în temeiul art. 47 punctul (8) din OUG 66/2011 și art. 14 din Legea 554/2004, a formulat cerere de suspendare a actului administrativ unilateral - titlul de creanță CA- 4462/20.01.2012 emis de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului Direcția Generală Autorizare și Plăți Programe înregistrat de Municipiul Piatra-Neamț sub nr. 3761/30.01.2012.

Prin sentința civilă nr. 232/CA/13.06.2013, pronunțată în dosar nr. 247/32/2012, tribunalul a respins ca nefondată cererea de suspendare a actului administrativ, în considerarea următoarelor argumente:

Actul administrativ se bucură de prezumția de legalitate care, la rândul său, se bazează pe prezumția de autenticitate și de veridicitate. Prin urmare, suspendarea unui act administrativ individual presupune îndeplinirea cumulativă a condițiilor prevăzute de art. 14 alin.I din Legea 554/2004, întrucât cele două condiții se determină reciproc, neputându-se vorbi despre un caz bine justificat tară a exista pericolul producerii pagubei. Instanța de fond a reținut că reclamanta a argumentat îndeplinirea celor două condiții prin motivarea din contestația formulată împotriva actului administrativ, respectiv a reiterat conținutul contestației, invocând motive de fond, iar ca și motivare a pagubei iminente a menționat perspectiva opririi Proiectului în faza în care se găsește, deoarece corecția financiară aplicată de 25% la contractele de servicii, reprezintă o sumă mare care ar trebui acoperită cu o alocare suplimentară din bugetul local, rectificarea bugetară care nu este permisă de lege cel puțin până în semestrul al doilea al anului 2012.

Examinând motivele invocate prin prisma dispozițiilor art. 14 din Legea nr.554/2004, fără a analiza fondul cauzei, tribunalul a stabilit că acestea nu sunt de natură a demonstra cazul bine justificat, de natură a determina suspendarea executării actului administrativ, ci vizează fondul pricinii și nu pot fi examinate în procedura judiciară reglementată de lege pentru suspendarea executării actului administrativ. Aparența de nelegalitate a actului administrativ contestat nu a fost dovedită din perspectiva condițiilor impuse prin art. 14 din Legea contenciosului administrativ, reclamanta

făcând critici ce țin de fondul cauzei, ce nu pot fi analizate în cadrul cererii de suspendare executare act administrativ. Cât privește îndeplinirea celei de a doua condiții, s-a reținut că la momentul soluționării cererii nu mai subzistă motivele invocate de reclamantă în cererea de chemare în judecată cu care a fost inițial sesizată Curtea de apel Bacău. În acest sens, reclamantul susținea că o rectificare bugetară care să acopere necesitățile financiare continuării lucrărilor la Centrul Social, ar putea avea loc cel mai devreme în al doilea semestru al anului 2012, ori soluționarea actualei cereri a avut loc în primul semestru al anului 2013. Pe cale de consecință, s-a reținut că nu este îndeplinită nici condiția pagubei iminente.

Având în vedere că suspendarea executării unui act administrativ constituie o situație de excepție, care poate interveni numai atunci când sunt cumulativ îndeplinite cerințele prevăzute în art. 14 din Legea nr. 554/2004, condiții care în cauza de față nu au fost dovedite, a fost respinsă ca nefondată cererea de suspendare.

Recursul reclamantului - Municipiul Piatra Neamț.

Împotriva acestei sentințe a declarat recurs reclamantul - Municipiul Piatra Neamț, prin primar, care a solicitat modificarea hotărârii, în sensul admiterii cererii de suspendare, în motivarea căii de atac, recurentul-reclamant a expus într-o manieră detaliată întregul istoric al cauzei, situația de fapt, procedura desfășurată în fața autorității pârâte, precum și dispozițiile legale incidente și, invocând caracterul neîntemeiat al notei de constatare atacate, a susținut că în cauză sunt îndeplinite cumulativ condițiile prevăzute de art. 14 din Legea nr. 554/2004.

Recurentul a susținut că instanța de fond a apreciat în mod greșit că nu ar fi îndeplinite condițiile legale pentru a dispune suspendarea executării actului administrativ. Argumentele privind încălcarea și aplicarea retroactivă a dispozițiilor OUG 66/2011 la emiterea actului contestat sunt în măsură să răstoarne prezumția de legalitate, în același sens impunându-se a fi avute în vedere și considerentele pentru care s-a susținut că există erori în analizarea contractului. În ce privește paguba iminentă, recurentul susține că suma ce urmează a fi executată este importantă și nu dispune de resurse financiare pentru a asigura acoperirea ei, condiții în care finalizarea contractului nu mai este posibilă.

Motivarea Curții

Analizând sentința recurată sub aspectul criticilor formulate și în raport de dispozițiile legale incidente, curtea constată că recursul este nefondat, pentru considerentele ce urmează a fi expuse: Așa cum corect a reținut instanța de fond, pentru a se dispune suspendarea executării unui act administrativ este necesar să se facă dovada că sunt îndeplinite cumulativ condițiile impuse de art. 14 din Legea 554/2004, respectiv cazul bine justificat și paguba iminentă, astfel cum sunt definite aceste noțiuni de art. 2 lit. (ș), (t) din lege.

Referitor la cazul bine justificat, în definiția legală a acestei noțiuni cuprinsă în art. 2 lit. t) din același act normativ se arată că vizează „împrejurări legate de starea de fapt și de drept care sunt de natură să creeze o îndoială serioasă în privința legalității actului administrativ”. Motivele invocate de recurentă cu privire la cazul bine justificat, vizează numai aspecte legate de legalitatea notei de constatare cu privire la care a fost respinsă contestația, aspecte care însă nu pot fi analizate în cadrul cererii de suspendare care reprezintă o măsură provizorie, ci doar odată cu soluționarea pe fond a cauzei. În mod evident, în procedura reglementată de art. 14 alin. (l) nu se poate realiza o examinare aprofundată a motivelor de nelegalitate invocate. În privința legalității actului administrativ fiscal și, fără a tranșa această chestiune în procedura reglementată de art. 14 alin. (1) din Legea nr. 554/2004, urmează a reține că nu este îndeplinită condiția cazului bine justificat. Aspectele învederate de recurent pot fi analizate doar de instanța investită cu soluționarea acțiunii în anulare, întrucât vizează exclusiv fondul litigiului și nicidecum împrejurări

legate de starea de fapt și de drept ce pot fi invocate în cadrul unei cereri de suspendare, iar pe de altă parte, instituția reclamantă nu a făcut dovada iminenței producerii unei pagube.

Instanța de fond a stabilit în mod corect că nu s-a tăcut dovada cazului bine justificat, acesta presupunând invocarea și dovedirea unor aspecte de fapt și de drept de natură a răsturna prezumția de legalitate a actului administrativ. Recurentul reclamant a invocat, în acest sens, aplicarea greșită a unor norme de drept, dar, având în vedere că este în discuție o problemă de aplicare în timp a normei legale și de analiză pe fond a dispozițiilor legale incidente în situații tranzitorii, o asemenea problemă nu putea fi tranșată în cadrul unei cereri de suspendare a executării actului administrativ.

Nici criticile ce priveau lipsa de temei a corecției financiare nu puteau fi analizate în cadrul cererii de suspendare, pentru că s-ar fi antamat fondul cauzei. Referitor la paguba iminentă, art. 2 lit. ș) din Legea nr. 554/2004 o definește ca fiind „prejudiciul material viitor și previzibil sau, după caz, perturbarea previzibilă gravă a funcționării unei autorități publice sau a unui serviciu public”. Îndeplinirea condiției referitoare la paguba iminentă presupune administrarea de dovezi care să probeze iminența producerii pagubei invocate, sub acest aspect fiind lipsite de relevanță simplele afirmații formulate de către recurent prin cererea de recurs, iar în cauză nu s-a tăcut dovada că s-a început procedura de executare silită a creanței fiscale, aspect ce ar putea produce acestuia o eventuală pagubă ce l-ar fi îndreptățit la o eventuală suspendare a executării actului administrativ.

Recurentul a susținut inițial, prin acțiunea introductivă, că la momentul 2012 nu avea posibilitatea de a suplimenta bugetul local cu fondurile necesare suportării corecției financiare și că acest aspect conducea la oprirea executării finalizării proiectului aflat în plină derulare. Aceste circumstanțe s-au modificat pe parcursul soluționării cauzei, în sensul că cererea de suspendare a fost rejudecată în anul 2013, recurentul invocând, ca pagubă iminentă, imposibilitatea suportării sumelor stabilite în sarcina sa, cu consecința opririi proiectului. Nu au fost depuse însă dovezi în sprijinul acestor susțineri, astfel că ele nu pot fi reținute ca întemeiate. Nu s-a depus la dosar nici graficul de lucrări executate în cadrul proiectului de iminente, în sensul legii. Așa fiind, constatând că nu pot fi reținute criticile din recurs, în temeiul art. 312 alin. I raportat la art. 304 pct.9 Cod procedură civilă, curtea va respinge recursul de față, ca nefondat.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII DECIDE

Respinge recursul promovat de recurentul-reclamant Municipiul Piatra Neamț - prin primar, împotriva sentinței civile nr.232/CA/13.06.2013, pronunțată de Tribunalul Neamț în dosarul nr. 247/32/2012, în contradictoriu cu intimata-pârâtă Direcția de Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare, ca nefondat.

Irevocabilă. Pronunțată în ședința publică de la 06 August 2013.

Dosar nr. 221/32/2012*

CURTEA DE APEL BACĂU
SECȚIA A-II-A CIVILĂ, DE CONTECIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIA NR. 2695/2013
Ședința publică de la 27 Iunie 2013

La ordine a venit spre soluționare recursul declarat de recurentul-reclamant MUNICIPIUL PIATRA NEAMȚ - prin PRIMAR împotriva sentinței civile nr. 510/CF din 14 Martie 2013, pronunțată de Tribunalul Neamț în dosarul nr. 221/32/2012, având ca obiect suspendare executare act administrativ. La apelul nominal făcut în ședința publică părțile au fost lipsă la prima, precum și la a doua strigare a cauzei. Procedură legal îndeplinită. S-a făcut referatul oral asupra cauzei, după care: Instanța constată recursul declarat și motivat în termen, legal timbrat, față de dovezile aflate la filele 34-35 din dosar. Se mai constată că s-a depus întâmpinare, la data de 25 iunie 2013, de către intimata-pârâtă Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice succesor în drepturi și obligații al Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, care în raport de dispozițiile art. 308 Cod procedură civilă, va fi reținută cu titlu de. concluzii scrise. Având în vedere că prin întâmpinare intimatul a solicitat judecata în lipsă, iar cauza se află în stare de judecată, instanța a reținut dosarul în pronunțare.

CURTEA deliberând

Asupra recursului de față, în materia contenciosului administrativ, constată următoarele:
Prin cererea înregistrată pe rolul Tribunalului Neamț sub nr. 221/32/2012 reclamantul Municipiul Piatra - Neamț, în contradictoriu cu Direcția Generală de Autorizare și Plați Programe din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, în temeiul art. 47 punctul (8) din OUG 66/201.1 și art. 14 din Legea 554/2004, a formulat cerere de suspendare a actului administrativ unilateral - titlul de creanță 93966/15.02.2012 emis de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului Direcția Generală Autorizare și Plați Programe recepționat de Municipiul Piatra-Neamț sub nr. 6745/27.02.2012.

Prin sentința civilă nr. 510/CF/14.03.2013, pronunțată în dosar nr. 221/32/2012, tribunalul a respins ca nefondată cererea de suspendare a executării actului administrativ, în considerarea următoarelor argumente: Actul administrativ se bucură de prezumția de legalitate care, la rândul său, se bazează pe prezumția de autenticitate și de veridicitate. Prin urmare, suspendarea unui act administrativ individual presupune îndeplinirea cumulativă a condițiilor prevăzute de art. 14 alin. 1 din Legea 554/2004, întrucât cele două condiții se determină reciproc, neputându-se vorbi despre un caz bine justificat fără a exista pericolul producerii pagubei.

Instanța de fond a reținut că reclamanta a argumentat îndeplinirea celor două condiții prin motivarea din contestația formulată împotriva actului administrativ, respectiv a reiterat conținutul contestației, invocând motive de fond, iar ca și motivare a pagubei iminente a menționat perspectiva opririi Proiectul în faza în care se găsește, deoarece corecția financiară aplicată de 10% la contractele de proiectare, construcții și instalații, reprezintă o sumă foarte mare care ar trebui acoperită cu o alocare suplimentară din bugetul local, rectificarea bugetară care nu este permisă de lege cel puțin până în semestrul al doilea al anului 2012.

Examinând motivele invocate prin prisma dispozițiilor art. 14 din Legea nr.554/2004, fără a analiza fondul cauzei, tribunalul a stabilit că acestea nu sunt de natură a demonstra cazul bine justificat, de natură a determina suspendarea executării actului administrativ, ci vizează fondul pricinii și nu pot fi examinate în procedura judiciară reglementată de lege pentru suspendarea executării actului administrativ. Aparența de nelegalitate a actului administrativ contestat nu a fost dovedită din.

perspectiva condițiilor impuse prin art. 14 din Legea contenciosului administrativ, reclamanta făcând critici ce țin de fondul cauzei, ce nu pot fi analizate în cadrul cererii de suspendare executare act administrativ. Cât privește îndeplinirea celei de a doua condiții, s-a reținut că la momentul soluționării cererii nu mai subzistă motivele invocate de reclamantă în cererea de chemare în judecată cu care a fost inițial sesizată Curtea de apel Bacău. În acest sens, reclamantul susținea că o rectificare bugetară care să acopere necesitățile financiare continuării lucrărilor la Centrul Social, ar putea avea loc cel mai devreme în al doilea semestru al anului 2012, ori soluționarea actualei cereri a avut loc în primul semestru al anului 2013. Pe cale de consecință, s-a reținut că nu este îndeplinită nici condiția pagubei iminente.

Având în vedere că suspendarea executării unui act administrativ constituie o situație de excepție, care poate interveni numai atunci când sunt cumulativ îndeplinite cerințele prevăzute în art. 14 din Legea nr. 554/2004, condiții care în cauza de față nu au fost dovedite, a fost respinsă ca nefondată cererea de suspendare a executării titlului de creanță 93966/15.02.2012. Împotriva acestei sentințe a declarat recurs reclamantul - Municipiul Piatra Neamț prin primar, care a solicitat modificarea hotărârii, în sensul admiterii cererii de suspendare. Recurentul a susținut că instanța de fond a apreciat în mod greșit că nu ar fi îndeplinite condițiile legale pentru a dispune suspendarea executării actului administrativ.

Se susține că argumentele privind încălcarea și aplicarea retroactivă a dispozițiilor OUG 66/2011 la emiterea actului contestat sunt în măsură să răstoarne prezumția de legalitate, în același sens impunându-se a fi avute în vedere și considerentele pentru care s-a susținut că există erori în analiza contractului. În ce privește paguba iminentă, recurentul susține că suma ce urmează a fi executată este importantă și nu dispune de resurse financiare pentru a asigura acoperirea ei, condiții în care finalizarea contractului nu mai este posibilă. Analizând sentința recurată sub aspectul criticilor formulate și în raport de dispozițiile legale incidente, curtea constată că recursul este nefondat, pentru considerentele ce urmează a fi expuse:

Așa cum corect a reținut instanța de fond, pentru a se dispune suspendarea executării unui act administrativ este necesar să se facă dovada că sunt îndeplinite cumulativ condițiile impuse de art.14 din Legea 554/2004, respectiv cazul bine justificat și paguba iminentă, astfel cum sunt definite aceste noțiuni de art. 2 lit. (ș), (t) din lege. În ce privește paguba iminentă, recurentul a susținut inițial, prin acțiunea introductivă, că la momentul 2012 nu avea posibilitatea de a suplimenta bugetul local cu fondurile necesare suportării corecției financiare și că acest aspect conducea la oprirea executării proiectului. Aceste circumstanțe s-au modificat pe parcursul soluționării cauzei, în sensul că cererea de suspendare a fost rejudecată în anul 2013, recurentul invocând, ca pagubă, imposibilitatea suportării, sumelor stabilite în sarcina sa, cu consecința opririi proiectului. Nu au fost depuse însă dovezi, în sprijinul acestor, susțineri astfel că ele, nu pot fi reținute ca întemeiate. Nu s-a depus la dosar nici graficul, de lucrări executate în cadrul proiectului de executare nici sumele de plată, după cum nu s-au administrat dovezi din care să rezulte imposibilitatea autorității locale de a suporta corecția financiară, mai ales în condițiile în care această corecție se ridică la suma de aproximativ 8.575 lei, sumă care nu poate fi considerată de natură a afecta activitatea și fondurile de care dispune o unitate administrativ teritorială.

Ca urmare, instanța de fond a stabilit în mod corect că nu s-a făcut dovada unei pagube iminente, în sensul legii. De asemenea, instanța de fond a stabilit în mod corect că nu s-a făcut dovada cazului bine justificat, acesta presupunând invocarea și dovedirea unor aspecte de fapt și de drept de natură a răsturna prezumția de legalitate a actului administrativ.

Recurentul reclamant a invocat, în acest sens, aplicarea greșită a unor norme de drept, în vedere că este în discuție o problemă de aplicare în timp a normei legale și de analiză pe fond a dispozițiilor legale incidente în situații tranzitorii, o asemenea problemă nu putea fi tranșată în cadrul unei

cereri de suspendare a executării actului administrativ. Nici criticile ce priveau lipsa de temeii a corecției financiare nu puteau fi analizate în cadrul cererii de suspendare, pentru că s-ar fi antamat fondul cauzei.

Așa fiind, constatând că nu pot fi reținute criticile din recurs, în temeiul art. 312 alin.1 raportat la art. 304 pct.9 Cod procedură civilă, curtea va respinge recursul de față, ca nefondat.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII DECIDE

Respinge, ca nefondat, recursul declarat de recurentul - reclamant MUNICIPIUL PIATRA NEAMȚ - prin PRIMAR împotriva sentinței civile nr. 510/CF din 14 martie 2013, pronunțată de Tribunalul Neamț în dosarul nr. 221/32/2012, în contradictoriu cu intimatul - pârât MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE succesor în drepturi al Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului.

Irevocabilă. Pronunțată în ședință publică din 27 Iunie 2013.

Dosar nr. 1162/54/2012

CURTEA DE APEL CRAIOVA
SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIE NR. 236/2014
ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 15 IANUARIE 2014

S-a luat în examinare recursul declarat de pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE împotriva sentinței nr. 1272/03.04.2013 pronunțată de Tribunalul Olt în dosarul nr. 1162/54/2012 în contradictoriu cu intimata pârâtă UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL OLT, având ca obiect anulare act administrativ. La apelul nominal făcut în ședința publică a răspuns consilier juridic T.M pentru intimata reclamantă UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALA JUDEȚUL OLT, lipsind recurentul pârât Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice. Procedura legală îndeplinită. S-a făcut referatul cauzei de către grefier, după care: Nemaifiind alte cereri, Curtea apreciind cauza în stare de soluționare a acordat cuvântul părții prezente pentru a pune concluzii. Consilier juridic T.M pentru intimata reclamantă UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL OLT solicită respingerea recursului și menținerea sentinței ca temeinică și legală.

CURTEA,

Asupra recursului de față:

Prin Sentința nr. 1272/03.04.2013 pronunțată de Tribunalul Olt în dosarul nr. 1162/54/2012*, s-a admis contestația formulată de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Jud. Olt reprezentată legal de Președintele Consiliului Județean Olt, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, în prezent Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice cu sediul în București. S-a dispus anularea deciziei nr. 26/22.11.2011 emisă de Comisia de soluționare a contestației din cadrul MDRT și a notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA-72745/30.09.2011 și a obligat pârâta să restituie suma încasată cu titlu de corecție financiară în cuantum de 145.187,71 lei. Pentru a pronunța această sentință Tribunalul a reținut că în perioada 07.09.2011 - 27.09.2011 Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul MDRT a procedat la verificarea modului de utilizare a fondurilor comunitare și a celor cofinanțate de la bugetul de stat.

Cu această ocazie a fost verificat modul de implementare a proiectului cod SMIS nr. 3055 „Reabilitare și modernizare drum județean DJ 648, limită jud. Vâlcea - Vitomirești”, beneficiar Unitatea Administrativ Teritorială a Județului Olt. În urma verificării documentației aferente atribuirii contractului de lucrări nr. 14975/23.04.2010, în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică au fost, conform prevederilor HG 925/2006, identificate criteriile de calificare și selecție restrictive referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională, cu nerespectarea prevederilor art. 168 alin. 1 din OUG 34/2006 cu modificările ulterioare, neregulile constatate fiind pe larg descrise în nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA - 72745/30.09.2011.

Astfel prin nota de constatare s-a constatat că beneficiarul a introdus în cadrul documentației de atribuire Fișa de date de achiziție, la capitolul 4.4.2, Informații privind dotări specifice, pct. 1 din formularul 12 H două cerințe:

- ofertantul să facă dovada că deține stație de preparat mixturi asfaltice în județul Olt mobilă sau fixă, autorizată, la distanță maximă de 50 km de lucrare și să asigure cantitatea de asfalt necesară în condițiile impuse conform normativelor tehnice SR7970 și SR 1742;
- ofertantul să facă dovada că deține stație de betoane de ciment autorizată pe raza județului Olt la distanță maximă de 60 km de lucrare.

Prin impunerea celor două cerințe, MDRT a apreciat că autoritatea contractantă a încălcat principiul tratamentului egal consacrat de art. 2 alin 2 lit. b din OUG 34/2006 și art 8 din HG 925/2006. S-a reținut că era suficientă invocarea celor două standarde tehnice, fără a mai fi necesară stabilirea unor distanțe maxime de amplasare a stațiilor, având în vedere potențialul concret al fiecărui operator în parte de a asigura această temperatură indiferent de soluțiile adoptate, dat fiind existența containerelor termice care pot menține această temperatură. Ca urmare a constatării acestor nereguli Unitatea Administrativ teritorială a județului Olt a fost sancționată cu o corecție financiară de 5% pentru cheltuielile efectuate în cadrul contractului de lucrări nr. 8404/6.10.2009 și raportate după cererea de rambursare nr. 3, în cuantum de 145.187,71 lei, în baza art. 2 alin. 1 lit. a din OUG 66/2011. Împotriva acestei note de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, Consiliul Județean Olt a formulat contestație ce a fost respinsă prin decizia nr. 26/22.11.2011 de Comisia de Soluționare a contestațiilor din cadrul MDRT.

Analizând cele două cerințe impuse în Fișa de date achiziție la capitolul 4.4.2 Informații privind dotări specifice, pct. 1 din Formularul 12H, Tribunalul constată că în mod eronat pârâta a reținut că prin impunerea celor două cerințe s-a încălcat principiul tratamentului egal și prevederilor art. 8 din HG 925/2006 având în vedere faptul că rațiunea acestor cerințe a fost aceea a respectării indicațiilor privind temperatura asfaltului la momentul executării lucrării pentru ca lucrarea să îndeplinească standardele impuse în documentația de atribuire în vederea respectării principiului utilizării eficiente a fondurilor publice ceea ce impune autorității contractante obligația de a lua toate măsurile și garanțiile necesare pentru ca asfaltul turnat, cum este cazul în speța de față, să corespundă tuturor condițiilor de calitate.

Cerințele din documentația de atribuire nu contravin standardelor SR 7970 și SR 174-2, reprezentând modalități concrete de punere în aplicare a acestor standarde, ca garanții ale faptului că prin limitarea distanțelor de transport, a amestecurilor asfaltice și a cimentului, se asigură păstrarea temperaturii recomandată de normativele respective, standardul DR 174-2 impunând o temperatură de minim 140 de grade C de la stația de asfalt la destinația finală. Mai mult, impunerea acestor cerințe au fost justificate de către autoritatea contractantă ținând cont și de zona dificilă în care se desfășoară lucrările, fiind zonă de deal, unde deplasarea mașinilor de mare tonaj se face în condiții dificile și cu viteză foarte mică.

Existența pe piață a unor containere termice pentru asfalt care asigură păstrarea temperaturii de turnare dorită pentru o perioadă îndelungată de timp nu duce la concluzia că măsura impusa de autoritatea contractantă ar fi discriminatorie în condițiile în care ofertanții aveau posibilitatea de a dovedi că dețin aceste dotări tehnice moderne, nefiind eliminat niciun ofertant pentru nerespectarea acestui criteriu, cu atât mai mult cu cât operatorii economici interesați în procedura de achiziție publică au posibilitatea contestării documentației de atribuire, în sensul înlăturării cerințelor pe care le consideră restrictive.

De altfel, și CNSC în mai multe spețe similare a apreciat că solicitarea de a deține o stație de preparare a amestecurilor asfaltice la o distanță de 40 km de așternere nu contravine prevederilor legislației care guvernează achizițiile publice, în acest sens fiind invocate cu titlu de practică judiciară de către reclamant prin cererea de chemare în judecată mai multe decizii ale CNSC-ului (fila 54-64).

Mai mult, nu se poate reține nici condiția existenței prejudiciului cauzat Uniunii Europene sau a fondurilor publice naționale în condițiile în care nu s-a făcut dovada că ar fi existat operatori economici care să fi formulat oferte în cadrul procedurii de atribuire contractului de achiziție publică, care au fost respinse ca inacceptabile, ca urmare a faptului că nu îndeplineau cerințele minime de clasificare ori că au existat operatori economici care nu au mai depus oferte întrucât nu

îndeplineau aceste cerințe minime cu atât mai mult cu cât prețul de adjudecare a fost de 3.072.640 lei fără TVA sub valoarea din anunțul de participare publicat în SEAP de 4.707.163 lei potrivit raportului final al procedurii de achiziție publică. Ori potrivit art. 2 alin. 1 lit. a din OUG 66/2011, pentru a fi în prezența unor nereguli trebuie îndeplinite cumulativ printre alte condiții și condiția creării unui prejudiciu, prejudiciu care nu este prezumat prin simpla dovedire a abaterii și care trebuie dovedit.

Împotriva acestei sentințe, a declarat recurs pârâtul MDRAP, criticând-o ca netemeinică și nelegală. În motivare a arătat că în mod greșit instanța a reținut că: existența pe piață a unor containere termice pentru asfalt...nu duce la concluzia că măsuraar fi discriminatorie în condițiile în care ofertanții aveau posibilitatea de a dovedi că dețin cest dotări termice modern nefiind eliminate niciun ofertant pentru nerespectarea acestui criteriu cu atât mai mult cu cât operatorii economici interesați în procedura de achiziție publică au posibilitatea contestării documentației de atribuire.

Atât timp cât documentația de atribuire prevedea că ofertanții trebuie să facă dovada deținerii celor două stații pe raza județului Olt, la un anumit număr de kilometri de lucrare, este evident că orice ofertant care nu se încadra în aceste cerințe (chiar dacă ar fi făcut dovada deținerii unor containere termice) ar fi fost exclus de la procedură pentru neîndeplinirea condițiilor impuse prin fișa de date a achiziției. Prin urmare trebuia prevăzută doar obligația ofertanților de a asigura temperatura minimă a produsului final fără a impune mijloacele tehnice care să asigure această temperatură. Faptul că nu a fost eliminat niciun ofertant nu înseamnă că intimata nu a impus condiții restrictive în documentația de atribuire. Faptul că ofertanții au posibilitatea contestării documentației de atribuire nu acoperă condițiile restrictive impuse prin fișa de date a achiziției, deoarece ar însemna ca orice abatere să fie acoperită prin necontestarea acesteia de către ofertanți, situație ce nu poate fi acceptată.

În ceea ce privește practica CNSC aceasta nu constituie izvor de drept, iar instanța nu a avut în vedere practica judiciară invocată de recurentă respectiv decizia 2581/10.04.2012 a Curții de Apel București și chiar prevederile art. 34 ind. 4 din HG 457/2008. Mai mult, Ordinul ANRMAP nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție prevede că cerința stație de betoane, asfalt, etc. la 30 km distanță de locul execuției lucrării sau stație de asfalt, betoane, etc. pe raza județului reprezintă o formulare restrictivă potrivit Anexei nr. 1 privind contractele de lucrări lit. f. În ceea ce privește condiția prejudiciului, temeiul aplicării corecției l-a constituit punctul 2.3 din Anexa la OUG nr. 66/2011, astfel că nu este necesar ca echipa de control să facă dovada împiedicării efective a participării unui ofertant. În cauză, chiar a formulat contestație unui din participanți SC European Prod SA, care însă a fost respinsă ca tardivă iar pentru îndeplinirea criteriilor cerute aceasta a trebuit să facă eforturi suplimentare pentru a putea îndeplini condițiile restrictive. Instanța de fond nu a motivat în vreun fel de ce cerința ca stația de betoane, mixturi asfaltice să fie pe teritoriul județului Olt nu este restrictivă.

În ceea ce privește prejudiciul, la stabilirea acestuia trebuie luate în considerare atât prevederile contractului de finanțare cât și dispozițiile comunitare în acest sens, respectiv art. 2.7 din Regulamentul CE nr. 1083/2006 al Consiliului UE precum și art. 1 din Regulamentul CE EURATOM nr. 2988/95 privind protecția intereselor financiare ale comunităților europene.

În drept au fost invocate disp. art. 304 și urm. C.proc.civ. Prin Încheierea de ședință din 02.10.2013 Curtea a respins cererea de suspendare a judecării până la soluționarea de către pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației a solicitării UAT Olt de suportare de la bugetul de stat a sumelor aferente corecțiilor financiare aplicate pentru abaterile de la conformitatea cu legislația din domeniul achizițiilor publice, conform OG. 14/2013 formulată de intimata reclamantă. Intimata reclamantă a depus întâmpinare prin care a solicitat respingerea recursului ca nefondat. În motivare a reluat susținerile din fața primei instanțe și a arătat ca aceasta a analizat corect situația

de fapt și de drept existentă în cauză. A arătat că cerințele nu sunt restrictive deoarece prin acestea nu a fost încălcat principiul tratamentului egal al ofertanților reglementat de art. 2 alin. 2 lit. b din OUG nr. 34/2006 deoarece nici în nota de constatare, nici în Decizia Comisiei de contestație nu se face precizarea că cerințele ar fi fost prea restrictive, că ar fi favorizat un singur operator sau că ar fi existat operatori interesați care ar fi fost împiedicați să participe la procedură ori ar fi fost excluși de la procedură. Ori ei au contestat tocmai încadrarea faptei ca abatere în baza pct. 2.3 din Anexa la OUG nr. 60/2011, întrucât conform descrierii abaterii și exemplurilor formulate de către însuși legiuitor acest punct sancționează cerințe excesiv de restrictive care favorizează un singur operator.

Prin urmare, în cauză ar fi trebuit să se demonstreze și faptul că au existat anumiți ofertanți interesați, simpla prezumție fiind insuficientă. Potrivit legislației achizițiilor publice, orice operator economic interesat în procedura de achiziție publică, are posibilitatea contestării documentației de atribuire în sensul înlăturării cerințelor pe care le consideră restrictive. Stabilirea abaterii și stabilirea caracterului restrictiv al cerințelor trebuie să se facă prin raportare la prevederile legale în vigoare la data săvârșirii presupusei abateri. În speță data presupusei abateri este data publicării celui de-al doilea anunț de participare, respectiv 26.05.2009 raportat la care apreciază că nu au fost încălcate disp. art. 8 din HG nr. 925/2006 având în vedere că art. 8 menționa cu caracter general cerințele minime de calificare prin care se restricționează participarea la procedura de achiziție publică, fără a fi reglementate în concret care sunt cerințele considerate restrictive. Abia la data de 22.07.2009 prin HG nr. 834/2009 s-a modificat art. 9 din HG nr. 925/2006 în sensul exemplificării cerințelor considerate disproporționate în raport de natura și complexitatea contractului, dar printre acestea nu se regăsesc cerințele minime de calificare cu privire la care s-a invocat suspiciunea de neregulă. Considerarea ca restrictivă a impunerii unor distanțe este făcută prima dată printr-un act normativ central abia în anul 2011, prin Ordinul Președintelui ANRMAP nr. 509/14.09.2011, dar care raportat la data de 26.05.2009 este inaplicabil. Inexistența unor prevederi exprese, clare în legislația achizițiilor publice a determinat autoritățile publice să stabilească cerințele în funcție de aprecierile și dezlegările în cazuri similare făcute de organele abilitate respectiv ANRMAP, MFP, CNSC, instanțele de judecată.

Cerințele respective au fost considerate legale de către ANRMAP, care nu a respins anunțul, de către Ministerul Finanțelor Publice care au a semnalat nereguli deși conform OUG nr. 30/2006 aveau obligația verificării aspectelor procedurale iar prin Reportul de activitate nr. 2882/13.10.2009 nu au fost semnalate nereguli. Constatarea ca legală a procedurii de achiziție publică de către reprezentanții Ministerului Finanțelor este de mare importanță pentru că în considerarea acestui fapt, prin OG nr. 14/2013 s-a decis ca în situațiile în care la procedurile de achiziție publică derulate de către autoritățile contractante în cadrul Programului operațional regional 2007-2013 au participat reprezentanții Unității pentru coordonarea și verificarea achizițiilor publice și aceștia nu au semnalat nereguli, sumele aferente corecțiilor financiare aplicate în temeiul OUG nr. 66/2011 să fie suportate de la bugetul de stat iar nu de la bugetele locale recunoscându-se lipsa culpei autorităților contractante în săvârșirea unor eventuale abateri. Contractul de lucrări în considerarea căruia li s-a aplicat corecția financiară ce face obiectul prezentului litigiu intră sub incidența OG nr. 14/2013 iar UAT Olt a înaintat la MDRAP solicitarea nr. 9839/30.09.2013 împreună cu actele necesare, iar prin adresa nr. 78414/21.11.2013 li s-a comunicat restituirea sumei de 183.565,15 lei cu Ordinul de plată nr. 12801/21.11.2013, astfel că capătul de cerere privind obligarea MDRAP la restituirea sumelor reținute cu titlu de corecție financiară în temeiul titlului de creanță a cărui anulare se solicită a rămas fără obiect. Prin documentația de atribuire nu a impus ca stațiile de mixturi asfaltice sau de ciment să fie deținute în proprietate, ofertanții aveau posibilitatea de a dovedi fie că dețin stație fixă, fie că dețin stație mobilă de mixturi asfaltice iar într-o cauză similară CNSC a stabilit că solicitarea de a deține o stație de preparare la o distanță de 40 km de la locul de așternere nu contravine prevederilor ce guvernează achizițiile publice.

Cerințele din documentație nu contravin Standardelor SR 7970 și SR 174-2 ci sunt în concordanță cu acestea deoarece temperatura mixturii asfaltice trebuie să fie de minim 145 grade, este interzisă transportarea mixturilor asfaltice pe distanțe mai mari de 20 km sau pentru perioade ce depășesc 30 de minute fără ca acestea să fie acoperite cu prelate speciale care reduc pierderea de căldură, iar în cazul betonului dacă se depășește timpul de transport de 45 minute există riscul ca betonul să se întărească și să nu mai poată fi folosit. A nu limita distanțele de transport ar fi însemnat o creștere substanțială a valorii lucrării datorită costurilor de transport. Cerința privind amplasarea stațiilor de betoane într-un perimetru determinat chiar luând în considerare și soluția tehnică cea mai recentă a containerelor tehnice nu a fost considerată restrictivă de către instanțele judecătorești în acest sens fiind decizia 1973/13.10.2009 a Curții de Apel București. În mod corect, prima instanță a reținut că în speță nu a fost săvârșită o abatere în accepțiunea art. 2 alin. 1 din OUG nr. 66/2011.

Ori în cauză, nu rezultă vreun prejudiciu cauzat UE sau bugetului de stat, nefăcându-se dovada vreunui prejudiciu în speță, iar prejudiciul nu se poate prezuma acest punct de vedere fiind conform cu soluțiile pronunțate de instanțele judecătorești (Sent. Nr. 262/R/18.04.2012 a Curții de Apel Timișoara, irevocabilă prin Dec. 4985/23.11.2012 a ICCJ și Sent. 278/F/2012 a Curții de Apel Brașov). Inexistența prejudiciului rezultă și din faptul că valoarea estimată a contractului de achiziție publică a fost de 4.707.163 lei iar adjudecarea s/a făcut la prețul de 3.072.640 lei, deci sub valoarea estimată, fiind al doilea preț din prețurile ofertate de către operatorii economici, unii din alt județ. La data publicării anunțului de participare și derulare a procedurii, legislația achizițiilor publice nu califica ca abatere și nu sancționa cu corecție financiară săvârșirea unor fapte precum cea reținută în speță. A atașat în fotocopie înscrisurile despre care a făcut vorbire din întâmpinare.

Recursul este fondat pentru următoarele considerente:

Autoritatea contractantă - intimată în cauză - a organizat procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiectiv Reabilitare și modernizare drum județean DJ 648, limita județ Vâlcea - Vitomirești. În cuprinsul fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă a impus la capitolul 4.4.2 informații privind dotări specifice, punctul 1 din formularul 12 H, două cerințe:

- ofertantul să facă dovada că deține stație de preparat mixturi asfaltice în județul Olt mobilă sau fixă, autorizată, la distanță maximă de 50 km de lucrare și să asigure cantitatea de asfalt necesară în condițiile impuse conform normativelor tehnice SR7970 și SR 174,2;
- ofertantul să facă dovada că deține stație de betoane de ciment autorizată pe raza județului Olt la distanță maximă de 60 km de lucrare.

Procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de achiziție publică este reglementată de dispozițiile OUG 34/2006 și de normele de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică aprobate prin HG 925/2006, în cauză având incidență următoarele: Art. 176: Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare numai la:

- a) situația personală a candidatului sau ofertantului;
- b) capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- c) situația economică și financiară;
- d) capacitatea tehnică și profesională;
- e) standarde de asigurare a calității;
- f) standarde de protecție a mediului în cazurile prevăzute la art. 188 alin. 2 lit. f și alin. 3 lit. i.

Art. 178: (1) În cazul în care pentru criteriile de natura celor prevăzute la art. 176 lit. c și d, autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea unor cerințe minime pe care ofertanții /candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați, atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate, conform principiului transparenței, în cadrul anunțului de participare.

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire.

Art. 179: Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție precum și nivelul cerințelor minime solicitate luând în considerare exigențele specifice impuse de natura și complexitatea contractului care urmează să fie atribuit.

Art. 7 din HG nr. 925/2006: Criteriile de calificare și selecție astfel cum sunt prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.

Art.8 din HG nr. 925/2006: (1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care: a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit; b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.

(2) Atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și profesională astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției.

Așa cum rezultă din dispozițiile legale suscitade esențial în corecta soluționare a prezentei cauze este de a verifica respectarea de către autoritatea contractantă, odată cu impunerea cerinței minime de calificare din fișa de date a achiziției capitolul 4.4.2 „Informații privind dotări specifice punctul 1 din formularul 12 H,, a principiilor nerestricționării participării la procedura de atribuire, a tratamentului egal și a principiului proporționalității în raport cu obiectul contractului, principii ce rezultă din prev. art. 178 și 179 din OUG nr. 34/2006. Sub acest aspect Curtea constantă că în mod greșit prima instanță a apreciat că prin impunerea celor două cerințe nu s-au încălcat aceste principii (dintre care indică pe cei al tratamentului egal), cu consecința inexistenței vreunei abateri. Astfel, din însăși formularea cerințelor rezultă că autoritatea contractantă a condiționat calificarea/atribuirea impunând o dublă limitare: 1. Ofertantul să facă dovada că deține stație (de preparat mixturi asfaltice/ de betoane) în județul Olt; 2. stațiile să fie la distanța de 50-60 km de lucrare.

Este evident că dacă în ceea ce privește a doua limitare autoritatea contractantă a încercat să o justifice prin condițiile tehnice de preparare a materialelor, în ceea ce privește prima limitare nu a prezentat nicio justificare. Curtea apreciază că prima restricție este nepermisă cu atât mai mult cu cât achiziția publică viza o zonă aflată la periferia județului Olt, astfel că limita de distanță putea fi îndeplinită și de un ofertant care ar fi deținut o stație de preparare în afara județului Olt. În ceea ce privește cea de a doua limitare, aceasta nu era necesară dată fiind trimiterea la dispozițiile normativelor tehnice SR 7970 și SR 174,2 și având în vedere că coroborată cu prima, favorizează în fapt ofertanții care au dotările tehnice cerute pe raza județului Olt care se încadrează din start în limitările de distanță pretinse. Prin urmare, aceste cerințe restricționează procedura cu consecința încălcării principiilor nediscriminării și egalității de tratament, prevăzute de art. 2 alin. 2 lit. a și b din OUG 34/2006 și cea a neatingerii scopurilor pentru care se desfășoară achiziția publică anume cele prev. de art. 2 alin. 1 lit. a, b și d din Ordonanța, acest ultim obiectiv (asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice, prin aplicarea procedurilor de atribuire de către autoritățile contractante) putând fi nerealizat cât timp, prin cerința restrictivă și nejustificată, se poate ajunge la eliminarea unor posibili ofertanți ce dețin capacitatea tehnică necesară executării contractului și care ar putea propune și prețul cel mai scăzut.

În mod eronat, intimata reclamantă susține că față de data săvârșirii faptei, 26.05.2009 când s/a publicat cel de-al doilea anunț nu s-ar fi încălcat legislația în vigoare, deci nu ar fi existat vreo abatere, deoarece considerarea ca restrictivă a impunerii unor distanțe este făcută prima dată printr-un act normativ central abia în anul 2011, prin Ordinul Președintelui ANRMAP nr. 509/14.09.2011, dar care raportat la data de 26.05.2009 este inaplicabil. Este real că prin acest act normativ s-a exemplificat prima dată restricția ca atare dar ordinul s-a dat în aplicarea OUG nr. 34/2006 și respectiv HG nr. 925/2006 pe care le-a interpretat tocmai pentru a elimina eventualele aplicări greșite sau abuzive, interpretarea care trebuia avută în vedere de la intrarea în vigoare a OUG nr. 34/2006. Astfel, în expunerea de motive privind Ordinul sus menționat s/a arătat:...esențial fiind ca stabilirea cerințelor minime de calificare și selecție să nu conducă la restricționarea participării operatorilor economici la procedura de atribuire sau la încălcarea principiului proporționalității.

Sunt irelevante susținerile intimătei reclamante în sensul că nu s-a dovedit că ar fi existat operatori interesați care ar fi fost împiedicați să participe la procedură ori că aceștia ar fi avut posibilitatea contestării documentației de atribuire, în sensul înlăturării cerințelor pe care le consideră restrictive, atât timp cât prin cerințele impuse s-a creat posibilitatea eliminării unor posibili ofertanți, contrat interesului propriu al autorității contractante implicate, care în lipsa acestor restricții ar fi putut dispune de o alegere mai largă în ceea ce privește oferta cea mai avantajoasă. Irelevantă este susținerea conform căreia UCVAP nu a semnalat nereguli atât timp cât din cele arătate mai sus rezultă încălcarea fără dubiu a dispozițiilor legale în vigoare.

De asemenea, intimata reclamantă invocă pretinse decizii ale organelor administrative și ale instanțelor judecătorești în cauze similare dar interpretarea de mai sus este concordantă cu jurisprudența comunitară în materie și care se aplică cu prioritate. Astfel, în cauză, C-234/03 Contse SA, Vivisol SRL și Oxigen Salud SA c. Instituto Nacional de Gestion Sanitaria, prin hotărârea din 27.10.2005 CJUE a statuat: ...art. 49 CE interzice unei autorități contractante să prevadă în specificațiile de ofertare pentru un contract de achiziții de sănătate constând în tratament respiratoriu la locuință și alte tehnici de respirație asistată, în primul rând, ca și condiție de admitere, ca o întreprindere ofertantă să aibă la momentul depunerii ofertei, un birou deschis publicului în capitala provinciei unde urmează să fie prestate serviciile și în al doilea rând, criteriile de evaluare care recompensează, prin acordarea de puncte suplimentare, exigența la momentul la care este depusă oferta stației de producere, tratare și îmbuteliere a oxigenului situată până la 1.000 km de acea provincie sau de birouri deschise publicului în alte orașe indicate în acea provincie și care, în caz de scor strâns între ofertanți, favorizează întreprinderea ce furnizează deja serviciile respective, într-o asemenea măsură încât aceste elemente sunt aplicate în mod discriminatoriu, nu sunt justificate de cerințe imperative privind interesul general, nu sunt potrivite pentru asigurarea atingerii obiectivelor pe care le urmăresc sau merg dincolo de ceea ce este necesar pentru a le atinge..". În cauza C-305/08 prin hotărârea din 23.12.2009 CJUE a statuat: "...unul dintre obiectivele comunitare în materia achizițiilor publice este descinderea spre o concurență cât mai extinsă posibil...și că este în interesul dreptului comunitar să se asigure participarea cât mai largă posibil a ofertanților la o cerere de ofertă. Trebuie adăugat în această privință că această deschidere spre concurența cât mai extinsă posibil este avută în vedere nu numai prin raportare la interesul comunitar în materia liberei circulații a produselor și serviciilor, ci și în interesul propriu al autorității contractante implicate, care va dispune astfel de o alegere mai largă în ceea ce privește oferta cea mai avantajoasă și cea mai adaptată nevoilor publicului vizat".

Curtea reține că în mod greșit prima instanță a apreciat că "nu se poate reține nici condiția existenței prejudiciului cauzat Uniunii Europene sau fondurilor publice naționale" și că „pentru a fi în prezența unor nereguli trebuie îndeplinite cumulativ printre alte condiții și condiția creării unui prejudiciu, prejudiciu care nu este prezumat prin simpla dovedire a abaterii și care trebuie dovedit” în condițiile în care obligația de recuperare a fondurilor UE există în toate cazurile de constatare a

unor fraude sau nereguli, fără a fi necesară probarea existenței/producerii unui prejudiciu. Astfel, în jurisprudența sa CJUE a statuat că „inclusiv abaterile care nu au un impact financiar precis pot afecta interesele financiare ale Uniunii” C-465/10 pct.47 și C-199/03 pct.31, statul fiind în măsură „să solicite beneficiarului în cauză rambursarea finanțării” C- 271/01 pct.48, C-465/10 pct.32, regula generală fiind că „orice abatere trebuie să ducă la retragerea avantajului obținut în mod fraudulos” C-199/03 pct. 15, în mod eronat intimata susține că la data publicării anunțului de participare și derularea procedurii, legislația achizițiilor publice nu califica ca abatere și nu sancționa cu corecție financiară săvârșirea unor fapte precum cea reținută în speță, având în vedere că la momentul respectiv erau în vigoare prevederile OG nr. 79/2003 care la art. 2 alin 1 lit. a definea neregula ca fiind: .."orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport de dispozițiile legale naționale și sau comunitare, care prejudiciază bugetul general al Comunității Europene și/sau bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, precum și bugetele din care provine cofinanțarea aferentă printr-o cheltuială necuvenită" iar sancționarea era prevăzută prin art. 3 alin 1 din aceasta. O.G. nr. 79/2003 a fost abrogată la data de 30.06.2011 prin OG 66/2011 ale cărei prevederi au fost corect avute în vedere și aplicate la data controlului din 30.09.2011.

În raport de considerentele de fapt și de drept de mai sus, Curtea constată că susținerile recurentului sunt întemeiate, astfel că în temeiul disp. art. 312 alin 3 raportat la art. 304 pct. 9 C.proc.civ. urmează a admite recursul și a modifica Sentința nr. 1272/03.04.2013, pronunțată de Tribunalul Olt în dosarul nr. 1162/54/2012*, în sensul respingerii contestației reclamantei, ca neîntemeiată.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII DECIDE

Admite recursul declarat de pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE împotriva Sentinței nr.1272/03.04.2013 pronunțată de Tribunalul Olt în dosarul nr. 1162/54/2012*, în contradictoriu cu intimata reclamată UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALA JUDEȚUL OLT. Modifică sentința, în sensul că respinge contestația.

Irevocabilă. Pronunțată în ședința publică de la 15 Ianuarie 2014.

Dosar nr. 1212/54/2012*

CURTEA DE APEL CRAIOVA
SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIE Nr. 941/2014
Ședința publică de la 06 Februarie 2014

S-a luat în examinare recursul formulat de reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL OLT - PRIN PREȘEDINTELE CONSILIULUI JUDEȚEAN OLT împotriva sentinței nr. 277 din data de 30 ianuarie 2013 pronunțată de Tribunalul OLT în dosar nr. 1212. 54/2012 în contradictoriu, cu intimatul pârât MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI, având ca obiect anulare act administrativ.

La apelul nominal tăcut în ședința publică a răspuns recurenta reclamantă UNITATEA ADMINISTRATIV - TERITORIALĂ JUDEȚUL OLT - PRIN PREȘEDINTELE CONSILIULUI JUDEȚEAN OLT reprezentată de consilier juridic T. M. lipsind intimatul pârât MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI. Procedura de citare este legal îndeplinită. S-a tăcut referatul cauzei de către grefierul de ședință, care învederează instanței că recursul este declarat și motivat în termenul legal, intimatul pârât a solicitat judecarea cauzei în lipsă, după care: Nemaifiind cereri prelabile de formulat sau excepții de invocat. Curtea constată terminată cercetarea judecătorească și acordă cuvântul în dezbateri, pe fondul recursului.

Consilier juridic T.M. pentru recurenta reclamantă UNITATEA ADMINISTRATIV -TERITORIALĂ JUDEȚUL OLT- PRIN PREȘEDINTELE CONSILIULUI JUDEȚEAN OLT solicită admiterea recursului, modificarea sentinței recurate în sensul admiterii - cererii de chemare în judecată, anularea în totalitate a Deciziei nr. 20/16.02.2012, anularea Notei de Constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-94775/2011 și obligarea pârâtului la restituirea sumelor încasate cu titlu de corecție financiară. Mai arată că, în temeiul disp. OUG nr. 14/2013 capătul de cerere privind restituirea sumei de bani a rămas fără obiect.

CURTEA:

Asupra recursului de față. Prin cererea de chemare în judecată înregistrată la nr. 1212/54/2012 reclamanta Unitatea Administrativ-Teritorială Județul Olt, reprezentată legal prin Președintele Consiliului Județean Olt, domnul P S, a chemat în judecată pe pârâtul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului solicitând ca prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună anularea în totalitate a Deciziei nr 20/16.02.2012 emisă de Comisia de soluționarea contestației din cadrul acestui minister și înregistrată la Consiliul Județean Olt sub nr. 1655/23.02.2012 și, implicit a Notei de constatare a. neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA- 94775 22.12.2011.

Prin sentința nr. 810/14.09.2012 Curtea de Apel Craiova a declinat competența de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului Olt Secția A II a de Contencios Administrativ și Fiscal.

Cauza a fost neînregistrată pe rolul Tribunalului Olt Secția a II a de Contencios Administrativ și Fiscal la data de 30.10.2012 sub nr. 1212/54/2012.

Soluția instanței de fond:

Prin sentința nr. 277/30.01.2013 pronunțată de tribunalul Olt a fost respinsă cererea de chemare în judecată.

Considerentele instanței de fond:

Pentru a se pronunța astfel, Tribunalul Olt a reținut următoarele:

Prin decizia nr. 20, 16.02.2012 emisă de Comisia de soluționare a contestației din cadrul MDRT a respins ea fiind neîntemeiată contestația Unității Administrativ - Teritoriale Județul Olt înregistrată la MDRT sub nr 6230/26.01.2012 împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire af corecțiilor financiare nr. CA-94775/22.12.2011, aferentă contractului de finanțare nr. 620/23.12.2009 cod SMIS 3095, proiect „Modernizarea dezvoltarea și echiparea ambulatoriului din cadrul Spitalului de Urgența Slatina.

Instanța nu a putut reține apărările formulate de reclamantă respectiv că nu se poate imputa autorității contractante faptul că cerința de vizitare a amplasamentului lucrării nu a fost inserată și motivată în Nota justificativă nr. 224 din 22.03.2010, raportat la art. 8 alin.(2) din HG. nr.925/2006, cu modificării le și completările ulterioare, având în vedere că includerea procesului verbal de vizită pe teren ca document eu prezentare obligatorie având consecința descalificării ofertantului, respectiva cerință devine prin asimilare criteriu de calificare, cerință care nu se regăsește printre criteriile exclusive prevăzute la art. 176 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Ofertantul nu poate fi responsabilizat suplimentar în vederea prezentării în mod obligatoriu a unui act aferent unei vizionări având, în sine, caracter de recomandare.

Aceste cerințe obligatorii formulate de autoritatea contractantă nu au fost incluse și motivate nici în Nota justificativă nr.2241/22.032010, sau într-o altă Notă asemănătoare și nici în Anunțul de participare nr. 96638/24.03.2010.

Totodată instanța a reținut că opțiunea autorității contractante de a impune potențialilor ofertanți sub sancțiunea respingerii, prezentarea unui preț în cadrul propunerii financiare peste procentul de 85% din valoarea totală estimativă a contractului, reprezintă o încălcare a principiului utilizării eficiente a fondurilor și a prevederilor art. 36/1 din HG 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, prin care se acceptă condiționat prezentarea de către ofertanți a unei „oferte cu un preț aparent neobișnuit de scăzut”, coroborat cu constatarea supraevaluării valorii totale estimate a licitației, aspect confirmat de faptul că răspunsul operatorilor economiei, reflectat prin prețul real ofertat, este cuprins între 67,31 % și 85% din valoarea estimativă stabilită inițial, nu este conformă cu prevederile art. 8 alin. (1) din HG 925/2006 cu modificările și completările ulterioare și art.179 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, aducând atingere principiului precizat la art. 2 alin. 2 lit f) privind eficiența utilizării fondurilor publice.

De asemenea cerințele privind profitul net conform bilanței la 31.12.2008, 31.12.2007 și 31.12.2006 să fie pozitiv" și informații privind lichiditatea: „Lichiditatea generală conform bilanț la 31.12.2008 să fie cel puțin 100% sunt restrictive în raport cu prevederile art. 8 alin.(1) din HG 925/2006 cu modificările și completările ulterioare, în condițiile în care se poate accepta ca operatorul economic respectiv să fi efectuat în ultimii ani, spre exemplu, investiții proprii și să nu fi înregistrat profit, iar ultima cerința formulată în cadrul acestui subpunct este restrictivă în raport cu prevederile articolului 9 lit. d) din HG 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, exceptând cazul invocat de beneficiar prin adresa sus menționată potrivit căruia, de fapt, el a solicitat ca „...cerința privind lichiditatea generală să fie egală cu 100%”.

Astfel, potrivit prevederilor art. 178 alin.(2) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire.

Privitor la faptul că cerințele solicitate la pct.V 4) - Capacitatea tehnică și/sau profesională din Fișa de date a achiziției, respectiv solicitarea privind demonstrarea experienței similare prin prezentarea unor recomandări vizate de către ISC, autoritatea contractantă nu le consideră restrictive, precum și solicitarea ca cerințe minime referitoare la existența contractelor de muncă, pentru salariații ofertanților, respectiv copie după contractul de muncă sau cartea de munca care face dovada că aceștia sunt angajați ai ofertantului, nerespectarea acestui condiții duce la declararea ofertei ca fiind inacceptabilă.

Potrivit legislației în vigoare nu există obligativitatea vizării recomandărilor pentru participarea la licitații de către ISC, astfel încât rezultă că ISC, nu poate aviza recomandări de bună execuție emise de diferiți beneficiari, mai ales din domeniul privat, întrucât nu dispune de informații suficiente, cu atât mai mult cu cât această obligație nu se regăsește nici în Regulamentul de organizare și funcționare a ISC, aprobat prin HG 1378/2009, abrogat ulterior prin alte acte normative.

Privitor la cerințele minime solicitate în Fișa de date a achiziției: Standarde de asigurare a calității și la cap. Standarde de protecție a mediului, trebuie reținut că autoritatea contractantă nu a motivat impunerea acestor cerințelor minime menționate mai sus, în Nota justificativă nr. 2241/22.03.2010, potrivit prevederilor art. 8 alin.(2) din HG 925/2006 cu modificările și completările ulterioare, impunerea acestei cerințe fiind așadar restrictivă.

În ceea ce privește susținerea reclamantei privind neretroactivitatea OUG 66/2011, instanța a reținut că potrivit art.1 și 63 din acest act normativ „Dispozițiile prezentei ordonanțe de urgență se aplică autorităților cu competențe în gestionarea fondurilor europene și oricăror alte instituții publice care au atribuții privind prevenirea, constatarea unei nereguli, stabilirea și urmărirea încasării creanțelor bugetare rezultate din nereguli apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și a fondurilor publice naționale aferente acestora, beneficiarilor de fonduri europene și/sau fonduri publice naționale aferente acestora, precum și oricăror alți operatori economici cu capital public sau privat care desfășoară activități finanțate din fonduri europene în baza unor acte juridice. Prevederile secțiunii a 2-a a cap. II se vor aplica contractelor/acordurilor/deciziilor/ordinelor de finanțare încheiate după intrarea în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență”.

Raportat la aceste prevederi constatarea neregulilor și stabilirea creanțelor bugetare rezultate din nereguli se face potrivit dispozițiilor cuprinse în Capitolul 3 al acestui act normative, neputându-se reține că acesta se aplică retroactive.

Motive, de recurs:

Împotriva sentinței a exercitată calea de atac reclamanta recurentă solicitând admiterea recursului, modificarea sentinței în sensul admiterii cererii de chemare în judecată.

Dezvoltarea motivelor de recurs:

Recurenta reclamantă a arătat, în esență, că instanța de fond a pronunțat o sentință fără a ține cont de argumentele invocate prin, cererea de chemare în judecată și concluzii scrise depuse, rezumându-se doar la motivarea intimatei, fără a da o interpretare corectă a dispozițiilor legale incidente în cauză.

1. Nu se poate vorbi de existența anumitor ofertanți care ar fi fost prejudiciați în vreun fel prin stabilirea criteriilor de calificare și selecție. Sintagma „potențiali ofertanți” nu este incidentă în cauză deoarece nu au putut fi identificați și menționați în Nota de constatate ofertanți care ar fi fost împiedicați să participe la licitație datorită criteriilor impuse, în documentația de atribuire.

Astfel, sunt în prezența unei nereguli formale, fără impact financiar, motiv pentru care nu se poate aplica vreo corecție financiară. Mai mult nu se poate reține nici existența vreunui prejudiciu cauzat UE sau fondurilor publice naționale, în condițiile în care contractul de achiziție publică a fost atribuit prin aplicarea criteriului oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, în urma unei proceduri de licitație deschisă, cu publicarea anunțului de participare și cu posibilitatea largă a operatorilor economici de a-și exprima măcar intenția de participare, formulând cereri de clarificare, contestații, depunând oferte.

De asemenea, prețul de adjudecare a fost sub valoare estimată, eu încadrarea în bugetul probat al proiectului. Reținerile intimatei nu au nici un fundament, neputându-se constata vrun prejudiciu în funcție de care să se stabilească și să se aplice vreo corecție, care, potrivit art. 2 lit. N din OUG nr. 66/2011 - trebuie să respecte principiul proporționalității. Mai mult, măsura este disproporționată, procedura fiind declanșată anterior intrării în vigoare a OUG nr. 66/2011.

2. În privința procesului verbal de vizită pe teren, a învederat că, autoritatea contractantă a stabilit cerința efectuării vizitei în teren și în consecință, prezentarea procesului verbal de efectuare a vizitei pe teren în cadrul documentelor de calificare, având în vedere caracterul special al lucrărilor care impuneau executarea acestora în condiții de asigurare a funcționalității permanente a instalațiilor și a asigurării disponibilității spațiilor aferente cabinetelor medicale, pe tot parcursul desfășurării lucrărilor, ca urmare a imposibilității sistării activităților medicale în cele 4 corpuri de clădire și, în mod deosebit în corpurile A și B unde funcționează secțiile medicale ale Pavilionului Materno-Infantil. Totodată s-a urmărit și responsabilizarea potențialilor ofertanți. Cerința de vizitare a amplasamentului lucrării nu a fost inserată și motivată în Nota justificativă nr. 2241/22.03.2013 în raport de disp. art. 8 alin.2 din HG nr. 925/2006, aceasta nefăcând parte din categoria cerințelor de calificare.

A concluzionat că, în privința acestei cerințe, intimata nu a făcut dovada prejudiciului sau a potențialului impact financiar, condiție imperativă pentru stabilire faptei ea abatere și aplicare a corecției financiare.

3. În privința cerinței ca prețul ofertei să fie sub 85 % din valoarea estimată, învederează că a fost stabilită în conformitate cu art. 36 ind. 1 din HG nr. 834/2009. Pe parcursul derulării procedurii de achiziție nu au fost solicitate clarificări - nici din partea operatorilor economici participanți în procedură și ca atare, interesați, nici din partea altor ofertanți decât cei participanți, ceea ce înseamnă eu nu au existat alți operatori interesați, - cu privire la precizările referitoare la modul de prezentare a propunerii financiare. Se constată astfel că în procedură au existat 5 ofertanți interesați. A mai precizat că la momentul elaborării Notei justificative nr. 2240/22.03.2010 privind determinarea valorii estimate a contractului, autoritatea contractantă a respectat art. 25 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, iar Comisia de soluționare a contestațiilor din cadrul MDRT a invocat în mod eronat încălcarea prevederilor art. 25 din ordonanța de urgență mai susmenționată.

4. Cu privire la valoarea de 737.024 lei aferentă cap. „diverse și neprevăzute” a învederat că, este consemnată în Bugetul aprobat al proiectului (Anexa V la contractul de finanțare), fiind stabilită conform devizului general al proiectului Bugetul a fost aprobat în forma finală în cadrul procesului de evaluare tehnico-financiară realizat de către evaluatorii independenți, beneficiarul având obligația de a implementa activitățile și procedurile de achiziție publică cu respectarea valorilor bugetului.

De asemenea că, a acționat conform dispozițiilor HG nr. 28/2008, dotările fiind din categoria „mijloacelor fixe sau obiectelor de inventar” și nici de cum dotări din categoria echipamentelor necesare desfășurării activității medicale pentru achiziția cărora echipa de control consideră că ar fi

trebuit să li se repartizeze cotă parte din suma aferentă capitolului Diverse și neprevăzute. A mai arătat că, presupusa supraestimare nu aduce atingere principiului eficienței utilizării fondurilor publice prevăzut de art. 2 alin.2 lit. I din OUG nr. 34/2006. Dacă aceste cheltuieli nu s-ar fi încadrat în categoria cheltuielilor eligibile, aceste ar fi trebuit declarate neeligibile și pe cale de consecință nedecontate beneficiarului și nicidecum să facă obiectul acestei corecții financiare.

A mai arătat că în fișa de date a achiziției, cerințele minime de calificare au fost precizate la pct. VA. În raportul de situație considerate de legiuitor ca reprezentând cerințe disproporționale a învederat că valoarea contractului nu este una dintre acestea.

5. În privința cerinței informații privind profilul a învederat că nu a creat vreun prejudiciu participanților la procedură, toți cei cinci ofertanți fiind admiși, neexistând cazuri de ofertanți respinși pe acest motiv. Nici cerința privind lichidarea nu este restrictivă ca de altfel nici cerințele solicitate în fișa de date a achiziției, pct-ul V4 - capacitatea tehnică și/sau profesională.

Prin impunerea acestor cerințe nu a făcut altceva decât să respecte prevederile legislațiile muncii.

6. Referitor la cerințele solicitate în Fișa de date a achiziției Standarde de asigurare a calității și la cap. standarde de protecție a mediului nu le consideră restrictive, nefăcând altceva decât să respecte prevederile legale în materia achizițiilor publice.

A mai arătat că, cerințele instituite de Consiliul Județean Olt considerate restrictive de către MDRT în baza OUG nr.66/2011 au fost considerate legale la momentul derulării procedurii de achiziție publică de către organele abilitate potrivit legislației în vigoare, la data respectivă, fapt ce a îndreptății UAT Olt să continue procedura cu cerințele respective.

Dacă cerințele impuse recurenta reclamantă ar fi fost restrictive, ANRMAP avea obligația să nu valideze anunțul de participare. Mai mult, ANRMAP evaluează conformitatea cu legislația aplicabilă din domeniul achizițiilor publice, a documentației de atribuire aferente contractelor de achiziție-publică care intră sub incidența prevederilor OUG nr.34/2006.

A mai arătat că, se află în situația în care un contract care a fost executat integral, finalizat, aprobat la plată și executată plata inclusiv de instituții europene (după verificări și aprobări prealabile) este verificat încă o dată de o structură de „supracontrol”, care formulează concluzii ce sunt în contradicție totală cu celelalte verificări efectuate anterior, în timpul derulării procedurii de alte organe ale statului, cu atribuții exprese în domeniul verificării documentațiilor de atribuire și respectării legislației achizițiilor publice.

OUG nr.66/2011, pe care își întemeiază echipa de control din cadrul DCVUFC actul de constatare, nu poate stabili retroactiv abateri și nu poate institui sancțiuni pentru fapte petrecute anterior datei de 29.06.2011.

Temeiul de drept: art. 299-303,304 pct.9 și 304 ind. 1 C.p.c. OUG nr. 34/2006, OUG nr. 66/2011, Legea nr. 554/2004. Probe: a fost administrată proba cu înscrisuri.

Calea de atac este scutită de plata taxei judiciare de timbru și a timbrului judiciar. Legal citată intimata pârâtă a depus întâmpinare solicitând respingerea căii de atac.

În fapt, a arătat, în esență, că:

1. Cu privire la prima critică invocată, respectiv faptul că în cauză nu au fost întrunite condițiile art.2 alin.1, din OUG nr. 66/2011 nefiind astfel îndeplinite condițiile pentru prejudicierea bugetului Uniunii Europene și/sau fondurile publice naționale a arătat că, față de prevederile contractului de finanțare, este evident că nerespectarea procedurilor de achiziții constituie o neregulă, prejudiciul

fiind în acest caz prezumat prin nerespectarea clauzelor contractuali. Neregula constă în acțiunea beneficiarului de a se abate de la dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, precum și de la prevederile contractului de finanțare, prin nerespectarea de către acesta, în cadrul procedurii de atribuire a contractului de servicii, a principiului transparenței în vederea asigurării unui grad adecvat de publicitate și implicit, de competitivitate.

De asemenea că, în acord cu legislația europeană, existența abaterii/neregulii/cheltuieli nejustificate presupune implicit potențialitatea/existența prejudicierii bugetului UE.

2. a. În ceea ce privește criticile legate de fondul cauzei a arătat că, nu se pot reține apărările reclamantei legale de faptul că nu i se poate impune că cerința de vizitare a amplasamentului lucrării nu a fost inserată și motivată în Nota justificativă nr.224/22.03 raportat la prevederile art.8 alin.2 din HG nr. 925 2006. având în vedere că includerea procesului verbal de vizită pe teren ca document cu prezentare obligatorie având consecința descalificării ofertantului, respectiva cerință devine prin asimilare criteriu de calificare, cerință care nu se regăsește printre criteriile exclusive 1 revăzute la art. 176 din OUG nr.34/2006.

Ofertantul nu poate fi responsabilizat suplimentar în vederea prezentării în mod obligatoriu a unui act aferent unei vizionări având, în sine, caracter de recomandare. Nu cerința privind posibilitatea vizitării amplasamentului este restrictivă ci neprezentarea de către ofertanți a procesului verbal de vizită la teren care are ca efect descalificarea ofertantului, reprezintă o cerință nelegală, discriminatorie, care nu este prevăzută în legea achizițiilor publice.

b. Cu privire la valoarea contractului a învederat că, potrivit fișei de date a achiziției la pct. II.1.8.d) se precizează următoarele: oferta va fi respinsă ca fiind inacceptabilă dacă prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară are un nivel neobișnuit de scăzut pentru ceea ce urmează a fi furnizat/prestat/executat, respectiv un preț de sub optzeci și cinci de procente din valoarea estimată a contractului (preț fără TVA) astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.

Astfel, oferta respectivă poate fi respinsă pe temeiul invocat de contestator, numai dacă, ulterior efectuării verificărilor de către comisia de evaluare, în urma clarificărilor solicitate, se constată că prețul ofertat, tară TVA, reprezintă mai puțin de 85% din Valoarea estimata a contractului respectiv sau, în cazul în care în procedura de atribuire sunt cel puțin 5 oferte care nu se află în situațiile prevăzute la art. 36 alin. (1) lit. a) e) și alin. (2), atunci când prețul ofertat reprezintă mai puțin de 85% din media aritmetică a ofertelor respective, conform speței în cauză.

c. Cu privire la valoarea de 737.024 lei aferentă capitolului Diverse și neprevăzute, a arătat că, potrivit prevederilor art. 6 din Ordinului comun MDLPL MEF nr. 1118/30.10.2007 și nr. 2338/06.12.2007 pentru aprobarea categoriilor de cheltuieli eligibile pentru domeniul major de intervenție „Reabilitarea, modernizarea și echiparea infrastructurii serviciilor de sănătate”, procentul maxim defalcat acestor categorii de cheltuieli este de 10 % și se aplică numai asupra cheltuielilor menționate la art. 4 , în funcție de natura și complexitatea lucrărilor". Respectiv la cele pentru construcții și instalații precum și la cele pentru dotări de specialitate.

Respectarea acestei prevederi este în concordanță cu prevederile HG nr. 28/2008 privind aprobarea conținutului-cadru al documentației tehnico-economice aferente investițiilor publice, precum și a structurii și metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de intervenții, eu toate că feste mai restrictivă, Pe de altă parte, potrivit prevederilor Anexei IV - Cererea de finanțare la contractul de finanțare, achiziția de echipamente/dotări, respectiv achiziția de mașini, utilaje și instalații pentru ocrotirea sănătății aferente liniei 3.2. din Buget, reprezintă obiectul unei activități distincte, respectiv activitatea nr. 6, cu procedură

separată de atribuire, deci nu trebuia inclusă în achiziția în cauză, inclusiv cota procentuală de cheltuieli diverse și neprevăzute aferentă.

Afirmația recurenței potrivit căreia această valoare a fost stabilită conform bugetului general al proiectului, bugetul fiind aprobat în forma finală de evaluatorii independenți, devenind astfel anexa la contractul de finanțare, nu justifică nerespectarea de către autoritatea contractantă a prevederilor art. 25 alin. (1) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, privind determinarea valorii estimative a contractului ce urmează a fi supus procedurii de licitație.

d) A mai arătat că, echipa de verificare a constatat, că impunerea cerinței de limitare la un minim precizat a prețului ofertat coroborat cu supraevaluarea valorii estimative a contractului, încalcă prevederile art. 8 alin. (1) din HG 925/2006 cu modificările și implementările ulterioare și art. 179 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, aducând atingere principiului precizat la art. 2 alin. 2 lit f) privind eficiența utilizării fondurilor publice.

3. Impunerea de către autoritatea contractantă a cerinței privind profitul net conform bilanțului pe ultimii 3 ani să fie pozitiv reprezintă o condiție restrictivă în raport cu prevederile art. 8 alin.(1) din HG 925/2006 cu modificările și completările ulterioare. De asemenea, că, UAT Olt nu a motivat cerințele de calificare impuse, în Nota justificativă nr. 2241/22.03.2010, potrivit prevederilor art. 8, alin.(2) și nu a publicat aceste cerințe în Anunțul de participare, în conformitate cu prevederile art. 11 alin. (1) din HG 925/2006, cu modificările și completările ulterioare și art. 178 alin.(1) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

De asemenea că, situația economico-financiară a societății poate fi stabilită doar din prezentarea bilanțului contabil, conform prevederilor art. 185, alin. (1) din OUG nr. 34/2006 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, și nu poate rezulta din faptul că, societatea a înregistrat profit sau pierdere.

4. Potrivit legislației în vigoare nu există obligativitatea vizării recomandărilor pentru participarea la licitații de către ISC . Aceasta nu poate aviza recomandări de bună execuție emise de diferiți beneficiari, mai ales din domeniul privat, întrucât nu dispune de informații suficiente, cu atât mai mult cu cât această obligație nu se regăsește nici în Regulamentul de organizare și funcționare a ISC, aprobat prin HG 1378/2009, abrogat ulterior prin alte acte normative”.

5. Privitor la cerințele minime solicitate în Fișa de date a achiziției: Standarde pe asigurare a calității și la cap. Standarde de protecție a mediului a arătat că, recurența nu a motivat, impunerea acestor cerințelor minime, în Nota justificativă nr. S2241/22.03.2010, potrivit prevederilor art. 8 alin, (2) din HG 925/2006 cu modificările și completările ulterioare.

A mai arătat că, nedetectarea erorilor prevăzute la alin. (22) în procesul de verificare nu afectează dreptul Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice de a sancționa, pe parcursul activității de supraveghere, faptele prevăzute la art. 293.

A solicitat judecarea cauzei și în lipsă, în condițiile art. 242 alin.2 C.p.c.

Considerentele instanței de recurs în raport de motivele de recurs invocate și de disp. Art. 304 pct, 7 și 9 C.p.c:

1. Sub aspectul neanalizării tuturor motivelor invocate prin cererea de chemare în judecată, respectiv concluziile scrise, Curtea reține că, textul art. 261 pct. 5 C.proc.civ. consacră principiul potrivit căruia hotărârile trebuie să fie motivate, iar nerespectarea acestui principiu constituie motiv de casare potrivit art. 304 pct. 7 C.proc.civ., rolul acestui text fiind acela de a se asigura o

bună administrare a justiției și pentru a se putea exercita controlul judiciar de către instanțele superioare.

În dreptul intern, nemotivarea hotărârii judecătorești este sancționată de legiuitor, pornind de la obligația statului de a respecta dreptul părții la un proces echitabil, drept consacrat de art. 6 paragraful 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului care implică, mai ales în sarcina instanței, obligația de a proceda la un examen efectiv al mijloacelor, al argumentelor și al elementelor probatorii, ale părților, cel puțin pentru a le aprecia relevanța.

Obligația pe care o impune art. 6 paragraful 1 din Convenție instanțelor naționale de a-și motiva deciziile nu presupune existența unui răspuns detaliat la fiecare argument (Hotărârea Perez, paragraful 8; Hotărârea Van der Hurk, paragraful 61; Hotărârea Ruiz Torija, paragraful 29; Decizia Jahnke și Lenoble împotriva Franței. Cererea nr. 40.490/98).

Noțiunea de proces echitabil presupune ea o instanță de judecată, care nu a motivat decât pe scurt hotărârea, să fi examinat totuși în mod real problemele esențiale care i-au fost supuse, și fără a cere un răspuns detaliat fiecărui argument al reclamantului, această obligație presupune, totuși, ea partea interesată să poată aștepta un răspuns specific și explicit la mijloacele decisive, pentru soluționarea procedurii în cauză, (CEDO, Cauza Albina contra România, hotărârea din 28.04.2005, Cauza Vlasia Grigore Vasilescu contra România, hotărârea din 8 iunie 2006). Motivarea hotărârii judecătorești înseamnă, în sensul strict al termenului, precizarea în scris a raționamentului care îl determină pe judecător să admită sau să respingă o cerere de chemare în judecată.

În speță, instanța de control judiciar constată că, prima instanța a răspuns susținerilor reclamantei, expunând detaliat considerentele de fapt și de drept ale soluției adoptate. În consecință, motivarea hotărârii recurate îndeplinește cerințele prevăzute de disp.art. 261 alin. 1 pct. 5, C.proc.civ., făcând posibilă exercitarea controlului judiciar, astfel încât incidența motivului de recurs prevăzut de art. 304 pct. 7 C.proc.civ. nu poate fi reținută.

De altfel, recurenta reclamantă se contrazice în susținerea acestei critici referitoare la motivarea hotărârii, întrucât, pe de o parte, susține că hotărârea nu cuprinde analizarea susținerilor sale expuse prin cererea de chemare în judecată, respectiv concluziile scrise pentru ca, în final, să critice și nu fie de acord cu motivarea hotărârii instanței de fond de respingere a cererii de chemare în judecată.

2. În privința celorlalte susțineri, Curtea constată că, se încadrează în motivul de recurs prevăzut la pct. 9, recurenta reclamantă, afirmând, în esență, greșită interpretare și aplicare a legii. Corect a stabilit instanța de fond că, cerința de vizitare a amplasamentului lucrării nu a fost inserată și motivată în Nota justificativă nr.224/22.03.2010, raportat la prevederile art.8 alin.2 din HG nr.925/2006, având în vedere că includerea procesului verbal de vizită pe teren ca document cu prezentare obligatorie având consecința descalificării ofertantului, reprezintă, prin asimilare criteriu de calificare, cerință care nu se regăsește printre criteriile exclusive prevăzute la art. 176 din OUG nr.34/2006. De reținut faptul că, nu cerința privind posibilitatea vizitării amplasamentului este restrictivă ci neprezentarea de către ofertanți a procesului verbal de vizită la teren care are ca efect descalificarea ofertantului, reprezintă o cerință nelegală, discriminatorie, care nu este prevăzută în legea achizițiilor publice.

Sub aspectul cerinței recurente reclamante de a impune potențialilor ofertanți, sub sancțiunea respingerii, prezentarea unui preț în cadrul propunerii financiare peste procentul de 85% din valoarea totală estimată a contractului, Curtea reține că, în mod corect instanța de fond a stabilit că reprezintă o încălcare a principiului utilizării eficiente a fondurilor. Astfel, potrivit fișei de date a achiziției la pct.II.1.8.d) se precizează următoarele: oferta va fi respinsă ca fiind inacceptabilă dacă

prețul, tară TVA, inclus în propunerea financiară are un nivel neobișnuit de scăzut pentru ceea ce urmează a fi furnizat/prestat/executat, respectiv un preț de sub 85% din valoarea estimată a contractului (preț tară TVA) astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini. Oferta respectivă poate fi respinsă pe temeiul invocat de contestator, numai dacă, ulterior efectuării verificărilor de către comisia de evaluare, în urma clarificărilor solicitate, se constată ca prețul oferit, fără TVA, reprezintă mai puțin de 85% din valoarea estimată a contractului respectiv sau, în cazul în care în procedura de atribuire sunt cel puțin 5 oferte care nu se află în situațiile prevăzute la art. 36 alin. (1) lit, a) e) și alin. (2), atunci când prețul oferit reprezintă mai puțin de 85% din media aritmetică a ofertelor respective, conform speței în cauză.

Corect a stabilit instanța de fond și că cerințele referitoare la caracterul pozitiv al bilanțului la finele anilor 2006, 2007 și 2008, respectiv lichiditatea generală conform bilanțului la 31.12.2008 să fie cel puțin 100% au caracter restrictiv. Astfel, recurenta reclamantă nu a motivat cerințele de calificare impuse, în Nota justificativă nr. 2241/22.03.2010, potrivit prevederilor art. 8 alin.(2) și nici nu a publicat aceste cerințe în anunțul de participare, în conformitate cu prevederile art. 11 alin. (1) din HG 025/2006, cu modificările și completările ulterioare și art. 178 alin.(1) din HG 925/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Mai mult, situația economico-financiară a societății poate fi stabilită doar din prezentarea bilanțului contabil, conform prevederilor art. 185. alin. (1) din OUG nr. 34/2006 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, și nu poate rezulta din faptul că, societatea a înregistrat profit sau pierdere. Și în privința cerințelor solicitate la pct. V 4 corect a stabilit instanța de fond că nu respectă dispozițiile legale în vigoare. Astfel, nu există obligativitatea vizării recomandărilor pentru participarea la licitații de către ISC.

Privitor la cerințele minime solicitate în fișa de date a achiziției: Standarde pe asigurare a calității și la cap. Standarde de protecție a mediului, corect a stabilit instanța de fond că în Nota justificativă nr. S2241/22.03.2010 recurenta reclamantă nu a motivat impunerea acestor cerințelor minime, potrivit prevederilor art. 8 alin. (2) din HG 925/2006. Corect a stabilit instanța de fond că, disp. OUG nr. 66/2011 nu au caracter retroactiv, motivat de faptul că, potrivit disp. acestui act normativ constatarea neregulilor și stabilirea creanțelor bugetare rezultate din nereguli se face potrivit dispozițiile cap. 3.

Susținerea recurente reclamate cum că nu s-a creat vreun prejudiciu, fiind doar în prezența unei nereguli formale nu poate fi reținută de instanța de control judiciar în raport de cele expuse iar pe de altă parte întrucât se încalcă principiul competitivității. În concluzie, criticile recurente reclamate sunt nefondate, astfel încât, în temeiul disp. art. 312 alin. 1 C.p.c. va respinge calea de atac ca nefondată.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII DECIDE

Respinge recursul formulat de reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV-TERRITORIALĂ JUDEȚUL OLT - PRIN PREȘEDINTELE CONSILIULUI JUDEȚEAN OLT împotriva sentinței nr. 277 din data de 30 ianuarie 2013 pronunțată de Tribunalul Olt în dosar nr. 1212/54/2012 în contradictoriu cu intimatul pârât MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI, având ca obiect anulare act administrativ, ca nefondat.

Decizie irevocabilă. Pronunțată în ședința publică de la 06 Februarie 2014.

Dosar nr. 1335/54/2012

CURTEA DE APEL CRAIOVA
SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV SI FISCAL
DECIZIE Nr. 19223/2013
Ședința publică de la 12 Decembrie 2013

S-a luat în examinare recursul formulat de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Jud. Olt reprez. legal de preș. Consiliului Jud. Olt, împotriva sentinței civile nr. 1273 de la 03 Aprilie 2013, pronunțată de Tribunalul OLT, Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal, în Dosar nr. 1335/54/2012, în contradictoriu cu intimatul pârât MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI, având ca obiect anulare act administrativ.

La apelul nominal făcut în ședința publică, a răspuns consilier juridic T.M în cadrul Consiliului Jud. Olt pentru recurenta reclamantă Unitatea Administrativ Teritorială Jud. Olt., lipsă intimatul pârât MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI.

Procedura de citare este legal îndeplinită. S-a tăcut referatul cauzei de către grefierul de ședință, învederându-se că recursul a fost declarat și motivat în termenul legal, după care;

Reprezentantul părții prezente arată că nu mai are alte cereri de formulat și probe de administrat, împrejurare față de care instanța declară închisă faza probatorie, apreciindu-se îndeplinite dispozițiile art. 150 Codul de procedură civilă, reține cauza spre soluționare și acordă cuvântul părții prezente pentru a pune concluzii asupra recursului de față.

Consilier juridic T.M în cadrul Consiliului Jud. Olt pentru recurenta reclamantă Unitatea Administrativ Teritorială Jud. Olt, depune delegație, învederează că, nu sunt întrunite condițiile art.2 alin. 1 din OUG nr.66/2011, invocate în Nota de constatare a neregulilor financiare de stabilire a corecțiilor financiare ca temei de drept pentru stabilirea abaterii și aplicării corecției financiare.

În consecință, solicită admiterea recursului așa cum a fost formulat, modificarea sentinței civile nr. 1273/2013 pronunțată de Tribunalul Olt în sensul admiterii cererii de chemare în judecată, anularea Deciziei nr. 19/16.02.2012, anularea actului administrativ - fiscal titlu de creanță constând în Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA - 94762/22.12.2011 și obligarea MDRT (în prezent Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice) la restituirea sumelor încasate cu titlu de corecție financiară.

CURTEA

Asupra recursului de față:

Prin cererea înregistrată la data de 30.05.2012 pe rolul Curții de Apel Craiova, Secția Contencios Administrativ și Fiscal, sub nr. 1335/54/2012, reclamanta Unitatea Administrativ - Teritorială Județul Olt a chemat în judecată pe pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, solicitând anularea în totalitate a Deciziei nr. 19/16.02.2012 emisă de Comisia de soluționare a contestației din cadrul acestui minister și înregistrată la Consiliul Județean Olt sub nr. 1653/23.02.2012 și implicit a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-94762/22.12.2011 și obligarea MDRT la restituirea sumelor încasate cu titlu de corecție financiară.

În motivarea acțiunii reclamanta a arătat că prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată la data de 14.12.2011 de către Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare (DCVUFC) și înregistrată sub nr. CA- 94762/22.12.2011 privind contractul de finanțare nr. 639/18.02.2010 cod SMIS 3763 proiect „Reabilitarea și dotarea Școlii speciale ajutoare Balș”, Unitatea Administrativ - Teritorială Județul Olt a fost sancționată cu o corecție

financiară de 10% aplicabilă la valoarea eligibilă a contractului de lucrări nr. 57/20.09.2010, încheiat cu S.C. Novara Timpex S.R.L. Craiova, contract cu valoare finală 1.382.453,60 lei fără TVA.

Împotriva Notei de constatare, UAT Județul Olt a formulat contestație înregistrată la MDRT sub nr. 6229/31.01.2012, prin care a solicitat anularea titlului de creanță reprezentat de Nota de constatare, aducând o serie de argumente în sensul nelegalității și netemeinicii acestuia.

Reclamanta a precizat că Decizia nr. 19/16.02.2012 emisă de Comisia de soluționare a contestației din cadrul MDRT a statuat însă ca fiind întemeiate cele stabilite prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată la data de 14.12.2011, și anume că beneficiarul UAT Județul Olt, reprezentată de Consiliul Județean Olt, a încălcat, în principal: principiul nediscriminării, principiul tratamentului egal, prevederile art. 8 din H.G. nr. 925/2006, prevederile art. 176-179 din O.U.G. nr. 34/2006, principiul utilizării eficiente a fondurilor consacrat de prevederile art.2 alin. (2) lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În drept și-a întemeiat acțiunea pe dispozițiile art. 51 alin. (2) din O.U.G. nr. 66/2011, prevederile Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, precum și pe prevederile din actele normative invocate în prezenta cerere de chemare în judecată.

În susținerea acțiunii reclamanta a depus la dosarul cauzei, în copie, următoarele acte: Decizia nr. 19/16.02.2012, Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA-94762/22.12.2011, Raportul procedurii nr. 4227/26.05.2010, Raportul procedurii nr. 5968/02.08.2010, Decizia CNSC nr. 3261/280/C10/3559/29.06.2010, Decizia CNSC nr. 4499/407/C10/5100/26.08.2010, Nota justificativă nr. 2997/15.04.2010 privind alegerea criteriilor de calificare și selecție, Nota justificativă nr. 2998/15.04.2010 privind selectarea criteriilor de atribuire, Anunțul de participare nr. 98097/15.04.2010, Răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 3086/22.04.2010, Adresa MDRT - Direcția Generală Autorizare și Plăți Programe nr. CP - 9538/08.02.2012, înregistrată la Consiliul Județean Olt sub nr. 1190/08.02.2012.

Pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului a depus întâmpinare la data de 25.06.2012, prin Serviciul Registratură, prin care a invocat, în raport de practica Înaltei Curți de Casație și Justiție, excepția de necompetență materială a Curții de Apel Craiova, iar pe fond respingerea acțiunii ca nefondată.

Prin sentința nr. 821/17.09.2012 pronunțată de Curtea de Apel Craiova s-a declinat competența de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului Olt - Secția Contencios Administrativ și Fiscal, privind acțiunea formulată de reclamanta Unitatea Administrativ - Teritorială Județul Olt prin reprezentant legal Președintele Consiliului Județean Olt, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, având ca obiect anulare act administrativ.

Pentru a pronunța această sentință Curtea de Apel a reținut că în speță, sunt incidente dispozițiile art. 10 alin. 1 din Legea nr. 554/2004 conform cu care „Litigiile privind actele administrative emise sau încheiate de autoritățile publice locale și județene, precum și cele care privesc taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora se soluționează în fond de tribunalele administrativ-fiscale, iar cele privind actele administrative emise sau încheiate de autoritățile publice centrale, precum și cele care privesc taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora mai mari de 500.000 lei se soluționează în fond de secțiile de contencios administrativ și fiscal ale curților de apel, dacă prin lege organică specială nu se prevede altfel.”

Potrivit art. 2 pct. 1 lit. d C.proc.civ., tribunalul judecă în primă instanță procese și cereri în materie de contencios administrativ, în afară de cele date în competența curților de apel.

Legea stabilește o plenitudine de competență în materia contenciosului administrativ în favoarea tribunalului, situațiile în care curțile de apel dobândesc o astfel de competență fiind arătate la art. 3 pct. 1 C.proc.civ., potrivit cu care „Curțile de apel judecă: în primă instanță, procesele și cererile în materie de contencios administrativ privind actele autorităților și instituțiilor centrale”.

Competența materială se stabilește în raport cu rangul local și județean sau central al autorității emitente, litigiul urmând a fi soluționat de instanța de contencios administrativ a tribunalului, când actul atacat aparține unui organ sau instituții locale sau județene, respectiv instanței de contencios administrativ a curții de apel când actul atacat aparține unui organ sau instituții centrale, cu competență națională.

Cum actele administrative a căror anulare se solicită au fost emise de o autoritate publică locală, și nici nu este prevăzută în cauză o competență expresă a curții de apel, instanța va face aplicarea art. 10 alin. 1 teza I din Legea nr. 554/2004 și va stabili competența materială de soluționare a cauzei, în fond, a tribunalului, respectiv celui de la domiciliul reclamantei, potrivit art. 10 alin. 3 din aceeași lege.

Cauza a fost înregistrată pe rolul Tribunalului Olt Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal sub nr. 1335/54/2012.

La data de 06.02.2013, reclamantul Consiliul Județean Olt a depus la dosar o precizare la acțiune prin care a arătat că obiectul acțiunii îl reprezintă anularea deciziei nr. 19/16.02.2012 prin care pârâta MDRT, a respins contestația administrativă formulată împotriva titlului de creanță, anularea titlului de creanță reprezentat de nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA - 94762/22.12.2011, solicitând în caz de admitere a acțiunii, și obligarea pârâtului la restituirea sumei de 126.341,97 lei reprezentând creanța bugetară încasată de către MDRT în baza titlului de creanță.

În motivarea contestației astfel cum a fost precizată au fost invocate aceleași motive ca și în contestația ce a constituit plângerea prealabilă adresată MDRAP.

Prin sentința nr. 1273 de la 03 Aprilie 2013, Tribunalul OLT, Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal, în Dosar nr. 1335/54/2012, a respins contestația formulată de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Jud. Olt reprez. legal de preș. Consiliului Jud. Olt, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, astfel cum a fost precizată, ca neîntemeiată.

Pentru a se pronunța astfel, instanța a analizat contestația în raport cu motivele invocate, înscrisurile depuse la dosar și dispozițiile legale aplicabile, Tribunalul a constatat că aceasta este întemeiată, pentru următoarele considerente:

Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul MDRT a procedat la verificarea modului de utilizare a fondurilor comunitare și a celor cofinanțate de la bugetul de stat.

Cu această ocazie a fost verificat modul de implementare a proiectului cod SMIS nr. 3763 „Reabilitarea și dotarea Scolii speciale ajutătoare Balș”. În urma verificării documentației aferente atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, echipa de control a constatat că în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică au fost încălcate principiul nediscriminării consacrat de art.2, alin 2 lit. a) din OUG 34/2006, principiul tratamentului egal prevăzut de art.2 alin. 2 lit. b) din OUG 34/2006, prevederile art. 8 din HG 925/2006. prevederile Art. I 76-1 79 DIN OUG 34/2006, art.2 alin.2 lit. f), care reglementează principiul utilizării eficiente a fondurilor, art. 182 alin 1, art. 199 alin 3 și art. 36 alin.2 lit. a) și d) din același act normativ în sensul că autoritatea contractantă a impus criterii de clasificare și selecție restrictive referitoare la capacitatea tehnică

și/sau profesională, cu nerespectarea prevederilor art. 168 alin. 1 din OUG 34/2006 cu modificările ulterioare, neregulile constatate fiind pe larg descrise în nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA -72745/30.09.2011.

Astfel s-a reținut că:

În documentația de atribuire nr.2999/15.04.2011, beneficiarul a solicitat potențialilor ofertanți la pct.IV.I. Situația personală a candidatului/ofertantului” din Fișa de date a achiziției prezentarea cazierului fiscal în original pentru ofertant și/sau fiecare asociat.

Tribunalul constată că în mod corect s-a apreciat că această condiție este excesivă față de prevederile art. 181 și art. 182 din OUG 34/2006 având în vedere că operatorii economici nu pot fi obligați, cu unele excepții, să depună documente strict în original întrucât aceștia se pot implica în paralel în derularea mai multor proceduri de atribuire, motiv pentru care autoritățile contractante pot să solicite și să permită depunerea documentelor în oricare dintre formele:

- original;
- copie legalizată;
- copie lizibilă cu mențiunea „conform cu originalul”.

De altfel art.5 alin 1 din Ordinul ANRMAP nr.509/2011 menționează caracterul restrictiv al acestei obligații. Or, în speța de față din adresa nr. 11042/07.11.2011 rezultă că autoritatea contractantă a stabilit depunerea cazierului fiscal numai în forma originală.

În ceea ce privește solicitarea de la pct.1V 3) Situația economico-financiară din Fișa de date a achiziției a cerinței minime „Ofertantul va face dovada că în ultimul an nu s-a aflat înregistrat în Centrala Incidentelor de Plăți se va prezenta formularul emis de Banca Națională a României”.

Potrivit art.8 alin (2) din HG 925/2006 „Atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției”.

Conform art. 178 (1) din OUG 34/2006 „în cazul în care, pentru criteriile de natura celor prevăzute la art. 176 lit. c) și d), autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați, atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate, conform principiului transparenței, în cadrul invitației/anunțului de participare”.

Conform art. II - (1) „Atunci când solicită îndeplinirea anumitor criterii de calificare, autoritatea contractantă trebuie să precizeze în anunțul de participare și în documentația de atribuire informațiile pe care operatorii economici urmează să le prezinte în acest scop, precum și documentele specifice prin care se pot confirma informațiile respective”.

Ori, în speța de față, tribunalul constată că în mod corect s-a reținut că și această solicitare încalcă dispozițiile legale mai sus menționate având în vedere că aceste cerințe nu au fost incluse în nota justificativă nr. 2997/15.04.2010 și nici nu au fost cuprinse în anunțul de participare, neavând relevanță susținerile contestatoarei cu privire la faptul că prin impunerea acestor cerințe nu s-au creat dezavantaje ofertanților interesați și nici nu s-a restricționat participarea la licitație, dat fiind dispozițiile legale imperative încălcate.

De altfel, prin prezentarea suplimentară a dovezilor neintrării în Centrala Incidentelor Bancare, pentru demonstrarea situației economice și financiare au fost încălcate și prevederile art. 179 din

OUG 34/2006, având în vedere că autoritatea contractantă nu are dreptul de a limita concurența prin impunerea anumitor documente care nu au legătură directă cu procedura de achiziție, în condițiile în care au fost solicitate și dovezi privind asigurarea din partea unei bănci a cash-flow-ului pentru realizarea contractului, într-un quantum acoperitor.

Potrivit clarificărilor cuprinse în anexa nr. 1 la Ordinul ANRMAP nr. 509/2011, includerea punctuală a obligativității prezentării acestui document în documentele de clarificare, este considerată drept restrictivă.

În ceea ce privește Fișa de date a achiziției la pct.IV.4) Capacitatea tehnică și/sau profesională, beneficiarul a solicitat ca cerințe minime obligatorii:

- în raport cu contractul de lucrări semnificativ pentru demonstrarea experienței similare în valoare de minim 1.626.416 lei, prezentarea de către ofertant a Recomandării din partea beneficiarului, cu calificativul foarte bun cu viza ISC.
- dovada deținerii (proprie sau prin închiriere) a minim:
 - stație de betoane situată la o distanță de maxim 35 km de locația lucrării
 - autobetonieră minim 3 buc
 - autobasculante minim 4 buc
 - buldoexcavator minim 1 buc
 - macara minim 1 buc
 - autocamion minim 1 buc
 - cilindru vibroeompactor 1 buc
 - auto trailer - 1 buc

Cu privire la solicitarea potențialilor ofertanți la pct.V.5. Modul de prezentare a propunerii financiare din Fișa de date a achiziției ca cerințe minime: „Suma dintre cheltuielile indirecte și profit nu trebuie să fie mai mare de 16% cerința minimă de calificare; Ofertele cu o valoare mai mica decât 15 % din valoarea supusă licitației vor fi declarate inacceptabile; Operatorii economici vor prezenta oferte de preț de la furnizori pentru principalele materii prime, materiale, echipamente, utilaje”.

Tribunalul constată că în mod corect Direcția de Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare, a reținut că aceste solicitări încalcă dispozițiile prevăzute art.8 alin (2) din HG 925/2006, art. 178 - (1), art. 11 - (1) din OUG 34/2006, având în vedere că aceste cerințe nu au fost incluse în nota justificativă nr.2997/15.04.2010 și nici nu au fost cuprinse în anunțul de participare.

De asemenea, în mod corect s-a constatat că prin impunerea deținerii (proprie sau prin închiriere) de către ofertanți a unui număr minim de utilaje de transport și execuție reprezintă condiții restrictive raportate la particularitățile achiziției în cauză, încălcând prevederile art. 179 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările și completările ulterioare, și art.8 alin.(1) din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, având în vedere obiectul contractului raportat la valoarea acestuia și lucrările de executat, respectiv modernizări/recompartimentări și amenajarea unui teren de sport care nu justifică deținerea utilajelor solicitate, aceste criterii excedând prevederilor art. 188 alin.(3) din O.U.G. nr.34/2006.

De asemenea, în mod corect echipa de verificare a considerat că autoritatea contractantă avea obligația de a analiza și încheia contractul de achiziție publică cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, pe baza propunerilor tehnice și financiare cuprinse în respectiva ofertă fără impunerea de condiții referitoare la cheltuielile indirecte și profit, respectivele valori procentuale fiind proprii fiecărui ofertant, conducând la stabilirea valorii totale a contractului.

În ceea ce privește solicitarea potențialilor ofertanți la pct.1V 7. Standarde de asigurare a sănătății și securității operaționale și IV.8 Standarde de asigurare a responsabilității sociale din Fișa de date a achiziției, a cerințelor minime:

- Certificat privind implementarea (...) în raport cu cerințele OHSAS 18001:2004 sau echivalent
- Certificat SA 8000:2008 sau echivalent,

se constată că în mod corect Direcția de Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare, a reținut că aceste solicitări încalcă dispozițiile prevăzute art.8 alin (2) din HG 925/2006, art. 178 - (1), art. 11 - (1) din OUG 34/2006, având în vedere că aceste cerințe nu au fost incluse și detaliate în nota justificativă și nici nu au fost cuprinse în anunțul de participare.

De asemenea, autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție numai la standarde de asigurare a egalității și standardelor de protecția mediului ori standardul SA 8000 este un standard american privat privind responsabilitatea socială (exploatarea prin muncă a copiilor, discriminarea, practicile, disciplinare, etc.), neavând legătură directă cu procesul de achiziție în cauză, astfel că impunerea acestor cerințe este restrictivă, nefăcând parte din criteriile de calificare și selecție prevăzute de art. 176 din OUG 34/2006.

Cu privire la considerarea ca fiind conformă propunerea financiară prezentată de ofertantul câștigător S.C. Novara Timpex S.R.L, tribunalul constată ca fiind incidente prevederile art.36 alin 2 lit a) și d) reținute în nota de constatare, având în vedere că nu s-a solicitat de către comisia de evaluare în temeiul art.201 alin. 1 din OUG 34/2006, niciun fel de clarificări care se impuneau, în condițiile în care nu au fost incluse în oferta financiară cheltuielile diverse și neprevăzute conform celor precizate în Fișa de date (cap. 11.1.8 și cap.V.4. - Modul de prezentare a propunerii tehnice) în care s-a solicitat obligatoriu defalcarea acestora pe capitolele:

- construcții și instalații
- diverse și neprevăzute
- organizare de șantier
- utilaje și echipamente tehnologice.

Or, aceste cheltuieli diverse și neprevăzute au fost stabilite în fișa de date a achiziției, caietul de sarcini și formularele specifice, astfel că oferta S.C. Novara Timpex S.R.L este neconformă potrivit art.36 alin.(2) lit.a) și lit.d) din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În privința modului de alegere a factorilor de evaluare aferenți criteriului de atribuire Oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic se constată faptul că factorului preț i-a fost stabilită o pondere de 60 puncte, termenului de execuție o pondere de 10 puncte, iar factorilor privind aspectele tehnice și calitative o pondere cumulată de 30 puncte, fără a fi detaliat cu claritate algoritmul de punctare potrivit art. 15 alin.(4) din H.G. nr.925/2006, cu modificările și completările ulterioare, și art. 199 alin.(3) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Comisia de soluționare a contestației a apreciat în mod temeinic că modul de descriere a algoritmului de calcul prezentat în fișa de date a achiziției și aplicat de comisia de evaluare la stabilirea punctajelor referitoare la sistemul calității, procedurile tehnice de execuție, planul de control a calității de mediu, laboratoarele utilizate, în consonanță cu sesizarea ADR Sud Vest Oltenia a fost subiectiv și insuficient motivat, în condițiile în care toate ofertele au prezentat prețuri apropiate de valoarea minimă impusă și au stabilit ca termene de execuție, termenul minim impus, departajarea efectuându-se pe baza aspectelor calitative cuprinse în părțile descriptive.

Având în vedere considerentele mai sus arătate prin care s-a constatat încălcarea legislației privind achizițiile publice, tribunalul a respins contestația și actele administrativ contestate ca fiind temeinice și legale.

Împotriva sentinței civile nr. 1273 de la 03 Aprilie 2013, pronunțată de Tribunalul OLT, Secția a II -a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal, în Dosar nr. 1335/54/2012, a declarat recurs reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Jud. Olt reprezent. legal de preș. Consiliului Jud. Olt, criticând-o ca netemeinică și nelegală.

În dezvoltarea motivelor de recurs, reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială a județului Olt reprezentată prin Președinte al Consiliului Județean Olt, arată că, solicită admiterea recursului așa cum a fost formulat, modificarea sentinței civile nr. 1273/2013 pronunțată de Tribunalul Olt în sensul admiterii cererii de chemare în judecată, anularea Deciziei nr. 19/16.02.2012. anularea actului administrativ - fiscal, titlul de creanță constând în Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-94762/22.12.2011 și obligarea MDRT (în prezent Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice) la restituirea sumelor încasate cu titlu de corecție financiară.

Consideră că Tribunalul Olt a pronunțat o sentință fără a ține cont de argumentele invocate de instituția noastră privind legalitatea cerințelor, argumente formulate prin cererea de chemare în judecată, precizările la acțiune precum și prin concluziile scrise depuse la dosarul cauzei rezumându-se doar la motivarea MDRT (în prezent Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice) fără a da o interpretare corectă dispozițiilor legale incidente în speță.

Consideră că, nu sunt întrunite condițiile art.2 alin. 1 din OUG nr.66/2011, invocate în Nota de constatare a neregulilor financiare de stabilire a corecțiilor financiare ca temei de drept pentru stabilirea abaterii și aplicării corecției financiare.

A arătat că, în urma controlului efectuat și a notei de constatare încheiată de către echipa de control nu rezultă existența vreunui prejudiciu cauzat UE sau bugetului de stat, neexistând operatori economici cu oferte mai avantajoase economic ale căror oferte au fost declarate inacceptabile sau neconforme pentru neîndeplinirea cerințelor din documentația de atribuire și nici operatori economici interesați care sa fi renunțat la intenția de participare la procedură, urmare că nu îndeplineau cerințele respective.

În speța de față, susține că, nu se poate vorbi de existența anumitor ofertanți care ar fi fost prejudiciați în vreun fel prin stabilirea criteriilor de calificare și selecție. Sintagma „potențialii ofertanți” cum se prevede expres la pct. 2.3 din Anexa la OUG nr.66/2011, nu este incidentă în cauză deoarece nu au putut fi identificați și menționați în Nota de constatare ofertanți care ar fi fost împiedicați să participe la licitație datorită criteriilor impuse în documentația de atribuire.

Astfel sunt în prezența unei „nereguli formale, fără impact financiar”. Ca atare, nefiind dovedit impactul financiar ori vreun potențial impact financiar (viitor), condiție imperativă de care este ținută aplicarea corecției financiare, adică existența prejudiciului/existența posibilității creării unui prejudiciu, este fără putință de tăgadă că NU SE PUTEA și NICI NU SE POATE APLICA VREO CORECȚIE FINANCIARĂ, deoarece este apreciat ca fiind o „neregulă formală care nu justifică aplicarea vreunei reduceri/corecții formale”.

Mai mult nu se poate reține nici existența vreunui prejudiciu cauzat UE sau fondurilor publice naționale, în condițiile în care contractul de achiziție publică a fost atribuit prin aplicarea criteriului oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, în urma unei proceduri de licitație deschisă, cu publicarea anunțului de participare și cu posibilitatea largă a operatorilor economici de a-și exprima măcar intenția de participare, formulând cereri de clarificări, contestații, depunând oferte, etc.

De asemenea subliniază că, valoarea estimată a contractului de achiziție publică, astfel cum este consemnat în anunțul de participare nr.98097/15.04.2010, a fost de 1.626.416 lei, fără TVA, în urma licitației publice deschise, prețul de adjudecare a fost de 1.382.453,60 lei fără TVA, deci sub valoarea estimată, cu încadrarea în bugetul aprobat al proiectului, neputându-se lua în discuție existența vreunui prejudiciu.

Totodată arată că, reținerile echipei de control prin Nota de constatare și stabilire nereguli, nu au nici un fundament legal mai ales că nu s-a putut constata vreun prejudiciu în funcție de care să se stabilească și să se aplice vreo corecție, corecție care potrivit OUG nr.66/2011, trebuie să respecte principiul proporționalității așa cum este definit de legiuitor: „principiul proporționalității - orice măsură administrativă adoptată trebuie să fie adecvată, necesară și corespunzătoare scopului urmărit, atât în ceea ce privește stabilirea creanțelor bugetare rezultate din nereguli, ținând scama de natura și frecvența neregulilor constatate și de impactul financiar al acestora asupra proiectului/programului respectiv”. În condițiile în care contractul de lucrări nr.57/2010 a fost atribuit la o valoare mai scăzută decât cea din documentația de atribuire, iar UAT Jud. Olt nu i s-a imputat cheltuirea în mod necorespunzător a sumelor alocate din fondurile nerambursabile sau din fondurile publice naționale, trebuie concluzionat că abaterile sau presupusele abateri de la legalitate, nu au avut ca efect cauzarea unui prejudiciu bugetului UE sau bugetului național, condiție prevăzută în mod expres de OUGnr.66/2011.

Mai mult, măsura este disproporționată cu atât mai mult cu cât, procedura de fond declanșată anterior intrării în vigoare a OUG nr.66/2011, instituția nu a beneficiat de sprijinul pe care autoritățile competente în gestionarea fondurilor europene sunt obligate să-l acorde beneficiarilor potrivit aceleiași ordonanțe.

Reluând argumentele invocate în cererea de chemare în judecată, recurenta arată că evaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire s-a realizat în conformitate cu prevederile legale în materia achizițiilor publice, precum și cu respectarea deciziilor CNSC pronunțate în această procedură. În cadrul deciziei, Comisia de soluționare din cadrul MDRT menționează doar Decizia CNSC nr. 61/280/00/3559/29.06.2010, fără a avea în vedere și faptul că autoritatea contractantă a respectat întocmai această decizie și a procedat la reevaluarea ofertelor conform dispozițiilor CNSC.

DCVUFC și Comisia de soluționare a contestației cât și instanța de fond s-a prevalat de un act normativ adoptat și intrat în vigoare (O.U.G. nr. 66/2011) după analizarea executării contractului de lucrări și mult după derularea procedurii de achiziție publică în cauză.

Nu a avut în vedere că la data stabilirii și publicării documentației de atribuire, la data încheierii raportului procedurii și încheierii contractului de lucrări, precum și a contractului de finanțare era în vigoare O.G. nr. 79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător. Acest act normativ nu prevedea ca abatere și nu sancționa fapta reținută de către DCVUFC în sarcina UAT Județul Olt și de asemenea, nu stabilea aplicarea de reduceri sau corecții financiare.

Nu a respectat principiul neretroactivității legii conform căruia din momentul intrării sale în vigoare, norma juridică este activă. Ea acționează numai pentru viitor. Acest principiu este consacrat în Constituția României, care la art. 15 alin. (2) prevede că: „Legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale mai favorabile”.

A dat o interpretare greșită art. 8 din H.G. nr. 925/2006 care prevede că autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare.

Acest articol a fost invocat ca temei legal pentru Nota de constatare și Decizia nr. 20/16.02.2012, dar considerăm că în mod eronat, pentru că în cazul de față nu se poate susține că cerințele impuse de noi nu au avut relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului, ba dimpotrivă, sunt chiar pe specificul și complexitatea acestuia, și nici că sunt disproportionale în raport cu natura și complexitatea contractului.

Odată, necontestate de către operatorii interesați sau contestate dar neanulate de către organele competente, documentațiile de atribuire capătă forță obligatorie și beneficiază de prezumția de legalitate, în fața oricărui organ care ar ridica suspiciuni. Pentru a răsturna prezumția de nelegalitate este nevoie de proba contrarie, dar pentru aceasta trebuie administrate dovezi iar nu interpretări ale legislației achizițiilor publice prin prisma unor acte normative ulterioare consumării procedurilor de achiziție publică.

Practic, suntem în situația în care un contract care a fost executat integral, finalizat, aprobat la plată și executată plata inclusiv de instituții europene (după verificări și aprobări prealabile) este verificat încă o dată de o structură de „supracontrol” care formulează concluzii ce sunt în contradicție totală cu celelalte verificări efectuate anterior, în timpul derulării procedurii de alte organe ale statului, cu atribuții exprese în domeniul verificării documentațiilor de atribuire și respectării legislației achizițiilor publice.

OUG nr.66/2011, pe care își întemeiază echipa de control din cadrul DCVUFC actul de constatare, nu poate stabili retroactiv abateri și nu poate institui sancțiuni pentru fapte petrecute anterior datei de 29.06.2011. Aceasta deoarece, potrivit legislației în vigoare la data săvârșirii lor, aceste fapte nu erau încadrate ca abateri, neexistând această noțiune și nici noțiunea de corecții financiare. În caz contrar, acest act emis de Guvern ar constitui el însuși o abatere de la un principiu de drept fundamental și anume principiul neretroactivității actelor normative.

Față de cele expuse, rezultă în mod indubitabil că UAT Olt nu a săvârșit nicio abatere de la legislația achizițiilor publice în sensul precizat de art.2 alin.1 și pct. 2.3 din anexa la OUG nr.66/2011, MDRT (în prezent Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice) nefăcând dovada că au existat potențiali ofertanți restricționați, împiedicați, eliminați din procedura de achiziție publică respectivă. Nu se poate reține încălcarea principiului tratamentului egal atâta timp cât regulile, criteriile au fost identice pentru toți ofertanții raportat la specificul și complexitatea lucrărilor ce se executau.

În drept, arată că întemeiază recursul pe disp. art. 299 pct. 9 și 304¹ cod pr. civ. *Legal citat intimatul pârât MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI*, a formulat întâmpinare la motivele de recurs, prin care a solicitat respingerea recursului ca nefondat, menținerea ca legală și temeinică a hotărârii recurate.

La data de 14.11.2013, reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Jud. Olt reprez. legal de preș. Consiliului Jud. Olt, a depus la dosarul cauzei răspuns la întâmpinarea formulată de intimatul pârât MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI, apreciind că Tribunalul Olt a pronunțat o sentință fără a ține cont de argumentele invocate de instituție privind legalitatea cerințelor, argumente formulate prin cererea de chemare în judecată, precizările la acțiune precum și prin concluziile scrise depuse la dosarul cauzei rezumându-se doar la motivarea MDRT (în prezent Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice) fără a da o interpretare corectă dispozițiilor legale incidente în speță.

În consecință, consideră că, nu sunt întrunite condițiile art.2 alin. 1 din OUG nr.66/2011, invocate în Nota de constatare a neregulilor financiare de stabilire a corecțiilor financiare ca temei de drept pentru stabilirea abaterii și aplicării corecției financiare.

Analizând sentința recurată prin prisma motivelor de recurs formulate și din oficiu potrivit art. 304/1 Cod procedură civilă. Curtea constată că recursul nu este fondat.

Astfel, criticând sentința primei instanțe, recurenta invocă, în esență, neîntrunirea condițiilor art. 2 alin. 1 din OUG 66/2011, fiind în prezența unei nereguli formale, fără impact financiar, aprecierea eronată a caracterului restrictiv al cerințelor minime de calificare din documentația de atribuire a contractului de lucrări, încălcarea principiului neretroactivității actelor normative prin aplicarea a dispozițiilor OUG 66/2011 unor fapte petrecute înainte de intrarea sa în vigoare.

Cât privește încălcarea principiului neretroactivității actelor normative, Curtea reține că prin dispozițiile OUG 66/2011 a fost abrogată expres OG 79/2003 urmând ca, potrivit art. 65 din noul act normativ, orice referire în acele normative existente la OG 79/2003 și orice trimitere la actul normativ menționat să se considere ca referire/trimitere la OUG 66/2011.

De asemenea, potrivit art. 66 din actul normativ menționat, "activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor OG 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea 529/2003, cu modificările și completările ulterioare".

În temeiul dispozițiilor legale anterior menționate, începând cu data intrării în vigoare a OUG 66/2011 activitatea de constatare și sancționare a neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene se desfășoară potrivit acestei ordonanțe, cu excepția activităților în curs de derulare sub imperiul vechii reglementări, fiind irelevant faptul că procedura de achiziție publică s-a derulat înainte de intrarea sa în vigoare.

Ori, Curtea constată că aplicarea unor dispoziții legale noi în ce privește procedura de constatare și sancționare a neregulilor de la dispoziții legale în vigoare la data derulării procedurii de achiziție publică nu reprezintă o încălcare a principiului consacrat de dispozițiile art. 15 alin. 2 din Constituția României.

În speță, pârâtul a analizat legalitatea cerințelor minime de calificare din documentația de atribuire a contractului de achiziție publică și respectarea obligațiilor ce revin autorității contractante în cadrul acestei proceduri prin raportare la prevederile OUG 34/2006 și ale normelor de aplicare aprobate prin HG 925/2006, în vigoare la momentul elaborării documentației de atribuire și publicării în SEAP a anunțului de participare, astfel că nu se poate susține că ar fi fost aplicate retroactiv dispoziții de drept material.

Cât privește susținerea recurentei referitoare la faptul că echipa de control nu poate stabili retroactiv abateri în temeiul OUG 66/2011 și nu poate institui sancțiuni pentru fapte petrecute anterior datei de 29.06.2011, Curtea reține că noțiunea dată de legiuitor noțiunii de "neregulă" este similară în OUG 66/2011 și OG 79/2003, astfel că nu s-ar putea constata că fapta imputată reclamantei nu ar putea fi calificată drept neregulă la data publicării anunțului de participare. În ce privește sancțiunea aplicată, deși aceasta a fost cuantificată potrivit OUG 66/2011, act normativ în vigoare la data constatării neregulii, reclamanta nu a fost prejudiciată, sancțiunea prevăzută de OG 79/2003 fiind mult mai severă.

Nefondate sunt și criticile recurentei referitoare la neîntrunirea condițiilor art. 2 alin. 1 din OUG 66/2011. Astfel, potrivit art. 2 alin. 1 lit. a din OUG 66/2011, prin neregulă se înțelege "orice

abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, *care a prejudicial ori poate prejudicia* bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici și internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit".

Așa cum se desprinde din dispozițiile legale citate, existența unei nereguli presupune întrunirea cumulativă a mai multor condiții, respectiv: să fie săvârșite abateri de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate, abaterea să fie săvârșită de un beneficiar sau o autoritate cu competență în gestionarea fondurilor europene, prin abatere să se fi creat un prejudiciu sau să se poată crea un prejudiciu bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici și internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit.

Invocând aceste dispoziții legale, recurenta pretinde faptul că în speță nu este întrunită ultima din cele trei condiții anterior menționate, neputându-se vorbi de un prejudiciu în condițiile în care contractul a fost atribuit la o valoare sub valoarea estimată a contractului de achiziție publică, astfel cum este consemnată în anunțul de participare, astfel că ne aflăm în prezența unei nereguli formale, fără impact financiar.

Deși este adevărat că nu orice abatere presupune implicit existența unui prejudiciu sau potențialitatea lui, nu-i mai puțin adevărat că nu toate neregulile au caracter formal, potențialul de a genera prejudiciu urmând a fi analizat în raport de împrejurările concrete în care au fost produse. Atribuirea contractului de achiziție publică la un preț inferior celui estimat nu exclude posibilitatea efectuării unor plăți necuvenite atunci când procedura achiziției publice s-a desfășurat în împrejurări care pun în discuție chiar legalitatea atribuirii contractului.

Ori, în speță, Curtea reține că deși contractul de lucrări a fost atribuit ofertantului SC NOVARA T IMPEX SRL la o valoare de 1.382.453,60 lei, inferioară celei estimate, printre neregulile consemnate în nota de constatare contestată, la punctul 6 se menționează omisiunea autorității contractante de a declara neconformă oferta prezentată chiar de această societate, pentru ca la punctul 7 să se rețină că acordarea unei ponderi de 30 de puncte factorilor privind aspectele tehnice și calitative, fără a fi detaliat cu claritate algoritmul de punctare, potrivit art. 15 alin. 4 din HG 925/2006, a determinat departajarea ofertanților pe criterii subiective, pe baza aspectelor calitative cuprinse în părțile descriptive.

Ca atare, chiar dacă în cauză nu s-a făcut dovada faptului că, prin impunerea cerințelor minime reținute în nota de constatare ca fiind restrictive, au fost împiedicați să participe la procedură alți operatori economici, care nu îndeplineau aceste cerințe (dovadă, de altfel imposibil de realizat, neputând fi probat un fapt negativ general), se poate reține că prin omisiunea reclamantei de a declara neconformă oferta SC NOVARA T IMPEX SRL, potrivit art. 36 alin. 2 lit. a din HG 925/2006, coroborată cu stabilirea în mod subiectiv a punctajelor referitoare la sistemul calității, procedurile tehnice de execuție, planul de control al calității de mediu, laboratoarele utilizate, este de natură a conduce la un prejudiciu în sensul anterior reținut, cel puțin în raport de ofertele celorlalți participanți la procedura de achiziție, contractul putând fi atribuit la o valoare inferioară.

În acest sens, din analiza raportului procedurii, Curtea reține că prețul ofertat SC ASTRA SA Craiova a fost inferior celui la care contractul a fost atribuit, astfel că, în condițiile existenței unor criterii concrete și obiective de stabilire a punctajului factorilor privind aspectele tehnice și calitative, nu se poate susține că oferta acesteia, evaluată cu un punctaj inferior tocmai la acești factori, nu ar fi putut fi declarată câștigătoare.

Este cert deci că nu ne aflăm în prezența unei nereguli formale, fără impact financiar care ar justifica aplicarea pct. 1.2 din Anexa nr. 1 la OUG 66/2011, ci a unor încălcări multiple ale legislației privind achizițiile publice care s-au repercutat direct în modul de atribuire a contractului și care imprimă abaterii constatate o gravitate sporită.

Ca atare, nu pot fi reținute criticile recurenței privind încălcarea principiului proporționalității astfel cum este definit de art. 2 lit. n din OUG 66/2011 corecția aplicată fiind adecvată și corespunzătoare naturii și frecvenței neregulilor constatate ce vizează încălcarea principiilor tratamentului egal, nediscriminării și eficienței utilizării fondurilor publice în atribuirea contractului de achiziție publică.

Cât privește susținerile recurenței referitoare la reținerea eronată de către instanța de fond a cerințelor minime de calificare indicate în nota de constatare ca fiind restrictive. Curtea constată că recurența se rezumă a relua argumentele invocate în cererea de chemare în judecată și concluziile scrise depuse la instanța de fond fără a invoca critici concrete cu privire la soluționarea acestor aspecte în sentința recurată.

Susținerile recurenței sunt nefondate, prima instanță reținând întemeiat că prin raportare la dispozițiile art. 181 și 182 din OUG 34/2006 cerința privind prezentarea cazierului fiscal în original este excesivă chiar tară raportare la Ordinul ANRMAP nr. 509/2011, după cum excesivă este, în lipsa unei motivații prezentate potrivit art. 8 alin. 2 din HG 925/2006 într-o notă justificativă, cerința privind prezentarea formularului emis de Banca Națională a României cu privire la faptul că ofertantul nu a fost înregistrat în ultimul an în Centrala Incidentelor de Plăți, iar aceasta cu atât mai mult cu cât au fost solicitate și dovezi privind asigurarea din partea unei bănci a cash-flow-ului pentru realizarea contactului într-un quantum acoperitor.

De asemenea, s-a reținut corect că raportat la lucrările ce urmau a se executa în baza contractului de achiziție, lucrări ce vizau în principal modernizări și recompartimentări, cerința privind deținerea de către ofertanți a unui număr de utilaje mult supradimensionat în față de volumul și anvergura lucrărilor ce urmau să fie executate, reprezintă o condiție restrictivă care, necuprinsă în anunțul de participare și nici într-o notă justificativă, contravine dispozițiilor art. 8 din HG 925/2006 art. 11 alin. 1 și art. 178 alin. 1 din OUG 34/2006 și care excede interesului autorității publice de a evita atribuirea contractului unor operatori economici care nu posedă mijlocele tehnice și infrastructura corespunzătoare executării contractului.

Simpla susținere a recurenței în sensul că nu au existat operatori care au fost împiedicați să participe la procedura de achiziție datorită acestor cerințe nu este de natură să înlăture caracterul restrictiv al acestora atât timp cât prin impunerea acestor cerințe reclamanta a creat condițiile pentru restricționarea participării și distorsionarea concurenței.

În mod similar, s-a reținut corect încălcarea dispozițiilor art. 176 și 179 din OUG 34/2006 prin înscrierea în Fișa de date a achiziției a cerinței minime privind prezentarea certificatului privind implementarea ... în raport de cerințele OHSAS 18001:2004 sau echivalent și a certificatului SA 8000: 2008 sau echivalent, în condițiile în care potrivit dispozițiilor interne privind legislația muncii și sănătatea la locul de muncă orice operatori economici au obligația de a respecta standardele de protecție și sănătate a muncii invocate de recurentă.

Împrejurarea invocată de recurentă referitoare la faptul că ANRMAP și Ministerul Finanțelor Publice ar fi considerat legale cerințele stabilite, la momentul derulării procedurii de achiziție publică, nu împiedică constatarea ulterioară, în cadrul activității reglementate de OUG 66/2011 a caracterului restrictiv al acestora. Așa cum se desprinde din dispozițiile art. 49 alin. 2/3 din OUG 34/2006 verificarea astfel realizată nu exclude nici măcar dreptul ANRMAP de a sancționa, ulterior publicării anunțului de participare, faptele de încălcare a dispozițiilor legale privind procedura de

atribuire a contractelor de achiziție publică așa încât, cu atât mai puțin împrejurarea invocată ar putea afecta dreptul altor autorități de a efectua un control de legalitate în baza unor dispoziții speciale.

Reținerile instanței de fond sunt corecte și în ce privește propunerea financiară prezentată de ofertantul declarat câștigător, în cauză fiind incidente dispozițiile art. 36 alin. 2 lit. din HG 925/2006 în condițiile în care ofertantul nu a satisfăcut cerințele documentației de atribuire, neincluzând în oferta financiară cheltuieli diverse și neprevăzute cu intenția evidentă de a mări valoarea defalcată pe capitolul de lucrări construite-instalații în condițiile menținerii prețului total scăzut.

De asemenea, Curtea constată corectă concluzia instanței de fond și în ce privește modul de alegere a factorilor de evaluare aferenți criteriului de atribuire, pârâta reținând justificat că modul de descriere a algoritmului de calcul prezentat în fișa de date și aplicat de comisia de evaluare la stabilirea punctajelor referitoare la sistemul calității procedurii tehnice de execuție, planul de control al calității de mediu, laboratoarele utilizate, au fost subiectiv și insuficient motivate, departajarea între candidați realizându-se în fapt, pe baza aspectelor calitative cuprinse în părțile restrictive.

Referirile recurente privind contestațiile soluționate în cursul procedurii de CNSC nu infirmă aspectele anterior reținute. Dimpotrivă, chiar CNSC reține în decizia nr. 3261/280C10/3559 din 29.06.2010 faptul că în cadrul raportului procedurii nu există o motivare referitoare la acordarea punctajelor pentru cei patru subfactori de evaluare aferenți factorului de evaluare "programul calității" și nu există nici referatul de specialitate elaborat de un expert cooptat.

În raport de aspectele anterior reținute, constatând că sentința primei instanțe este legală și temeinică, în temeiul art. 312 Cod procedură civilă, Curtea urmează să respingă recursul ca nefondat.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII DECIDE

Respinge recursul formulat de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Jud. Olt reprezentant, legal de preș. Consiliului Jud. Olt, împotriva sentinței civile nr. 1273 de la 03 Aprilie 2013, pronunțată de Tribunalul OLT, în Dosar nr. 1335/54/2012, în contradictoriu cu intimatul pârât MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI, având ca obiect anulare act administrativ

Decizie irevocabilă. Pronunțată în ședința publică de la 12 Decembrie 2013.

Dosar nr. 1412/54/2012

CURTEA DE APEL CRAIOVA
SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV SI FISCAL
DECIZIE Nr. 17933/2013
Ședința publică de la 27 Noiembrie 2013

Pe rol rezultatul dezbaterilor din data de 20 noiembrie 2013 privind recursul formulat de recurenta reclamantă UNITATEA ADMINISTRATIV - TERITORIALA JUDEȚUL OLT prin PREȘEDINTELE CONSILIULUI JUD. OLT împotriva sentinței nr. 1690/13.05.2013 pronunțată de Tribunalul Olt în dosarul nr. 1412/54/2012 în contradictoriu cu intimatul pârât MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI.

Dezbaterile pe fondul cauzei au avut loc în ședința publică din 20 noiembrie 2013, fiind consemnate în încheierea de ședință din acea dată, care face parte integrantă din prezenta decizie și când Curtea a amânat pronunțarea, în temeiul art. 260 C. proc. civ., pentru azi, 27 noiembrie 2013, când, în aceeași componență, a hotărât următoarele:

CURTEA

Asupra recursului de față;

La data de 08.06.2012, reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV - TERITORIALA JUDEȚUL OLT reprezentată legal prin Președintele Consiliului Județean Olt a chemat în judecată pe pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI, pentru ca prin hotărârea ce se va pronunța în cauză, să se dispună anularea în totalitate a Deciziei nr. 14/07.02.2012 emisă de Comisia de soluționarea contestației din cadrul acestui minister și înregistrată la CONSILIUL JUDEȚEAN OLT sub nr. 1299/13.02.2012 și, implicit a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA- 90851/09.12.2011; în caz de admitere a cererii de anulare, obligarea MDRT să se restituie sumele încasate cu titlu de corecție financiară.

Prin sentința nr. 1690/13.05.2013 pronunțată de Tribunalul Olt în dosarul nr. 1412/54/2012 a fost respinsă contestația formulată de reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV-TERITORIALA JUDEȚUL OLT reprezentată legal prin Președintele Consiliului Județean Olt în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI, ca neîntemeiată.

Pentru a se pronunța tribunalul a reținut că reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Olt a solicitat instanței anularea deciziei nr.14 din 7.02.2012 emisă de Comisia de soluționare a contestației din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, precum și a Notei de constatare a neregulilor de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA-90851/09.12.2011, iar în caz de admitere a cererii de anulare, obligarea MDRT să restituie reclamantei sumele încasate ca titlu de corecție financiară.

Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiar încheiată la data de 9.12.2011 de către Direcția control și verificare, utilizare fonduri comunitare (DCVUFC și înregistrată la DCVUFC sub nr. CA/90851/09.12.2011 privind contractul de finanțare nr.591/27.11.2009 cod SMIS 378 proiect „Modernizare centrul de îngrijire și asistență Slatina”, Unitatea Administrativ Teritorială Județul Olt a fost sancționată cu o corecție financiară de 5% aplicată la valoarea eligibilă a contractului de supraveghere a lucrărilor (de dirigenție nr.5/17.03.2010 în sumă de 548,89 lei plus TVA de 107,16 lei.

Împotriva Notei de constatare menționată mai sus, reclamanta a formulat contestația nr. 11498/10.01.2012, soluționată prin respingerea acesteia ca fiind neîntemeiată, prin decizia

nr.14/7.02.2012 emisă de Comisia de soluționare a contestațiilor din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului.

Potrivit Raportului procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect Serviciul de supraveghere a execuției tehnice pentru lucrări de investiție din cadrul proiectului, procedura de atribuire aplicată a fost licitație deschisă.

În urma examinării și evaluării ofertelor depuse, comisia a hotărât că SC Primlex Consult SRL este admisibilă. Cu toate acestea, verificând documentația de atribuire, echipa de control a constatat următoarele:

La punctul IV.4.1) Informații privind personalul tehnic de specialitate, autoritatea contractantă a solicitat „Cerință obligatorie - personal minim:

- a. Diriginte de șantier, coordonatorul echipei, responsabil cu lucrările de construcții, cerință - specializare construcții cu autorizație de la ISC pentru diligențe de șantier în domeniul 2.4 construcții civile, industriale, agricole, categoria de importanță A, având autorizație valabilă la data ofertării; cel puțin 10 ani experiență profesională în specialitate.
- b. Diriginte de șantier atestat domeniul 1.1 - produse pentru construcții, experiență profesională generală minim 5 ani.

Se solicită completarea Formularului B2 - Declarație de exclusivitate și disponibilitate pentru coordonatorul propus (Diriginte de șantier), al cărei scop este următorul:

Coordonatorul propus în ofertă nu trebuie să facă parte din altă ofertă depusă pentru această procedură de atribuire. De aceea el trebuie să se angajeze exclusiv ofertantului.

Coordonatorul trebuie de asemenea să se angajeze că va fi disponibil, capabil și dispus să lucreze pentru toată perioada de execuție a lucrărilor, după cum este indicat în Caietul de sarcini.

Dacă un coordonator a fost propus de mai mult de un ofertant, ofertele respective vor fi respinse”.

Cu privire la aceste cerințe, Comisia de soluționare a contestației din cadrul MDRT a constatat următoarele:

Ofertantul a depus documentele solicitate pentru o singură persoană care îndeplinea cerințele de atestare și experiență pentru ambele persoane solicitate în cadrul fișei de date a achiziției, ca personal minim afirmațiile din declarația de exclusivitate și disponibilitate (Formularul B2) contrazise de informațiile din CV și din Anexa 30 „Informații privind spațiile contractuale în curs”, astfel: declarația de exclusivitate; în Anexa 30 - „Informații privind obligațiile contractuale în curs”, sunt revăzute termene de punere în funcțiune pentru obiectivele menționate în CV, respectiv, martie 2011, aprilie 2011, octombrie 2010.

Apărările reclamantei în sensul că, prin prezentarea declarației de disponibilitate și exclusivitate, coordonatorul și-a angajat disponibilitatea de a presta serviciile asumate prin ofertă pe toată perioada derulării proiectului, începând cu data primirii ordinului de începere a lucrărilor, indiferent dacă societatea ofertantă sau coordonatorul erau implicați la data evaluării ofertelor și în alte contracte, nu au fost reținute de instanță, nefiind îndeplinite cerințele de la punctul IV.4 .I. din fișa de date a achiziției, întrucât, deși documentația de atribuire prevedea ca și condiție obligatorie ca ofertantul să aibă doi diriguți de șantier, calificați pe domenii diferite, acesta s-a prezentat cu un singur diriginte de șantier, nefiind respectată nici cerința ca dirigințele de șantier să supravegheze lucrările timp de 8 ore/zi, conform Graficului de timp inclus în oferta câștigătoare, având în vedere

că ofertantul era implicat în cel puțin alte cinci contracte, iar trei dintre acestea aveau termen de finalizare în perioada octombrie 2010-aprilie 2011.

De asemenea, nu a fost reținută de către instanță nici susținerea reclamantei în sensul că societatea respectivă avea angajat personal de specialitate calificat / suficient pentru a realiza atât contractul analizat cât și celelalte contracte pe care le avea în derulare, deoarece, potrivit Anexei 14 „efectivul mediu de personal”, aceasta a avut pe ultimii trei ani un singur angajat. Referitor la contractele de muncă invocate de reclamantă, pârâta a constatat în mod corect că, în ceea ce privește contractul de muncă a lui A.D, acesta a fost încheiat pe perioadă nedeterminată cu un program de două ore pe zi și nu există nici un document care să facă dovada că acesta deține autorizație de diriginte de șantier, aceeași situație fiind reținută și cu privire la contractul prestării servicii nr.3 din 15.03.2009 încheiat cu I.M, din care nu rezultă că acesta este autorizat pentru activitatea de diligențe de șantier.

În consecință, s-a apreciat că oferta ar fi trebuit respinsă ca neconformă pentru faptul că ofertantul nu a putut furniza doi diriginți de șantier, așa cum s-a solicitat prin caietul de sarcini.

Referitor la cerința solicitată la Capitolul IV.4.2 din Fișa de date a achiziției - Declarație privind utilajele, instalațiile, echipamentele tehnice, autoritatea contractantă a solicitat Dotări minime: Echipamente IT: minim un calculator dotat cu softuri de bază, minim o imprimantă; cel puțin un mijloc de transport.

Pentru dotările minime solicitate, ofertantul are obligația să prezinte documentele de proprietate sau alte acte doveditoare prin care să demonstreze că are acces la acestea, cum ar fi contracte de leasing, contracte de închiriere, contract de prestări servicii etc.”

Pentru îndeplinirea acestei condiții minime, ofertantul a prezentat contractul de leasing pentru un autoturism „Polo”, dar nu a prezentat documente de proprietate pentru imprimantă și calculator sau alte documente doveditoare să demonstreze că are acces la acestea.

Prin urmare, dovada deținerii trebuia făcută pentru toate dotările solicitate și nu doar pentru mijlocul de transport auto.

Reclamanta a mai criticat și temeiul legal al stabilirii abaterii și aplicării corecției, respectiv art.2 alin. 1 lit. a. din OUG 66/2011 și punctul 2.4 din Anexa B, OUG 66/2011, pentru încălcarea principiului tratamentului egal, unde menționează faptul că aceste contracte au fost atribuite cu respectarea cerinței privind publicitatea, dar procedura de atribuire a încălcat principiul tratamentului egal al operatorilor (de exemplu, în cazul în care autoritatea contractantă a făcut o alegere arbitrară a anumitor ofertanți cu care a negociat atribuirea contractului sau a oferit un tratament preferențial unuia dintre ofertanți invitați la negociere).

Referitor la acest aspect, reclamanta a susținut că procedura de achiziție publică a fost licitație deschisă și nu se poate vorbi despre încălcarea principiului tratamentului egal, întrucât neexistând alți ofertanți în procedură, rezultă că nici un alt ofertant nu a fost împiedicat să participe la licitație, și nici un alt ofertant nu a fost defavorizat prin modul de evaluare a ofertelor.

Faptul că nu au existat și alți ofertanți în procedură, nu înlătură însă obligația de a respecta prevederile legislației naționale în domeniul achiziției publice, obligație prevăzută și sancționată de art. 9 pct. 22 din Contractul de finanțare, potrivit căruia nerespectarea acestei obligații conduce la neeligibilitatea cheltuielilor astfel efectuate.

În ceea ce privește susținerea reclamantei în sensul că OUG nr.66/2011 încalcă principiul neretroactivității pentru că nu se poate aplica unor fapte și situații petrecute anterior intrării sale în

vigoare, controlul fiind efectuat în noiembrie 2011, pârâta a reținut corect că abaterile de la prevederile legislației naționale și comunitare sunt sancționate în baza legii specifice aplicabile la data efectuării controlului, însă calificarea abaterii se realizează prin raportare la dispozițiile legale incidente la momentul la care faptele și actele juridice s-au produs, astfel încât OUG 66/2011 nu contravine principiului neretroactivității.

Pentru considerentele expuse, s-a apreciat că actele administrative contestate sunt legale și temeinice, urmând ca în baza art. 1 și art. 18 din Legea 554/2004, fiind respinsă contestația ca neîntemeiată.

Împotriva acestei sentințe a formulat recurs reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV-TERRITORIALA JUDEȚUL OLT prin PREȘEDINTELE CONSILIULUI JUD.OLT.

În motivare recurentul a învederat că în raport de dispozițiilor art. 18 alin. 1 și 19 din OUG nr. 34/2006 și art. 124 din OUG nr. 34/2006 nu era necesară respectarea procedurilor prevăzute pentru achizițiile publice, alegând voluntar impunerea acestei proceduri.

A doua critică a recurentului vizează interpretarea eronată a disp. art. 2 alin. 1 lit. a din OUG nr. 66/2011 și a pct. 2.4 din anexa OUG nr. 66/2011 de către Tribunal, nefiind dovedit, în opinia recurentului, un prejudiciu cert, condiție de existență a unei „nereguli financiare”.

O treia categorie de critici vizează modul de respectare a caietului de sarcini cu privire la condițiile impuse dirigintelui de șantier. Susține recurentul că nu poate fi încălcat principiul concurenței loiale întrucât la licitație a participat un singur ofertant, nefiind prin urmare respectate disp. art. 36 alin 2 lit. a din HG nr. 925/2006.

Examinând recursul prin prisma motivelor invocate și a Opozițiilor legale incidente Curtea constată următoarele:

Critica recurenței referitoare la faptul că neregula constatată prin actul administrativ contestat este pur formală, și este lipsă de impact financiar asupra fondurilor UE, este fondată.

Curtea reține din întreg materialul probator administrat în cauză că în mod eronat instanța de fond a aplicat și interpretat dispozițiile legale incidente prev. de art. 2 alin. 1 lit a din OUG nr. 66/2011 coroborate cu disp. pct.2.4 din anexa la OUG nr. 66/2011.

În fapt neregula reținută prin Nota de constatare a fost reprezentată de discrepanța dintre declarația de exclusivitate formulată de dirigintele de șantier al lucrării ce a făcut obiectul achiziției pe de o parte și CV ul acestuia, pe de alta. Din CV s-a constatat de către organele de control, că acesta avea concomitent în lucru și alte 3 lucrări în desfășurare. Toate lucrările paralele au avut termen de finalizare aprilie 2011, iar lucrarea ce face obiectul achiziției de față s-a finalizat conform contractului, pe o perioadă de 10 luni începând cu data de 22.07.2010. Este adevărat că dirigintele de șantier propus în documentația prezentată de singurul ofertant câștigător a avut în paralel și alte lucrări în supraveghere, însă nu s-a demonstrat în cauză modalitatea și programul efectiv de supraveghere a acelor lucrări, și nici modul în care a influențat respectarea obligației asumată în acest contract.

Nu s-a stabilit, de asemenea un prejudiciu aflat în directă legătură de cauzalitate cu această obligație, de supraveghere a lucrării conform cerințelor din documentație.

În mod similar nu s-a demonstrat prejudiciul nici pentru de îndeplinirea necorespunzătoare a cerințelor privind dovada dreptului de proprietate asupra unei imprimante și a unui calculator.

Toate lucrările achiziționate s-au finalizat la data controlului și recepționate. Ori în speță nu se demonstrează existența unui prejudiciu ori capacitatea neregulii de a prejudicia bugetul rezultat din neregula formală reținută, condiție esențială pentru a fi incidente dispozițiile art. 2 alin. 1 lit. a din OUG nr. 66/2011. În plus pentru a fi incidente disp. pct. 2.4 din anexa la OUG nr. 66/2011 și pentru a fi afectată concurența loială este necesar să fi participat mai mulți ofertanți, căci nu s-a pus problema unui anunț, a unor condiții ori a unor practici anticoncurențiale.

Prin întâmpinare, intimatul MDRADP invocă faptul că prima critică referitoare la lipsa obligației de respecta procedura de achiziție prev. de OUG nr. 34/2006 nu este fondată fiind prezentată direct în recurs. Curtea constată însă că aceste critici sunt invocate în fața instanței de fond prin răspunsul la „întâmpinare,, prin care se ridicase problematica nerespectării dispozițiilor legale privind achizițiile publice. Curtea remarcă că aceste critici nu sunt invocate prin acțiunea introductivă, ci doar ulterior „întâmpinării,, iar instanța de fond nu a supus aceste aspect dezbaterii și analizei.

Curtea reține însă ca pertinente argumentele intimatului Ministerul Dezvoltării Regionale referitoare la faptul că din moment ce voluntar s-a decis impunerea unei proceduri de achiziție prevăzută de disp. OUG nr. 34/2006, obligația Autorității contractate este aceea de a respecta procedura.

Nu se poate acredita ideea că, procedura fiind voluntar aleasă, ar fi permis nerespectarea dispozițiilor legale ce o reglementează, idee ce ar da naștere arbitrarului, incompatibil cu principiile ce guvernează administrarea fondurilor comunitare.

Pe de altă parte însă, Curtea nu poate ignora din analiza noțiunii de neregulă sau fraudă, din analiza gravității fraudei ori neregulii, din analiza caracterului acestei nereguli de a fi susceptibilă să producă un prejudiciu fondurilor UE, aspectul referitor la caracterul voluntar al procedurii achiziției aleasă de Autoritate.

Astfel, cât timp singurele abateri constatate de Minister rezultă dintr-o neconformitate a declarației dirigintelui de șantier și din lipsa unor acte de proprietate pentru o imprimantă și calculator, cerințe impuse de însăși Autoritatea contractantă prin procedura aleasă voluntar, Curtea apreciază că se poate acorda o mai largă marjă de apreciere Autorității în analiza îndeplinirii celor două cerințe concrete din documentație de atribuire. A imputa o corecție financiară Autorității pentru nerespectarea propriilor condiții impuse de Autoritate însăși o procedură stabilită voluntar de chiar Autoritatea contractantă, nu ar fi conform cu principiile echității, echilibrului rezonabil și cu principiul proporționalității dintre sancțiune și abaterea comisă.

Prin întâmpinare Ministerul invocă dispoziții legale cu caracter general, referitoare la obligația Autorității de a respecta legislația națională și comunitară, la neeligibilitatea cheltuielilor realizate cu nerespectarea prevederilor legale sus enunțate, la prezumarea prejudiciului atunci când se încalcă o normă legală.

Curtea recunoaște și reiterează valoarea acestor principii ce asigură o administrare justă și transparentă a fondurilor publice comunitare, însă Curții îi revine obligația efectuării unei analize în concret a incidenței tuturor principiilor, inclusiv ale echității și echilibrului rezonabil, al principiului proporționalității dintre sancțiune și abatere, a unei analize asupra naturii abaterii, a consecințelor efective produse. Prin chiar Ghidul privind constatarea corecțiilor financiare în domeniul achizițiilor pentru programele desfășurate cu finanțare din fonduri comunitare 2007-2014 se recomandă ca în situația unor nereguli fără impact financiar ce nu vizează încălcarea unor norme legale comunitare ori naționale imperative, importante, ci elemente auxiliare nu se impune aplicarea unor corecții.

Referirea intimatului la art.2 pct.7 din Regulamentul CE nr. 1083/2006 al consiliului Europei nu are aplicabilitate în speță în măsura în care, prin actul de control, nu se ridică expres o normă din dreptul comunitar încălcată.

Referirea intimatului la jurisprudența ICCJ vizează o speță în care abaterea reținută privea un conflict de interese, care prin ea însăși e susceptibilă de a produce un prejudiciu ca urmare a faptului că încalcă un principiu fundamental al gestionării fondurilor UE, respectiv concurența loială. Abaterea din cele două spețe nu sunt similare.

Curtea nu reține obligativitatea în toate cazurile a organului de control de a face dovada unui prejudiciu material, fiind de acord cu argumentul intimatului că anumite fraude, prin natura lor sunt susceptibile de a produce un prejudiciu, însă nu orice abatere, orice neregulă dobândește prezumtiv acest caracter, fiind necesară o analiză aprofundată.

Pentru aceste motive, în temeiul disp. Art. 312 alin. 3 C pr. Civila, instanța va modifica sentința în sensul că va admite acțiunea în sensul că instituie anularea actului de control.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII DECIDE

Admite recursul formulat de recurenta reclamantă UNITATEA ADMINISTRATIV-TERITORIALĂ JUDEȚUL OLT prin PREȘEDINTELE CONSILIULUI JUD. OLT împotriva sentinței nr. 1690/13.05.2013 pronunțată de Tribunalul Olt în dosarul nr. 1412/54/2012 în contradictoriu cu intimatul pârât MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI.

Modifică sentința în sensul că admite contestația formulată de Unitatea Administrativ Teritorială a Județului Olt.

Dispune anularea Deciziei 4/07.02.2012 emisă de Comisia de soluționare contestații din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului și anularea Notei de constatare nr.CA-90851/09.12.2011 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului.

Irevocabilă. Pronunțată în ședința publică de la 27 Noiembrie 2013.

Dosar nr. 886/42/2012

CURTEA DE APEL PLOIEȘTI
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR.121
Ședința publică din data de 22 aprilie 2013

Pe rol fiind soluționarea acțiunii formulate de reclamantul JUDEȚUL PRAHOVA, prin Președintele Consiliului Județean Prahova, în contradictoriu cu pârâții MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI - DIRECȚIA GENERALĂ AUTORITATEA DE MANAGEMENT POR și AGENȚIA PENTRU DEZVOLTARE REGIONALĂ SUD MUNTENIA.

Dezbaterile au avut loc în ședința publică de la data 16 aprilie 2013, când instanța având nevoie de timp pentru a delibera, și totodată, pentru a da posibilitate părților să depună la dosar concluzii scrise, în baza art.260 și 156 alin.2 Cod procedură civilă a amânat pronunțarea la data de 22 aprilie 2013, când a pronunțat următoarea decizie.

CURTEA:

Deliberând asupra acțiunii de față, se rețin următoarele: Prin acțiunea înregistrată sub nr.886/42/2012 pe rolul Curții de Apel Ploiești, reclamantul (...) reprezentat prin președinte M.C., în contradictoriu cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Autoritatea de Management POR și Agenția pentru Dezvoltare Regională Sud Muntenia, solicitând să se dispună anularea în totalitate a Notei nr. (...) privind aplicarea reducerilor procentuale pentru Contractul de finanțare SMIS (...) și a Notei nr. (...) de propunere spre respingere a pretențiilor beneficiarului și, pe fond, a măsurilor dispuse prin aceste note.

În motivarea acțiunii s-a arătat că, în fapt, prin nota susmenționată M.D.R.T.- ul a respins pretențiile beneficiarului Județul Prahova exprimate în procesul-verbal nr.62583 încheiat în urma ședinței de conciliere din data de 23.08.2012, pretenții ce se refereau la contractul de finanțare nr. (...), cod SMIS (...), încheiat de Județul Prahova, în calitate de beneficiar, cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Autoritatea de Management POR - în calitate de autoritate de management, denumită AM POR. prin Agenția pentru Dezvoltare Regională Sud Muntenia-în calitate de organism intermediar (OI).

Obiectul acestui contract îl constituia acordarea finanțării nerambursabile de către AM POR pentru implementarea proiectului „Creșterea capacității de trafic prin realizarea legăturii rutiere între DN1 și DN1 B prin realizarea drumului județean de centură DJ 236, în zona de nord a municipiului Ploiești” în cadrul Programului Operațional Regional 2007-2013.

În baza acestui contract, beneficiarul avea dreptul să i se acorde finanțarea nerambursabilă în termenii și condițiile stabilite prin acordul de voință al părților contractante (art. 1 alin.2), iar potrivit art.7 , AM POR are obligația să efectueze rambursarea conform Anexei III - Instrucțiuni de prefinanțare și rambursare a cheltuielilor, pe baza cererilor de rambursare ale beneficiarului, înaintate de OI la AM POR. În temeiul acestor dispoziții contractuale, Județul Prahova a înaintat la MDRT cererea de rambursare nr.2/30.11.2011 cu valoarea de (...) lei și (...) lei TVA, în vederea decontării, însă valoarea rambursată de minister a fost de 4.429.871,58 lei și 1.123.859,15 lei TVA, conform extrasului de cont din data de 29.03.2012. Urmare acestui fapt prin adresele nr.4306/5.04.2012 și nr.4306/13.06.2012 reclamanta a solicitat MDRT-ului o informare în ceea ce privește diferența înregistrată între suma solicitată prin cererea de rambursare și suma efectiv rambursată de minister, conform extrasului de cont menționat, dar nu a primit nici un răspuns la

aceste solicitări până la data convocării la conciliere a ministerului, realizată prin adresa nr. 52344/16.07.2012, înregistrată la Consiliul Județean Prahova sub nr. 9676/23.07.2012.

Prin această adresă, pe lângă invitația la conciliere, Ministerul le-a comunicat și Nota nr. 51547/12.07.2012 privind aplicarea reducerilor procentuale pentru contractul de finanțare SMIS. În această notă, s-a precizat că în procesul de verificare a cererii de rambursare nr. 2 s-au constatat abateri de la aplicarea prevederilor legale în domeniul achizițiilor publice referitoare la contractul de lucrări nr. 4737/13.04.2011 încheiat cu SC Cast SRL, respectiv prevederile art. 75 din OUG nr. 34/2006 privind achizițiile publice și, ca urmare, a aplicat o reducere procentuală de 10% în valoare de 495.196,47 lei și 118.847,15 TVA, în temeiul prevederilor art. 6 alin.3 și 9 și a pct. 1.12 din Anexa la OUG 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

S-a învederat că această comunicare a explicației privind aplicarea reducerii procentuale a survenit după aproape 4 luni de la aplicarea acesteia, fără să primim vreun răspuns la adresele sale nr. 4306/05.04.2012 și 4306/13.06.2012, prin care a solicitat ministerului informații privind diferența înregistrată între suma solicitată prin cererea de rambursare și suma rambursată.

De asemenea, potrivit art. 6 din HGR nr. 875/2011 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor O.U.G. nr. 66/2011 înainte de aplicarea reducerii procentuale, pârâtele aveau obligația să îi comunice nota de control prin care s-au constatat neregulile apărute, însă acestea nu au respectat prevederile legale aplicabile în domeniu.

Prin Notele a căror anulare se solicită ministerul a menționat că motivul care a stat la baza acestei corecții financiare a fost încălcarea art. 75 din O.U.G. nr. 34/2006, în sensul reducerii perioadei minime de 52 de zile prevăzută între data transmiterii spre publicare a anunțului de participare și data limită de depunere a ofertelor, în condițiile în care anunțul de intenție nu a cuprins toate informațiile cu privire la criteriile de calificare și selecție ale ofertanților.

Prevederile din legislația europeană conținând referiri la condițiile în care se poate beneficia de reducerea termenului pentru depunerea ofertelor în cazul licitației deschise au fost transpuse în legislația națională prin prevederile art. 75 din O.U.G. nr. 34/2006.

Din analiza prevederilor art. 75 din O.U.G. nr. 34/2006, rezultă că procedura de licitație deschisă poate fi scurtată cu respectarea următoarelor condiții: publicarea unui anunț de intenție care să conțină toate informațiile prevăzute pentru anunțul de participare, în măsura în care acestea sunt cunoscute la data publicării anunțului de intenție și transmiterea acestuia spre publicare cu cel mult 12 luni și cu cel puțin 52 de zile înainte de data transmiterii spre publicare a anunțului de participare; transmiterea în format electronic a anunțului de participare în Jurnalul Oficial al U.E.; publicarea în format electronic și în totalitate a documentației de atribuire. Interpretarea dată dispozițiilor art. 75 alin. 3 din O.U.G. nr. 34/2006, în sensul că „anunțul de intenție care nu conține toate informațiile cu privire la criteriile de calificare și selecție ale ofertanților nu poate fi invocat pentru a beneficia de reducerea de termen” este trunchiată și nu ține seama de voința legiuitorului care adaugă „în măsura în care acestea sunt cunoscute la data publicării anunțului de intenție”.

O asemenea interpretare nu doar că încalcă unul din principiile pe care se bazează interpretarea unei norme juridice și anume, respectarea voinței legiuitorului, dar conduce la inaplicabilitatea acestor prevederi legale. De altfel, conform secțiunilor în anunțurile de intenție din SEAP, nu se regăsește nici o rubrică pentru publicarea criteriilor de calificare și selecție.

În aceste condiții, prin interpretarea dată de minister se desființează practic modalitatea ca autoritatea contractantă să știe anterior transmiterii anunțului de participare dacă poate să beneficieze de prevederile art. 75 alin. 2, ceea ce nu a fost și nu este în intenția legiuitorului.

Reclamanta a precizat că în cadrul procedurii de achiziție nu s-au primit din partea operatorilor economici solicitări de decalare a termenelor de depunere de candidaturi publicate la nivelul anunțului de participare datorate timpului insuficient necesar pregătirii documentelor de calificare.

Potrivit prevederilor art. 17 din O.U.G nr. 66/2011, „orice acțiune întreprinsă în sensul constatării unei nereguli și al stabilirii creanțelor bugetare rezultate din nereguli se realizează cu aplicarea principiului proporționalității, ținându-se seama de natura și de gravitatea neregulii constatate, precum și de amploarea și de implicațiile financiare ale acesteia” și, în acest context, consideră că nu este justificată reducerea procentuală aplicată și mai mult, că nu este justificată aplicarea coeficientului maxim al corecției financiare de la punctul 1.12 din Anexa la O.U.G nr. 66/2011, atâta timp cât nu s-a respectat aplicarea principiului proporționalității, așa cum prevede art. 17 din O.U.G. nr. 66/2011, nefiind demonstrată gravitatea și caracterul repetitiv al eventualei nereguli, precum și impactul financiar al acesteia asupra proiectului respectiv.

În consecință, a solicitat admiterea acțiunii, anularea Notelor nr. 51547/12.07.2012 și nr. 70188/20.09.2012 și obligarea părților la anularea măsurilor de reducere procentuală a sumelor solicitate prin cererea de rambursare.

Reclamanta a invocat prevederile Legii nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, ale art. 6 din HGR nr. 875/ 2011 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

În dovedirea acțiunii au fost depuse la dosar înscrisuri (filele 5-52 dosar).

Prin întâmpinarea formulată pârâta Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, a solicitat să se respingă cererea de chemare în judecată ca fiind netemeinică și nelegală.

Pârâta a precizat că între instituția pârâtă și UAT Județul Prahova a fost încheiat Contractul de finanțare nr. 1080 - cod SMIS 24747, din cadrul Programului Operațional Regional 2007- 2013 "Creșterea capacității de trafic prin realizarea legăturii rutiere între DN1 și DN1B (realizarea drumului Județean de centură DJ236) în zona de nord a Municipiului Ploiești" Organism Intermediar (O.I) fiind Agenția de Dezvoltare Regională Sud Muntenia.

Cu ocazia verificării Cererii de rambursare nr. 2, emisă de către beneficiar, s-a constatat că acesta nu a respectat prevederile art. 75 din OUG nr. 34/2006 prin reducerea perioadei minime de 52 de zile prevăzute între data transmiterii spre publicare în JOUE a Anunțului de participare (28.12.2010) și data limită de depunere a ofertelor (27.01.2010) la 29 de zile. Instituția pârâtă a considerat ca inadmisibilă această situație, cu atât mai mult cu cât Anunțul de intenție (17002/20.01.2010) nu a cuprins toate informațiile cu privire la criteriile de calificare și selecție.

Conform art. 75 din OUG nr.34/2006 „(1) Fără a aduce atingere prevederilor art. 71, în cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este mai mare decât cea prevăzută la art. 55 alin. (2), perioada cuprinsă între data transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și data limită de depunere a ofertelor trebuie să fie de cel puțin 52 de zile. (2) În cazul în care autoritatea contractantă a publicat un anunț de intenție referitor la contractul de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, aceasta are dreptul de a reduce perioada

prevăzută la alin. (1) până la 36 de zile. (3) Reducerea prevăzută la alin. (2) este permisă în cazul în care anunțul de intenție a conținut toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare - în măsura în care acestea sunt cunoscute la data publicării anunțului de intenție - și a fost transmis spre publicare cu cel mult 12 luni și cu cel puțin 52 de zile înainte de data transmiterii spre publicare a anunțului de participare. (4) în cazul în care anunțul de participare este transmis, în format electronic, spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, perioada prevăzută la alin. (1) sau, după caz, la alin. (2) se poate reduce cu 7 zile. (5) în cazul în care autoritatea contractantă publică în SEAP întreaga documentație de atribuire și permite, începând cu data publicării anunțului de participare, acces direct și nerestricționat al operatorilor economici la această documentație, atunci aceasta are dreptul de a reduce perioada prevăzută la alin. (1), precum și cele rezultate în urma aplicării prevederilor alin. (4) cu 5 zile. (6) Reducerea prevăzută la alin. (5) este permisă numai în cazul în care anunțul de participare conține precizări privind adresa de Internet la care documentația de atribuire este disponibilă”.

Din analiza anunțului de intenție s-a constatat că acesta nu conține „toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de intenție” așa cum solicită art. 75 alin.(3) din OUG nr.34/2006 pentru a putea beneficia de reducerea menționată la alineatul 2 al aceluiași articol, respectiv nu conține date despre condițiile de participare prevăzute la secțiunea III.2) din anunțul de participare, respectiv cerințele privind situația personală a operatorilor economici, capacitatea economică și financiară, respectiv capacitatea tehnică solicitată operatorilor economici.

Referitor la susținerile reclamantei în sensul respectării prevederilor art. 75 din OUG nr. 34/2006 se arată că, potrivit prevederilor art. 75 - (2) din OUG 34/2006, cu completările și modificările ulterioare ,în cazul în care autoritatea contractantă a publicat un anunț de intenție referitor la contractul de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, aceasta are dreptul de a reduce perioada prevăzută la alin. (1) până la 36 de zile”.

Termenul redus, menționat este permis potrivit alin. (3) în cazul în care anunțul de intenție a conținut toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare - în măsura în care acestea sunt cunoscute la data publicării anunțului de intenție - și a fost transmis spre publicare cu cel mult 12 luni și cu cel puțin 52 de zile înainte de data transmiterii spre publicare a anunțului de participare”.

Având în vedere dispozițiile art. 75 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, precum și prevederile art. 38 alin. (4) din Directiva 2004/18/CE, pentru a beneficia de reducerea prevăzută la art. 75 alin. (2) din OUG nr, 34/2006, autoritatea contractantă trebuia să îndeplinească următoarele condiții: să menționeze în anunțul de intenție toate informațiile cuprinse în anunțul de participare; informațiile cuprinse în anunțul de participare să fie disponibile la data anunțului de intenție; anunțul de intenție să fie publicat cu cel mult 12 luni și cu cel puțin 52 de zile înainte de data transmiterii spre publicare a anunțului de participare.

Aceasta este de altfel, după cum este precizat și pe site-ul ANRMAP în newsletter-ul nr. 15/noiembrie 2011, modalitatea de interpretare a auditorilor Curții Europene de Conturi și a reprezentanților serviciilor tehnice ale Comisiei Europene.

Prin faptul că autoritatea contractantă nu a cuprins în Anunțul de intenție toate informațiile care au fost prevăzute în Anunțul de participare, Unitatea administrativ-teritorială Județul Prahova a încălcat prevederile art. 75 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

Față de toate aceste motive, s-a solicitat a se constata că în mod corect a aplicat instituția pârâtă reducerea procentuală de 10% în baza art. 6 alin. (3) din O.U.G. nr. 66/2011 și, pe cale de consecință, să se respingă ca neîntemeiată plângerea formulată de către reclamanta Unitatea

Administrativ Teritorială Județul Prahova împotriva Notei nr. 51547/12.07.2012 privind aplicarea reducerilor procentuale pentru Contractul de finanțare SMIS 24747 și a Notei nr. 70188/20.09.2012 de propunere spre respingere a pretențiilor beneficiarului.

În drept pârâta a invocat prevederile OUG nr.66/2011, Legea nr.554/2004 a contenciosului administrativ și Codul de Procedură Civilă.

Prin întâmpinare promovată în data de 22 ianuarie 2013, pârâta Agenția pentru Dezvoltare Regională Sud Muntenia a solicitat respingerea cererii de chemare în judecată, invocând în principal excepția lipsei calității procesuale pasive a sa, motivat de faptul că Nota nr.51547/12.07.2012 privind aplicarea reducerilor procentuale pentru Contractul de finanțare SMIS 24747 și Nota nr.70188/20.09.2012 de propunere spre respingere a pretențiilor beneficiarului, au fost emise de Ministerul Dezvoltării regionale și Turismului.

S-a preciza că instituția are doar calitate de organism intermediar, neavând atribuții în aprobarea cererilor de finanțare, după cum nici fondurile aferente cererilor de finanțare nu se află la dispoziția sa, astfel că ADR Sud Muntenia nu are calitate procesual pasivă.

În data de 19 februarie 2013, reclamanta a depus la dosar precizare la acțiune, în cuprinsul căreia a reiterat susținerile formulate în cererea introductivă, solicitând ca pe fond să se dispună obligarea pârâtelor la anularea măsurilor dispuse prin aceste note de reducere procentuală a sumelor solicitate prin cererea de rambursare și, pe cale de consecință, la îndeplinirea obligației de plată a cererii de rambursare nr.2 a cheltuielilor eligibile, potrivit art.9 alin.43 din contractul de finanțare nr. 1080/2010.

În dovedirea cererii precizatoare reclamanta a depus un set de înscrisuri și practică judiciară, aflate la dosar filele 96-206.

Prin încheierea pronunțată în data de 19 martie 2013, Curtea de Apel Ploiești a respins excepția inadmisibilității excepției lipsei calității procesuale pasive a pârâtei Agenția pentru Dezvoltare Regională Sud Muntenia, motivarea regăsindu-se în încheierea respectivă și a admis proba cu înscrisuri pentru reclamantă.

Examinând actele și lucrările dosarului raportat la dispozițiile legale incidente în cauză. Curtea reține următoarele:

Reclamanta a încheiat Contractul de Finanțare prin Programul Operațional regional 2007-2013 Axa prioritară 1 „Sprijinirea dezvoltării durabile a orașelor - poli urbani de creștere” Domeniul major de intervenție 1.1. „Planuri integrate de dezvoltare urbană” nr.1080 din 25 noiembrie 2010.

Obiectul acestui contract îl constituia acordarea finanțării nerambursabile de către AM POR pentru implementarea proiectului „Creșterea capacității de trafic prin realizarea legăturii rutiere între DN1 și DN1 B prin realizarea drumului județean de centură DJ 236, în zona de nord a municipiului Ploiești” în cadrul Programului Operațional Regional 2007-2013.

În baza acestui contract, beneficiarul avea dreptul să i se acorde finanțarea nerambursabilă în termenii și condițiile stabilite prin acordul de voință al părților contractante (art. 1 alin.2), iar potrivit art.7 , AM POR avea obligația să efectueze rambursarea conform Anexei III - Instrucțiuni de prefinanțare și rambursare a cheltuielilor, pe baza cererilor de rambursare ale beneficiarului, înaintate de 01 la AM POR. În temeiul acestor dispoziții contractuale, Județul Prahova a înaintat la MDRT cererea de rambursare nr.2/30.11.2011 cu valoarea de 5.202.794,20 lei și 1.242.706, 30 lei TVA, în vederea decontării, însă valoarea rambursată de minister a fost de 4.429.871,58 lei și

1.123.859,15 lei TVA, conform extrasului de cont din data de 29.03.2012. Urmare acestui fapt prin adresele nr.4306/5.04.2012 și nr.4306/13.06.2012 ,reclamanta a solicitat MDRT-ului o informare în ceea ce privește diferența înregistrată între suma solicitată prin cererea de rambursare și suma efectiv rambursată de minister, conform extrasului de cont menționat, dar nu a primit nici un răspuns la aceste solicitări până la data convocării la conciliere a ministerului, realizată prin adresa nr. 52344/16.07.2012, înregistrată la Consiliul Județean Prahova sub nr. 9676/23.07.2012

Ulterior, prin adresa nr. 11434/30.08.2012 înaintată către Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului s-a menționat că în data de 20.01.2010, după aprobarea bugetului pe anul 2010, Consiliul Județean Prahova a publicat anunțul de intenție nr. 17002 prin care se făcea cunoscută intenția obiectivului „Drumul județean de centură DJ236, județul Prahova, **fără a respecta dispozițiile prevăzute de art.75 alin.3 din og34/2006, în sensul nemenționării , condițiilor de participare , prevăzute ia secțiunea III , respectiv , cerințele privind situația personală a operatorilor economici, capacitatea economică și financiară.**

Apărarea reclamantului în sensul că, la momentul publicării anunțului de participare, respectivele **dale nu erau cunoscute**, acestea fiind ulterior stabilite conform proiectului tehnic nu sunt de natură a contura o altă situație, dat fiind importanța acestora, esențiale de altfel, ele putându-se stabili și anterior, pentru a respecta cerințele de publicare și conținutul anunțului de participare.

Mai mult decât atât, în cuprinsul Contractului de Finanțare prin Programul Operațional regional 2007-2013 Axa prioritară 1 „Sprijinirea dezvoltării durabile a orașelor - poli urbani de creștere” Domeniul major de intervenție 1.1.„Planuri integrate de dezvoltare urbană” nr.1080 din 25 noiembrie 201,0 părțile au convenit încheierea unui contract de finanțare, stipulându-se expres, printre altele că „**Beneficiarul are obligația de a respecta calendarul achizițiilor publice prevăzute la Anexa IV - Cererea de finanțare a prezentului Contract**”.

Încurajarea unei astfel de practici în sensul celei din prezenta cauză ar da naștere la o serie de interpretări relativ la modul de derulare a procedurii achizițiilor publice, ce conțin reglementări imperative.

A înlătura criteriile ce privesc condițiile de participare și a da posibilitatea completării acestora ulterior, nu este în acord cu principiile ce reglementează desfășurarea procedurii achizițiilor publice - nediscriminarea, tratament egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea, eficiența utilizării fondurilor publice, asumarea răspunderii, evitarea conflictelor de interese, etica în cadrul procesului de achiziție publică, context în care se apreciază că notele de constatare și sancțiunea aplicată reclamantei s-a realizat în condiții de legalitate.

Relativ la necomunicarea notelor de control, se reține că aceste aspecte nu au fost dovedite, însă în caz afirmativ nu s-a învederat vătămarea ce i-a fost produsă reclamantei, care a formulat critici în acest sens cu ocazia formulării acțiunii.

În ceea ce privește neretroactivitatea legii este de reținut că, în cazul în speță s-a invocat încălcarea art.75 din OUG nr.34/2006, respectiv art. 75(3) ce stipulează ” Reducerea prevăzută la alin. (2) este permisă în cazul în care anunțul de intenție a conținut toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare - în măsura în care acestea sunt cunoscute la data publicării anunțului de intenție - și a fost transmis spre publicare cu cel mult 12 luni și cu cel puțin 52 de zile înainte de data transmiterii spre publicare a anunțului de participare.”, normă în vigoare la derularea procedurii, context în care nu se poate vorbi de materializare a OUG nr.66/2011, ci a dispozițiilor art.75,din OUG 34/2006.

De asemenea, aprecierile cu privire procedura de atribuire și posibilitatea invocării acestora nu sunt întemeiate, în condițiile în care contractul de finanțare impune respectarea normelor privind achizițiile publice, acordarea sumelor în condiții de legalitate, nefiind necesară dovedirea gradului de vinovăție și potențialul impact financiar, acestea rezultând din încălcarea dispozițiilor legale aplicabile, corecția aplicată fiind în acord cu încălcarea dispozițiilor legale încălcate.

În considerarea aspectelor de fapt și de drept menționate, constatând că în cazul în speță s-au respectat dispozițiile legale privind aplicarea sancțiunilor prevăzute de OUG 66/2011, Curtea va respinge ca neîntemeiată acțiunea formulată de reclamantul Județul Prahova.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Respinge acțiunea formulată de reclamantul JUDEȚUL PRAHOVA, prin Președintele Consiliului Județean Prahova, cu sediul (...) în contradictoriu cu pârâții MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI - DIRECȚIA GENERALĂ AUTORITATEA DE MANAGEMENT POR, cu sediul în (...) și AGENȚIA PENTRU DEZVOLTARE REGIONALĂ SUD MUNTENIA, cu sediul în (...)

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, astăzi 22 aprilie 2013.

Dosar nr. 656/35/2011

ÎNALTA CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE
SECȚIA a II-a CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIA nr. 7174
Ședința publică de la 8 noiembrie 2013

S-a luat în examinare recursul declarat de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice împotriva sentinței nr. 176 din 21 mai 2012 Curții de Apel Oradea - Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

La apelul nominal, au lipsit părțile, respectiv, recurentul-pârât Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice și intimata-reclamantă Unitatea Administrativ Teritorială Județul Satu - Mare. Procedura de citare este legal îndeplinită.

Se prezintă referatul cauzei, magistratul asistent arătând că recursul este scutit de plata taxei de timbru și este declarat și motivat în termenul prevăzut de lege, ambele părți solicitând judecarea cauzei în lipsă, astfel cum permit dispozițiile art.242 alin.(2) C.proc.civ.

Se mai referă că intimata-reclamantă a formulat întâmpinare, invocând, pe cale de excepție nulitatea recursului, precum și un set de înscrisuri, în speță, ordinele de plată prin care a fost achitat onorariul avocațial și dovezile privind restituirea sumei ce face obiectul notei de constatare.

De asemenea, recurentul-pârât a depus note scrise, prin intermediul cărora a invocat lipsa de interes a acțiunii în raport de incidența O.G.nr.14/2013, anexând în acest sens următoarele documente: ordinul de plată nr.11368/24.10.2013, nota nr.73795/21.10.2013 și adresa nr.73795/24.10.2013 transmisă de intimata-reclamantă. În raport de cele referite, Înalta Curte, constatând cauza în stare de judecată o reține în vederea soluționării.

CURTEA

Asupra recursului de față, din examinarea lucrărilor din dosar, constată următoarele:

Obiectul acțiunii

Prin cererea înregistrată la data de 27 decembrie 2011, reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Satu-Mare, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, a solicitat instanței să dispună anularea Deciziei nr. 35/2011 emisă de pârât prin care a fost soluționată contestația formulată împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA - 73284/3 octombrie 2011, privind contractul de finanțare nr. 124/11 aprilie 2009, Cod SMIS 1415 „Modernizarea infrastructurii județene în județul Satu Mare - DJ 109 L Negrești - Oaș - Turț" precum și suspendarea executării Deciziei nr. 35/2011 emisă de pârât. Cererea de suspendare, întemeiată pe dispozițiile art. 34 din Legea nr. 554/2004 a fost respinsă ca nefondată, prin încheierea de ședință din data de 20 februarie 2011.

La data de 9 martie 2012 reclamanta a formulat precizare la acțiune în sensul că solicită anularea deciziei nr. 35/2011, anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, încheiate la data de 26 septembrie 2011 precum și obligarea pârâtului Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului la restituirea sumei de 342.956,29 lei reprezentând corecții financiare stabilite prin decizia atacată, suma achitată de către reclamantă prin OP nr. 1405 din data de 21 decembrie 2011.

Hotărârea instanței de fond

Prin sentința civilă nr. 176/CA/21 mai 2012 a Curții de Apel Oradea a fost admisă acțiunea precizată, formulată de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Satu-Mare în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului și în consecință:

A fost anulată decizia nr. 35/2011 emisă de pârât, a fost admisă contestația formulată de reclamantă, fiind anulată nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, încheiate la data de 26 septembrie 2011, privind contractul de finanțare nr. 124/11 aprilie 2009, Cod SMIS 1415.

De asemenea, pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului a fost obligat să restituie reclamantei suma de 342.956,29 lei, reprezentând corecții financiare stabilite prin actul administrativ atacat, sumă achitată de reclamantă cu O.P. 1405 din data de 21 noiembrie 2011.

În motivarea sentinței, instanța a reținut în esență că reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Satu-Mare nu a încălcat principiul transparenței în procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări, având ca obiect „Modernizarea infrastructurii județene în județul Satu Mare - DJ 109 L Negrești - Oaș - Turț”.

Astfel, anunțul de participare nr. 81219/1 iulie 2009 a fost verificat de A.N.R.M.A.P., iar cerința cu privire la limitarea subcontractării a fost adusă la cunoștința tuturor operatorilor economici.

Impunerea de către autoritatea contractantă a unei limitări a părții subcontractante, în speță 30%, reprezintă o măsură de garanție pentru a evita situația în care contractul este încheiat cu ofertantul câștigător, care îndeplinește toate condițiile cuprinse în documentația de atribuire, iar lucrarea în sine este executată de agenți economici cu privire la care nu se cunoaște dacă îndeplinesc sau nu criteriile de calificare stabilite pentru ofertanți, mai ales că prevederile art. 11 alin. 7 din H.G. nr. 925/2006 înlătură posibilitatea autorității contractante de a impune îndeplinirea unor criterii de calificare de către eventualii subcontractanți. Câtă vreme chiar art. 45 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006 limitează posibilitatea subcontractării, chiar dacă nu se stabilește cât anume, instanța a apreciat că stabilirea părții subcontractate de către autoritatea contractantă nu restricționează participarea la procedura de atribuire, nefiind încălcate prevederile art 8 din H.G. nr. 925/2006 și nici ale art 175 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Autoritatea contractantă a arătat prin punctul de vedere exprimat în adresa nr. 18032/23 septembrie 2011 și în contestația formulată, motivul pentru care a înțeles să introducă astfel de cerințe, respectiv acela de eliminare a riscurilor suplimentare în execuția contractului, riscuri legate de calitate, ritmul și profesionalismul executării lucrării. Mai mult, în punctul de vedere exprimat de Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, prin adresa nr. 15.217/3 octombrie 2011, se arată că limitarea subcontractării de către autoritatea contractantă este posibilă, atâta timp cât nu se pot impune criteriile de calificare pentru subcontractanți.

Pentru motivele expuse, instanța a apreciat ca fiind nelegale actele administrative atacate iar în baza art. 18 alin. 1 din Legea nr. 554/2004 a fost admisă acțiunea precizată, fiind anulată Decizia nr. 35/2011, nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare privind contractul de finanțare nr. 124/11 aprilie 2009, pârâțul fiind obligat să restituie către reclamantă suma de 342.956,29 lei, reprezentând corecții financiare stabilite prin actul administrativ atacat sumă achitată de reclamantă cu OP nr. 1405/21 decembrie 2001.

Recursul exercitat în cauză

Împotriva sentinței arătate, a formulat recurs pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului solicitând admiterea recursului, casarea sentinței recurate și trimiterea cauzei pentru rejudecare, iar în subsidiar modificarea sentinței, în sensul respingerii cererii de chemare în judecată.

În dezvoltarea motivelor de recurs, întemeiate generic pe dispozițiile art. 3041 Cod procedură civilă, recurenta prezintă pe larg situația de fapt expusă și prin întâmpinare formulată în primul ciclu procesual, concluzionând că hotărârea recurată este insuficient motivată în sens juridic, nu cuprinde elementele obligatorii prevăzute de art. 161 alin. 1 Cod procedură civilă fiind încălcate și dispozițiile art. 6 din CEDO.

Constatările instanței de fond sunt eronate iar pentru acceptarea de către ANRMAP a anunțului transmis pentru publicare în SEAP trebuie să se rețină ca verificările făcute de către direcția de specialitate din cadrul Ministerului au altă bază legală decât „controlul” exercitat de ANRMAP la publicare în SEAP. Invocarea trunchiată a art. 49 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006 este lipsită de substanță, întrucât același articol, la alin. 2 arată că „Nedetectarea erorilor prevăzute la alin. (22) în procesul de verificare nu afectează dreptul Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice de a sancționa, pe parcursul activității de supraveghere faptele prevăzute de art. 293”.

De asemenea, instanța de fond nu a avut în vedere nici prevederile art 324 din H.G. nr. 457/2008 privind cadrul instituțional de coordonare și de gestionare a instrumentelor structurale.

Constatarea instanței, în sensul că nu a fost încălcat principiul transparenței, este eronată în condițiile în care UATJ Satu Mare nu a precizat, în anunțul de participare nr. 81219/1 iulie 2009, nicio informație în legătură cu impunerea unui procent de subcontractare de 30%.

În legătură cu „corectitudinea” impunerii unei limitări a părții subcontractante la 30%, trebuie să se rețină că reclamanta nu a demonstrat faptul că subcontractarea lucrărilor în proporția menționată reprezintă o măsură asiguratorie în sensul că executantul lucrărilor, va avea capacitatea să finalizeze în termen util și la standarde ridicate, neputând să motiveze de ce a ales procentul arătat și de ce nu un procent mai mare sau mai mic.

Este adevărat că actele normative nu exclud posibilitatea pentru autoritatea contractantă să limiteze subcontractarea pentru executarea unor anumite lucrări esențiale - dar limitarea subcontractării este o situație de excepție ce trebuie să îndeplinească condițiile stabilite de legiuitor - să justifice, să motiveze de ce a stabilit procentul de subcontractare, lucru pe care nu l-a făcut.

Intimata - Unitatea Administrativ Teritorială Județul Satu-Mare a formulat întâmpinare prin care a invocat excepția nulității recursului în condițiile în care nu a fost motivat în drept, iar pe fondul cauzei, a solicitat, în esență, respingerea recursului ca nefondat, sentința recurată fiind legală și temeinică.

Prin notele scrise, depuse la dosar la data de 6 noiembrie 2013 recurentul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice a invocat excepția lipsei de interes a acțiunii formulate de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Satu-Mare, având în vedere că la data de 2 august 2013 a intrat în vigoare O.G. nr. 14/2013 privind reglementarea unor măsuri fiscal - bugetare pentru suportarea de la bugetul de stat a sumelor aferente corecțiilor financiar aplicate pentru abaterile de la conformitatea cu legislația în domeniul achizițiilor publice, act normativ în temeiul căreia intimata reclamantă a solicitat suportarea de la bugetul de stat a sumelor aferente corecțiilor financiare, cerere fiind aprobată.

Astfel prin Nota nr. 73795/29 octombrie 2013 și OP nr. 11368/24 octombrie 2013, recurenta - pârâtă a restituit toate sumele consemnate, iar intimata - reclamantă nu mai justifică un interes practic în promovarea acțiunii.

Intimata - reclamantă, prin adresa depusă la dosar la data de 8 noiembrie 2013 confirmă că intimata - recurentă a restituit suma de 342.956,29 lei reprezentând corecții financiare stabilite prin Nota de constatarea nr. CA- 73284/3 octombrie 2011, privind contractul de finanțare nr. 124/11 aprilie 2009, Cod SMIS 1415.

Hotărârea instanței de recurs

Înalta Curte, în temeiul dispozițiilor art. 137 Cod procedură civilă va analiza cu prioritate cele două excepții invocate de părți în această fază procesuală.

Excepția nulității recursului în raport de dispozițiile art. 3021 Cod procedură civilă nu poate fi reținută, având în vedere dispozițiile art. 306(3) Cod procedură civilă și art. 304* Cod procedură civilă.

Potrivit dispozițiilor art. 303 alin. 1 Cod procedură civilă recursul se va motiva prin însăși cererea de recurs, iar potrivit art. 3021 alin. 1 lit. c Cod procedură civilă, cererea de recurs trebuie să cuprindă, sub sancțiunea nulității motivele de nelegalitate pe care se întemeiază recursul și dezvoltarea lor.

Rezultă că pentru a fi validă din punct de vedere juridic, cererea de recurs trebuie să cuprindă acele argumente de natură juridică pentru care recurentul înțelege a critica hotărârea atacată.

Dispozițiile art. 306(3) Cod procedură civilă stabilesc că atunci când dezvoltarea motivelor de recurs face posibilă încadrarea lor într-unul din motivele de nelegalitate prevăzut de art. 304 Cod procedură civilă, instanța de recurs va examina hotărârea atacată din perspectiva acestui motiv, sancțiunea nulității nefiind incidentă chiar dacă temeiul de drept al recursului nu a fost indicat. Astfel, recurenta a criticat hotărârea instanței de fond pentru nemotivare și pentru interpretarea și aplicarea greșită a legii, motive ce pot fi încadrate în raport de dispozițiile art. 306(3) Cod procedură civilă pe dispozițiile art. 304 pct. 7 și art. 304 pct. 9 Cod procedură civilă.

Nu trebuie omise nici dispozițiile art. 3041 Cod procedură civilă, invocate de recurentă, ceea ce conferă instanței dreptul de a examina cauza sub toate aspectele, ceea ce înseamnă - temeinicia și legalitatea - fără a fi limitată la motivele de nelegalitate prevăzute de art. 304 Cod procedură civilă.

Ca urmare, având în vedere dispozițiile art. 3021 lit. c) raportat la art. 306(3) și 3041 Cod procedură civilă, excepția nulității invocată de intimata Unitatea Administrativ Teritorială Județul Satu-Mare nu poate fi reținută.

Nici excepția lipsei de interes, din perspectiva caracterului actual, invocată de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului nu este incidentă în cauză, în condițiile în care intimata - reclamantă a justificat interes la momentul promovării acțiunii, iar interesul de a acționa în justiție se consideră că există și a devenit actual în momentul încălcării dreptului.

Pe fondul cauzei, examinând sentința recurată în raport de criticile formulate, actele și lucrările dosarului dar și din perspectiva prevederilor legale incidente, Înalta Curte constată că în cauză nu subzistă motive de nelegalitate sau netemeinice de natură a duce la modificarea sau casarea hotărârilor pronunțate de prima instanță.

Primul motiv de recurs vizează nemotivarea hotărârii „în sens juridic”, motiv de recurs ce se încadrează în dispozițiile art. 304 pct. 7 Cod procedură civilă raportat la art. 306(3) Cod procedură civilă.

Dispozițiile art. 304 pct. 7 Cod procedură civilă, invocate indirect de recurentă prin motivele de recurs și încadrate de instanță în raport de dispozițiile art. 306(3) Cod procedură civilă, vizează nemotivarea hotărârii judecătorești atunci când nu se arată motivele pe care aceasta se sprijină, dar și atunci când hotărârea cuprinde motive contradictorii ori străine de natura pricinii, dar sentința recurată cuprinde motivele de fapt și drept pe care se sprijină, conform cerințele dispozițiilor art. 261 alin. 1 pct. 5 Cod procedură civilă.

Instanța de fond a stabilit împrejurările de fapt și drept esențiale în cauză, a evocat normele substanțiale incidente și aplicarea lor în speță, iar susținerea recurentului în sensul că „hotărârea este insuficient motivată în sens juridic” nu poate fi reținută.

Este evident că instanța de fond a avut în vedere susținerile ambelor părți, a analizat în mod real problemele esențiale care i-au fost supuse, soluția exprimată prin dispozitiv fiind susținută de considerente, arătând pe larg de ce introducerea cerinței privind limitarea subcontractării nu contravine prevederilor art. 45 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Este adevărat că art. 6 din CEDO, arătat de recurent, implică mai ales în sarcina instanței obligația de a proceda la un examen efectiv al mijloacelor, argumentelor și al elementelor de probă ale părților, dar hotărârea atacată cuprinde elementele obligatorii prevăzute de art. 261 alin. 1 pct. 5 Cod procedură civilă, exercitarea controlului judiciar fiind posibilă, împrejurare ce nu justifică casarea cu trimitere, solicitată de recurent, motivele de recurs întemeiate pe dispozițiile art. 304 pct 7 Cod procedură civilă nefiind incidente în cauză.

Nici motivele de recurs întemeiate pe dispozițiile art. 304 pct. 9 și art. 304 Cod procedură civilă nu pot fi reținute în condițiile în care instanța de fond a interpretat și aplicat corect dispozițiile legale incidente raportate la situația de fapt reținută.

Astfel, intimata - reclamantă Unitatea Administrativ Teritorială Județul Satu-Mare în calitate de autoritate contractantă a inițiat în cursul anului 2009 o procedură de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Modernizarea infrastructurii județene în Județul Satu Mare - DJ 109L Negrești - Oaș - Turț”, procedură organizată în raport de O.U.G. nr. 34/2006 și ale H.G. nr. 926/2006.

La data de 26 august 2011 a fost încheiată, nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare privind contractul de finanțare nr. 124/11 aprilie 2009, Cod SMIS 1415, „Modernizarea infrastructurii județene în județul Satu Mare - DJ 109 L Negrești - Oaș - Turț”, prin care s-a reținut de recurenta pârâtă că Autoritatea contractantă - nu a precizat în anunțul de participare nr. 81219/1 iulie 2009, nici o informație în legătură cu impunerea unui procent de subcontractare de 30%, astfel că cerința cuprinsă la punctul V4.4. din Capitolul Criterii de calificare și selecție, Capacitate tehnică și profesională, Informații privind subcontractanții, contravin prevederilor art. 45 alin. 1 și 2 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006, motiv pentru care se impun a fi aplicate corecții financiare de 25% conform art. 6 alin. 3 din OUG nr. 66/2011, debitul datorat în urma aplicării corecției fiind de 342.956,29 lei, debit compus din: a) 244.747,43 lei bugetul Uniunii Europene - FEDR; b) 32.538,67 bugetul național; c) 65.670,19 lei TVA.

Împotriva Notei de constatare menționate, a formulat contestație Autoritatea contractantă, contestație ce a fost respinsă prin Decizia nr. 35/2011.

Potrivit art. 49 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006 în vigoare la data anunțului de participare nr. 81219/1 iulie 2009 „Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice valorifică fiecare anunț emis de către autoritatea contractantă pentru publicarea în SEAP, în măsura în care anunțul respectiv este în legătură cu aplicarea procedurii de atribuire a unui contract cu o valoare estimată mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 124”.

Anunțul de participare nr. 81219/1 iulie 2009 a fost verificat de Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, cerința subcontractării fiind precizată în Fișa de date a achiziției, la punctul V.4, fiind astfel adusă la cunoștința operatorilor economici documentația de atribuire fiind publicată, putând fi accesată de operatorii economici interesați fără a se putea reține încălcarea principiului transparenței.

Art. 25 din Directiva 2004 /18/EC conține prevederi privind subcontractarea contractelor de achiziție publică, Directiva fiind transpusă în legislația națională prin prevederile art. 45 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006 care prevăd dreptul operatorului de a subcontracta o parte din contractul respectiv, astfel că cerința impusă de intimată - o limită de 30% a părții subcontractante - nu contravine dispozițiilor art. 45 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006, aspect reținut corect de instanța de fond.

Nu poate fi reținută critica recurentei în sensul că intimata - reclamantă nu a demonstrat faptul că subcontractarea lucrărilor în proporție de mai puțin de 30% reprezintă o măsură asiguratorie având în vedere motivele expuse pe larg în adresa nr. 18.032/2011 (fila 86 - 91) emisă de intimată și neavută în vedere de recurentă.

Este evident că atât legislația europeană prin Directiva 2004/18/EC, cât și legislația națională prevăzută în Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006, nu exclud posibilitatea pentru autoritatea contractantă de a limita subcontractarea pentru executarea unor părți din contractele de achiziție publică cu condiția însă, ca limitarea subcontractării să fie determinată de faptul că autoritatea contractantă se afla în imposibilitate de a verifica criteriile de calificare pentru subcontractare.

Același punct de vedere a fost exprimat și de către Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice prin adresa nr. 15217/2011 (fila 44 - 46 dosar fond) fiind menționată și Hotărârea Curții Europene de Justiție în cazul C - 314/01 Siemens și Arge Telekom.

Ca urmare, impunerea de către Autoritatea contractantă a unui procent ce poate fi subcontractat nu contravine dispozițiilor art. 1 alin. 2 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006, scopul impunerii cerinței fiind arătat și justificat în adresa nr. 18.032/2011.

Intimata nu a încălcat dreptul ofertanților de a subcontracta, ci a stabilit limita părții din contract ce poate face obiectul subcontractării, având în vedere că autoritatea contractantă nu are posibilitatea legală de a verifica capacitatea tehnică și economică a eventualilor subcontractanți, iar impunerea unor condiții în sarcina acestora este interzisă de dispozițiile art. 11 alin. 7 din H.G. nr. 925/2006.

Concluzionând, se reține că instanța de fond în mod corect a apreciat că în cauză nu a fost încălcat principiul transparenței, documentația de atribuire fiind publicată, putând fi accesată efectiv de operatorii interesați, anunțul de participare nr. 81219/2009 a fost verificat de Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, iar în documentația de atribuire la punctul V.4. din Fișa de atribuire a fost precizată limitarea subcontractării.

De asemenea, au fost interpretate corect dispozițiile art. 45 din OUG nr. 34/2006 în condițiile în care aceste dispoziții oferă posibilitatea ofertantului de a subcontracta o parte din contract, precum și dispozițiile art. 8 din H.G. nr.925/2006 și art. 178 alin. 1 din O.G. nr. 34/2006 vizând justificarea - de către autoritatea contractantă a cerinței prin care s-a stabilit o limită a procentului de subcontractare.

În privința cheltuielilor de judecată, înalta Curte va face aplicarea dispozițiilor art. 274(3) Cod procedură civilă și va obliga recurentul la plata sumei de 1000 lei cheltuieli de judecată.

În această apreciere au fost avute în vedere atât dispozițiile legale invocate, realitatea acestor cheltuieli cât și caracterul rezonabil al acestora în raport de munca prestată - respectiv întâmpinare.

Este de menționat faptul că stabilirea cheltuielilor de judecată în condițiile art. 274(3) Cod procedură civilă nu stânjenește executarea contractului de asistență juridică, întrucât se micșorează cuantumul cheltuielilor de judecată fără ca raportului juridic generat din încheierea contractului de asistență să i se aducă atingere în privința integralității lui.

Pentru considerentele expuse, înalta Curte constată că instanța de fond a interpretat și aplicat corect dispozițiile legale incidente în raport de situația de fapt, iar motivele care au format convingerea instanței sunt expuse în mod logic și detaliat, motiv pentru care în temeiul art. 312 alin. 1 Cod procedură civilă și art. 20 din Legea nr. 554/2004, va respinge recursul ca nefondat.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII DECIDE:

Respinge recursul declarat de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice împotriva sentinței nr. 176 din 21 mai 2012 a Curții de Apel Oradea - Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal, ca nefondat.

Obligă recurentul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice la plata sumei de 1000 lei cheltuieli de judecată către intimata reclamantă Unitatea Administrativ Teritorială Județul Satu Mare, cu aplicarea art. 274 alin. 3 C.proc.civ.

Irevocabilă. Pronunțată în ședință publică, astăzi 8 noiembrie 2013.

Dosar nr. 1141/33/2013

CURTEA DE APEL CLUJ
SECȚIA a II-a CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 128
Ședința publică din data de 31 Martie 2014

S-a luat în examinare acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul JUDEȚUL SĂLAJ, în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, având ca obiect anulare act administrativ fiscal.

Se constată că mersul dezbaterilor și susținerile orale ale părților au fost consemnate în încheierea de ședință din data de 17.03.2014, când pronunțarea hotărârii s-a amânat pentru termenul de azi pentru a da posibilitate părților de a formula concluzii scrise, încheierea de ședință de la acea dată făcând parte integrantă din prezenta hotărâre.

CURTEA

Deliberând reține că,

Prin acțiunea în contencios administrativ înregistrată la data de 03 decembrie 2013, reclamantul JUDEȚUL SĂLAJ a chemat în judecată pe pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE JUDEȚUL SĂLAJ, solicitând instanței ca prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună anularea Deciziei nr. 236/24.10.2013 emisă de Serviciul Soluționare Contestații Nereguli Fonduri Europene din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, precum și anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 66592/16.12.2009 emisă de Direcția Constatare și Stabilire Nereguli din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice.

În motivarea acțiunii se arată că, conform prevederilor art. 2 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 66/2011, neregula este definită ca orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate, în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia Bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit.

Din analiza definiției redate mai sus rezultă că sintagma în discuție presupune dovedirea cumulativă a următoarelor elemente: existența abaterilor de la legislația în materia achizițiilor publice ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului; existența prejudiciului adus bugetului Uniunii Europene; sumele plătite necuvenit.

În ceea ce privește abaterile, se susține că în cuprinsul Deciziei se indică o serie de texte de lege de a căror încălcare este considerată că s-ar face vinovată Autoritatea Contractantă însă, pe lângă faptul că nu se motivează rațiunea pentru care nu au fost luate în considerare apărările oferite de Autoritatea Contractantă în Punctul de Vedere transmis și ulterior prin Contestația depusă, nici nu sunt coroborate pretensele nelegalități cu temeiul legal din cadrul OUG nr. 66/2011, pentru a putea aplica în mod legal sancțiunile/corecțiile financiare.

În ceea ce privește ultimele două teze ale definiției neregulii, Decizia atacată nu conține nicio motivare, nici în sensul existenței lor, nici în sensul dovedirii acestora.

Raportat la pretinsul prejudiciu, actul administrativ emis nu prezintă vreo justificare nici cu privire la un prejudiciu actual, concret, nici referitor la iminența producerii unui prejudiciu în viitor.

În ceea ce privește suma plătită necuvenit, art. 2 alin. (1) lit. u) din OUG nr. 66/2011 o definește ca fiind „o plată nedatorată, așa cum este aceasta prevăzută în dreptul civil, acordată unui beneficiar sau realizată în numele unui beneficiar, care provine din fonduri europene și/sau fonduri publice aferente acestora”.

Precizează că în dreptul civil, plata nedatorată este tratată ca fiind executarea de către o persoană a unei obligații la care nu era ținută și pe care a făcut-o fără intenția de a plăti datoria altuia, în speță, fondurile rezultate din Contractul de finanțare nr. 606/16.12.2009 aferent proiectului cu titlul „Restaurarea patrimoniului istoric și cultural al Consiliului Județean Sălaj, clădirile Centrului Militar Județean, Muzeul Județean de Istorie Zalău și Galerile de Artă „Ioan Sima”, cod SMIS 1925, au fost plătite ofertanților câștigători, cărora le-au fost atribuite contractele de achiziție publică și care erau perfect îndreptățiți la încasarea sumelor în discuție.

Condițiile care trebuie îndeplinite pentru dovedirea plății nedatorate sunt: existența unei plăți în sens obiectiv; datoria în vederea căreia s-a efectuat plata să nu existe din punct de vedere juridic; plata să fi fost făcută din eroare.

După cum se poate observa, în cazul de față, singura condiție existentă din cele expuse mai sus este că prestația în discuție a reprezentat într-adevăr o plată, deoarece ultimele două nu pot fi reținute atâta vreme cât raportul juridic care a stat la baza prestațiilor Autorității Contractante a fost generat de contractele de achiziție publică încheiate, ce au determinat în concret natura și întinderea drepturilor și obligațiilor părților contractante.

În cuprinsul Deciziei contestate nu se menționează niciun aspect privitor la existența vreunui prejudiciu sau respectiv la existența unor sume plătite necuvenit, aspect care conduce la concluzia inexistenței aspectului principal pe care organul de control trebuia să îl dovedească pentru a putea aplica corecțiile financiare conform dispozițiilor legale.

Potrivit art. 5 din OUG nr. 66/2011, autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația „b) luării tuturor măsurilor necesare prevenirii neregulilor și fraudelor, inclusiv prin activități ce constau în informarea corectă și la timp a beneficiarilor asupra riscului producerii de nereguli și fraude, în special, în ceea ce privește indiciile de fraudă”.

Astfel, solicită să se țină cont de faptul că Contractul de servicii de audit nr. 3799 a fost încheiat la data de 08.04.2010, anterior intrării în vigoare a OUG nr. 66/2011, serviciile care au făcut obiectul acestuia au fost realizate, recepționate și plătite. Documentele achiziției în baza cărora a fost încheiat acest contract au fost transmise și verificate de către Organismul Intermediar și AM POR, iar cheltuielile care au făcut obiectul acestui contract au fost rambursate în totalitate. Este inadmisibil ca, după 3 ani, documentații transmise și verificate să fie supuse unor noi verificări, constatându-se ca au fost „erori” în timpul procedurilor de achiziție publică ce au condus la prejudicierea Bugetului Uniunii Europene.

Nota de Constatate a Neregulilor și Stabilirea Corecțiilor Financiare a fost emisă în baza sesizării Unității Gestionare Nereguli Fonduri Europene nr. 44275/04.06.2013. Prin acest act de control sunt sesizate „constatări cu implicații financiare cu privire la încălcarea prevederilor legale în materia de achiziții publice la atribuirea Contractului de servicii de audit nr. 3799/08.04.2010”.

Având în vedere faptul că prin actele contestate (Nota de Constatate și Decizie) nu se demonstrează și probează care sunt implicațiile financiare imputabile județului Sălaj, rezultă că acesta a fost emis cu încălcarea prevederilor legale, deoarece potrivit OUG nr. 66/2011 pentru alocarea unor corecții financiare de către MDRAP, trebuie să existe o neregulă prin care să se fi produs un prejudiciu cert bugetului Uniunii Europene.

În concluzie, dat fiind faptul că în dreptul administrativ sarcina probei revine întotdeauna organului abilitat de lege pentru aplicarea sancțiunii, atâta vreme cât Comisia de Constatere nu a dovedit întrunirea elementelor prevăzute de lege pentru stabilirea de nereguli, se impune anularea actului administrativ.

În prezenta cauză, Județul Sălaj, în calitate de Autoritate Contractantă, a fost sancționată prin aplicarea unei corecții financiare în procent de 5% din valoarea Contractului de servicii de audit pentru o presupusă deficiență încadrată și sancționată în mod cu totul forțat ca neregulă. Astfel, prin Nota de Constatere a neregulilor se reține și sancționează în conformitate cu prevederile punctului 2.3 din Anexa la OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora în sarcina Județului Sălaj faptul că: „Autoritatea Contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire”. Potrivit punctului 2.3 din Anexa la actul normativ mai sus menționat constituie abatere „Aplicarea unor criterii de calificare și selecție sau a unor factori de evaluare care împiedică anumiți ofertanți potențiali să participe la procedura de atribuire din cauza restricțiilor stabilite în documentația de atribuire (de exemplu, obligația de a avea deja o reprezentanță în țară sau în regiune ori stabilirea unor standarde tehnice prea specifice care favorizează un singur operator)”. Textul de lege incriminează și sancționează restricționarea reală a unor potențiali ofertanți la o procedură de atribuire, ori în prezenta situație nu se poate vorbi despre o asemenea situație.

Stabilirea cerințelor minime de calificare de către Autoritatea Contractantă s-a făcut cu respectarea dispozițiilor legale relevante și în special cele ale art. 7 din HG 925/2006. În raport cu particularitățile proiectului, Autoritatea Contractantă a considerat că este necesar ca fiecare ofertant să demonstreze prin informațiile și documentele solicitate că are potențial financiar, profesional și organizatoric de a rezolva eventualele dificultăți apărute pe parcursul implementării proiectului.

Consideră deci, că în conformitate cu prevederile art. 179, alin 2 din OUG 34/2006, Autoritatea Contractantă a respectat principiul proporționalității, prin care se înțelege asigurarea corelației între: necesitatea Autorității Contractante; obiectul contractului de achiziție publică; cerințele solicitate a fi îndeplinite, la momentul impunerii criteriilor de calificare și selecție din Documentația de Atribuire, luând în calcul tocmai natura și complexitatea contractului care urma să fie atribuit.

Organul de control menționează însă că aceste cerințe minime de calificare nu pot fi impuse fără a prezenta o „detaliere a motivelor care au stat la baza impunerii” acestora prin Nota justificativă privind stabilirea cerințelor minime de calificare. Referitor la această „abatere” face următoarele precizări:

Nota justificativă menționată reprezintă un act intern al Autorității Contractante, care face parte din dosarul achiziției publice și care poate fi făcut public numai cu respectarea prevederilor art. 215 din OUG 34/2006. Ca urmare, justificarea stabilirii unor anumite cerințe de calificare nu putea fi cunoscută oricum de potențialii ofertanți. Nu a existat și nu există nicio prevedere legală care să stabilească obligația de a pune la dispoziția ofertanților această Notă.

Autoritatea Contractantă a consemnat în cadrul Notei justificative motivele pentru care au fost solicitate cerințele privind capacitatea tehnică și profesională, respectiv „să se asigure în privința calității serviciilor prestate de operatorul economic, în privința experienței, aptitudinilor, eficienței și eficacității operatorului economic”. Tot în cuprinsul Notei este justificată cerința privind experiența similară solicitată, care „demonstrează că operatorul economic este familiarizat cu

procedurile specifice auditului financiar al proiectelor cu finanțare nerambursabilă și este capabil să îndeplinească contractul ce urmează a fi atribuit".

Având în vedere că în cadrul procedurii a fost utilizat criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”, instituirea unor criterii de calificare și selecție apare ca naturală și firească. Acest criteriu de atribuire, fără impunerea unor cerințe minime de calificare, ar conduce la atribuirea contractului unui operator economic care să nu aibă calificarea necesară derulării unui asemenea contract. Considerăm astfel că Autoritatea Contractantă a făcut toate demersurile pentru a respecta principiul privind „eficiența utilizării fondurilor publice”.

În justificarea și descrierea prezumtivei „nereguli” relativ la contractele depuse ca experiență specifică, în lipsa unor argumente juridice legale, temeinice se fac supoziții referitor la unii potențiali ofertanți care ar fi putut dovedi „o experiență superioară dobândită din prestarea unui singur contract sau două contracte, dar cu o complexitate deosebită, față de experiența dobândită din 3 sau mai multe contracte care pot fi cuantificate doar din punct de vedere cantitativ”.

Specificul contractului ce urma să fie atribuit impunea ca Autoritatea Contractantă să se asigure că va colabora cu un operator economic a cărui experiență în domeniul proiectelor cu finanțare externă era suficient de consistentă, astfel încât să poată sprijini Autoritatea Contractantă în implementarea proiectului și să cunoască toate procedurile necesare pentru realizarea unor misiuni de audit eficiente și elaborarea unor rapoarte de audit în conformitate cu cerințele finanțatorului. Privind lucrurile dintr-o perspectivă exterioară logicii procedurale a Contractelor cu finanțare externă, se poate afirma în mod simplist că instituirea unei cerințe de experiență în practica finanțărilor externe este nerelevantă pentru obiectul contractului.

Reclamantul arată că își menține punctul de vedere privitor la necesitatea imperioasă a formulării unei astfel de cerințe, pentru că este cunoscut că derularea unor proiecte cu finanțare externă implică proceduri și metodologii specifice fiecărui Program, care trebuie tratate într-un summum integrat cu legislația națională, chiar dacă, din motive care nu țin de voința Autorității Contractante, există frecvent nearmonizări între reglementările naționale și cerințele procedurale ale managementului de proiect, inclusiv neadaptări ale legislației naționale la legislația europeană.

Consideră că la atribuirea Contractului de servicii de audit nr. 3799/08.04.2010 au fost respectate principiile proporționalității, nediscriminării, tratamentului egal și eficienței utilizării fondurilor publice, motiv pentru care solicită instanței admiterea prezentei acțiuni astfel cum a fost formulată și, pe cale de consecință, să dispună anularea Deciziei nr. 236/24.10.2013 emisă de Serviciul Soluționare Contestații Nereguli Fonduri Europene din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice și anularea Notei de Constatare a Neregulilor și de Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. 66592/20.08.2013 emisă de Direcția Constatare și Stabilire Nereguli din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice.

Prin întâmpinarea depusă la dosar, pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE (MDRAP), solicită respingerea cererii de chemare în judecată ca fiind neîntemeiată, iar pe cale de consecință menținerea, ca temeinice și legale a actelor administrative emise de pârâtă.

În susținerea poziției procesuale se arată că între instituția pârâtă, în calitate de Autoritate de Management pentru Programul Operațional Regional 2007-2013, Agenția pentru Dezvoltare Regională Nord Vest, în calitate de Organism Intermediar pentru Programul Operațional Regional 2007-2013 și reclamantă, în calitate de Beneficiar, a fost încheiat contractul de finanțare nr. 606/16.12.2009. Obiectul contractului îl reprezintă acordarea finanțării nerambursabile de către instituția noastră pentru implementarea proiectului cu titlu "Restaurarea patrimoniului istoric și

cultural al Consiliul Județean Sălaj - Clădirile Centrului Militar Județean, Muzeul Județean de Istorie Zalău și Galerile de Artă Ioan Sima", cod SMIS 1925.

Astfel, o echipă de control a procedat la efectuarea unor verificări documentare a cazurilor de suspiciune de nereguli, în perioada 01.08.2013 - 08.08.2013, menționate în sesizarea nr. 44275/04.06.2013, cu referire la contractul de finanțare mai sus menționat.

Echipa de control a efectuat verificări privind aspectele sesizate prin suspiciunea de neregulă menționată anterior, referitoare la respectarea condițiilor legale și contractuale de către reclamantă, în calitate de autoritate contractantă, în ceea ce privește procedura de achiziție publică privind atribuirea contractului de servicii de audit nr. 3799/08.04.2010, încheiat cu Societatea de Contabilitate, Expertiză Contabilă și Consultanță Contabilă SRL.

În urma verificărilor efectuate, echipa de control a reținut faptul că se confirmă aspectele menționate în sesizarea nr. 44275/04.06.2013, respectiv faptul că, reclamanta, în calitate de autoritate contractantă, a restricționat participarea operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului. Astfel, reclamanta, prin impunerea acestor cerințe a stabilit limite pentru viitorii ofertanți, limite care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică care urma să fie atribuit.

Astfel, echipa de control a făcut aplicarea dispozițiilor art. 27 alin. (1) din OUG nr. 66/2011, potrivit căroră „în cazul în care se constată nereguli în aplicarea de către beneficiari a prevederilor privind procedurile de achiziție, fie în raport cu reglementările naționale în vigoare în domeniul achizițiilor publice, fie în raport cu procedurile specifice de achiziții aplicabile beneficiarilor privați, se emit note de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, cu aplicarea corespunzătoare a prevederilor art. 20 și 21", întocmind în acest sens Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 66592/20.08.2013.

În conformitate cu dispozițiile Anexei la OUG nr. 66/2011, punctul 2.3 - Aplicarea unor criterii de calificare și selecție sau a unor criterii de atribuire nelegale, echipa de control a stabilit aplicarea unei corecții de 5% din valoarea contractului încheiat de reclamantă cu Societatea de Contabilitate, Expertiză Contabilă și Consultanță Contabilă SRL. Pentru stabilirea acestora, s-a avut în vedere faptul că, valoarea estimată a contractului a fost sub plafonul/pragul stabilit în legislația națională privind achizițiile publice pentru care există obligația publicării anunțului de participare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, precum și faptul că la procedură au participat 2 ofertanți, ambii cu oferte declarate admisibile, astfel constatându-se o gravitate scăzută a abaterii.

Valoarea creanței bugetare rezultate din aplicarea corecției financiare menționate mai sus este de 1.343,68 lei, din care: contribuție fonduri UE: 936,17 lei; contribuție de la bugetul de stat: 143,18 lei; TVA recuperabil: 264,33 lei.

Împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 66592/20.08.2013 reclamanta a formulat contestație administrativă, care a fost respinsă ca nefondată prin Decizia de soluționare a contestației nr. 236/24.10.2013.

Referitor la susținerea reclamantei privind inexistența neregulii și a prejudiciului în speța dedusă judecătii, rugăm onorata instanță să o înlăture ca fiind neîntemeiată, pentru următoarele considerente:

Neregula este definită de dispozițiile art. 2 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 66/2011, potrivit căroră: "neregulă - orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal

încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit".

Din analiza definiției neregulii se observă că se sancționează abaterile de la legalitate, regularitate și conformitate care prejudiciază/a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetele Comunităților europene finanțatoare printr-o sumă plătită necuvenit.

Suma plătită necuvenit este suma plătită pentru cheltuieli efectuate fără respectarea legislației în materia achizițiilor publice. În condițiile menționate mai sus, constatându-se existența abaterii în materia achizițiilor publice, se aplică prevederile art. 27 alin. (1) din OUG nr. 66/2011: „în cazul în care se constată nereguli în aplicarea de către beneficiari a prevederilor privind procedurile de achiziție, fie în raport cu reglementările naționale în vigoare în domeniul achizițiilor publice, fie în raport cu procedurile specifice de achiziții aplicabile beneficiarilor privați, se emit note de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, cu aplicarea corespunzătoare a prevederilor art. 20 și 21(2).

Valoarea creanței bugetare stabilită în baza prevederilor alin. (1) se calculează prin stabilirea de corecții financiare în conformitate cu prevederile anexei, cu excepția cazurilor în care: a) sancțiunile prevăzute în legislația națională în domeniul achizițiilor publice impun aplicarea unor corecții mai mari decât cele prevăzute în anexă".

Potrivit art. 27 alin. (1) din HG nr. 875/2011 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor OUG nr. 66/2011 valoarea abaterilor/corecțiilor financiare prevăzute în anexa la ordonanță se calculează astfel:

„b) în cazul în care abaterile de la reglementările/instrucțiunile/ghidurile în vigoare privind achizițiile sunt constatate după efectuarea plăților către beneficiari, structurile de control prevăzute la art. 20 din ordonanță vor constata neregula în conformitate cu prevederile art. 28 din ordonanță și vor calcula valoarea creanței bugetare prin aplicarea procentului de corecție prevăzut în anexa la ordonanță la sumele care au fost plătite deja beneficiarului."

Încadrarea ca neregulă a abaterilor constatate se face respectându-se Anexa la OUG nr. 66/2011 unde sunt specificate tabelar Abateria constatată/Descrierea abaterii constatate/Corecție/Reducere.

Față de cele de mai sus se constată în cazul OUG nr. 66/2011 este sancționată abaterea de la legislația materiei achizițiilor publice, sancțiunea aplicată fiind proporțională cu fapta săvârșită care a condus la încălcarea prevederilor privind procedura de achiziție publică.

Totodată, menționează faptul că prevederile contractului de finanțare mai sus menționat prevăd condiția ca abaterea de la legalitate, să prejudicieze sau să poată prejudicia, după caz, fie bugetele naționale, fie bugetul UE, fiind vorba despre necesitatea ca între o astfel de neregulă să existe în raport de caracterul posibil al producerii unui prejudiciu o legătură de Cauzalitate direct, nefiind instituită exclusiv cerința existenței și dovedirii unui prejudiciu cert și produs la data încheierii actului de control.

Din această perspectivă, învederează faptul că scopul legiuitorului și al părților contractante a fost de a atribui în sarcina beneficiarilor fondurilor nerambursabile o răspundere contractuală și legală care nu impune autorității care a acordat aceste fonduri alte cerințe pentru a constanta caracterul neeligibil al acestora cu excepția constatării unor nereguli, astfel încât în măsura identificării unor astfel de nereguli să rezulte în mod direct existența unei astfel de legături de cauzalitate între acțiunea neconformă și posibilitatea producerii unui astfel de prejudiciu.

În ceea ce privește sarcina probei cu privire la producerea unui prejudiciu, susține că jurisprudența Secției de Contencios Administrativ a Înaltei Curți de Casație și Justiție, respectiv Decizia civilă nr. 3764/27.09.2012, în cadrul căreia s-a stabilit că: „încălcarea obligațiilor contractuale referitoare la existența conflictului de interese atrage caracterul neeligibil al sumelor acordate ca finanțare nerambursabilă indiferent dacă a fost probată sau nu producerea vreunei pagube, obligația de recuperare a fondurilor europene existând în toate cazurile de constatare a unor fraude sau nereguli, fără a fi necesară probarea existenței vreunui prejudiciu”.

În ceea ce privește criticile care se referă la necesitatea probării unui prejudiciu, drept condiție a declarării neeligibilității unei sume acordate ca finanțare nerambursabilă, instanța de recurs reține că sunt neîntemeiate.

Astfel, în jurisprudența sa, CJUE a statuat că, inclusiv abaterile care nu au un impact financiar precis pot afecta interesele financiare a Uniunii - C-465/10 pct.47 și C-199/03 pct. 31, statul fiind în măsură să solicite beneficiarului în cauza rambursarea finanțării C-271 pct. 48, C-65/10 pct. 32 regula generală fiind că orice abatere trebuie să ducă la retragerea avantajului abținut în mod fraudulos C- 199/03, pct. 15.

Coroborând considerentele mai sus menționate cu dispozițiile Regulamentelor Consiliului nr. 1083/2006 și 1828/2006, respectiv Decizia Comisiei C/2011/476, interpretarea dată dispozițiilor legale cu privire la sarcina probei referitoare la existența și producerea unui prejudiciu prin astfel de nereguli constatate în cadrul derulării unei proceduri de achiziție publică, nu poate fi reținută, fiind în afara scopului acestor reglementări și al încheierii contractului de finanțare între părți.

În caz contrar, ar fi lipsită de esență obligația statului de a recupera fondurile acordate care nu sunt eligibile în cadrul unor proceduri de atribuire desfășurate cu nerespectarea dispozițiilor în materie de achiziții publice, fiind încălcate principiile liberei concurențe și al egalității de tratament între posibili ofertanți la aceste proceduri, dar și impunerea autorităților de management a unor sarcini imposibile în astfel de cazuri, respectiv obligația de a proba ipotetic certitudinea producerii unui astfel de prejudiciu, deși voința părților contractante și dispozițiile legale și comunicare/europene menționate anterior nu impun o asemenea cerință suplimentară."

În concluzie, raportat la prevederile contractuale și legale mai sus menționate, atâta timp cât beneficiarii fondurilor europene nerambursabile, încalcă dispozițiile legale în materia achizițiilor publice în implementarea proiectului, bugetul Uniunii Europene și cel național aferent acestuia este prejudiciat, sens în care se impune aplicarea unor corecții financiare sau considerarea sumelor cheltuite necuvenit ca fiind neeligibile.

Afirmația reclamantei potrivit căreia documentația de atribuire a fost verificată de ANRMAP, sens în care nu se poate reține restricționarea participării la procedură a eventualilor operatori economici interesați, este de asemenea neîntemeiată, având în vedere următoarele:

Potrivit art. 49 din OUG nr. 34/2006 „(1) Operatorul SEAP are obligația de a asigura Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice accesul nerestricționat la anunțurile/invitațiile transmise de către autoritățile contractante, înainte de publicarea acestora.

(2) Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice verifică:

a) fiecare anunț de intenție/participare transmis de către autoritatea contractantă pentru publicare în SEAP, în măsura în care anunțul respectiv este în legătură cu aplicarea procedurii de atribuire a unui contract cu o valoare estimată egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 124;

- b) fiecare invitație/anunț de participare transmis de către autoritatea contractantă pentru publicare în SEAP, cu o valoare estimată mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 124;
- c) erata la anunțul/invitația de participare ce modifică/completează informațiile publicate în anunțul/invitația de participare”.

În termen de 3 zile lucrătoare de la data primirii anunțului/invitației în SEAP, Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice are obligația:

- a) fie să emită către operatorul SEAP acceptul de publicare pentru anunțul/invitația respectiv/respectivă, în cazul în care în urma verificării nu se constată erori/omisiuni de completare;
- b) fie să respingă publicarea anunțului/invitației, în cazul în care se constată erori/omisiuni de completare, informând totodată autoritatea contractantă asupra acestei decizii, precum și asupra modului în care erorile/omisiunile pot fi remediate.

Erorile prevăzute la alin. (21) reprezintă acele informații/cerințe din anunțul/invitația transmis/transmisă spre publicare care sunt neconforme cu realitatea sau care conduc la încălcări ale legislației în domeniul achizițiilor publice și ale principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică.

Nedetectarea erorilor prevăzute la alin. (22) în procesul de verificare nu afectează dreptul Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice de a sancționa, pe parcursul activității de supraveghere, faptele prevăzute la art. 293."

Mai mult, potrivit dispozițiilor art. 324 din HG nr. 457/2008 privind cadrul instituțional de coordonare și de gestionare a instrumentelor structurale:

„(1) în cazul în care autoritatea de management consideră că au existat încălcări ale legislației comunitare sau naționale privind achizițiile publice, aceasta stabilește și aplică corecții financiare, în condițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

(2) în exercitarea atribuției prevăzute la alin. (1), autoritatea de management nu este condiționată în luarea deciziilor de activitățile desfășurate de ANRMAP și UCVAP potrivit dispozițiilor art. 322 și 323."

Având în vedere dispozițiile legale menționate mai sus, arată că verificarea efectuată de către ANRMAP nu este absolută, aceasta putând reveni oricând asupra acesteia și mai mult decât atât, Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Regional nu este condiționată de activitățile desfășurate de ANRMAP.

Mai mult, în raport de dispozițiile contractului de finanțare nr. 606/16.12.2009, care nu prevăd clauze de excludere a răspunderii reclamantei în cazul în care ANRMAP a ajuns la concluzia că verificarea efectuată de această autoritate nu a constatat neregulile descoperite ulterior de echipa de control din cadrul instituției noastre, considerăm că în speță, subzistă răspunderea UATJ Sălaj pentru constatarea unor astfel de nereguli în desfășurarea procedurii de finanțare și achiziție publică, răspundere concretizată prin emiterea de către instituția noastră a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 66592/20.08.2013.

Totodată, învederează faptul că verificările efectuate de ANRMAP nu pot determina imposibilitatea efectuării verificărilor de către instituția noastră în temeiul contractului de finanțare, în cadrul controlului ulterior și la sesizarea menționată în nota de constatare, ci Constituie exclusiv un control inițial generat al documentației de atribuire care nu poate avea un caracter irevocabil față de instituția noastră.

Mai mult, potrivit art. 9 alin. (21) din același contract „după expirarea perioadei de valabilitate a Contractului, se menține obligația beneficiarului de a păstra și a pune la dispoziția OI, AMPOR, Autorității de Certificare și Plată, Autorității de Audit, Comisiei Europene și oricărui alt organism abilitat să efectueze verificări/controale/auditori asupra modului de utilizare a finanțării nerambursabile, toate documentele originale privind activitățile și cheltuielile eligibile aferente proiectului, inclusiv documentele contabile, inventarul asupra activelor dobândite ca urmare a prezentului contract, pe o perioadă de 5 ani, de la data închiderii oficiale a Programului Operațional Regional 2007-2013.”

Referitor la măsurile stabilite de echipa de control prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 66592/20.08.2013, ca urmare a constatărilor referitoare la abaterile săvârșite de reclamantă, învedereăm onoratei instanțe următoarele:

În cadrul Fișei de date a achiziției subcap. IV.4.7 Lista cu experiența similară cap. 4.7) Capacitatea tehnică și/sau profesională, reclamanta, în calitate de autoritate contractantă, a formulat următoarea cerință obligatorie: "Ofertantul trebuie să facă dovada finalizării, în ultimii 3 ani, minim 3 contracte similare, ce au avut ca obiect auditarea unor proiecte cu finanțare externă nerambursabilă. Se vor prezenta cele trei contracte de servicii de audit pentru proiecte cu finanțare externă nerambursabilă, a căror valoare cumulată să fie de minim 50.000 lei fără TVA însoțite de documente doveditoare din care să reiasă valoarea serviciilor prestate - copia contractelor, recomandări din partea beneficiarilor în original sau copie legalizată."

Conform prevederilor 188 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 legiuitorul a prevăzut clar criteriile de calificare și selecție care puteau fi puse în aplicare de reclamantă, în calitatea sa de autoritate contractantă, care se consideră ca fiind suficiente și în concordanță cu principiile materiei achizițiilor publice în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de Servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților.

Astfel autoritatea contractantă avea dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

a) informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru îndeplinirea contractului de servicii.

Față de dispozițiile legale citate mai sus, rezultă că autoritatea contractantă avea dreptul de a impune solicitările strict și expres prevăzute de cadrul legal aplicabil, respectiv informații cu privire la studii și la calificare.

Potrivit prevederilor art. 8 alin. (2) din HG nr. 925/2006: „atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției.”

Astfel, legiuitorul a instituit excepția de la prevederile legale generale, pentru situațiile în care anumite necesități ale autorității contractante solicită impunerea de cerințe mai restrânse decât cele general aplicabile. În această situație, autoritatea contractantă are obligația de a motiva, în cuprinsul Notei justificative, care este necesitatea sa, precum și legătura de cauzalitate dintre necesitate și restrângerea condițiilor de participare la procedură.

Este adevărat că Nota justificativă nu este un document care se pune la dispoziția ofertanților, în schimb reprezintă un document obligatoriu al dosarului de achiziție și este menit să explice, detalieze și justifice, anumite decizii ale autorității contractante cu privire la procedura pe care o va desfășura.

În cuprinsul Notei justificative nr. 2497/03.03.2010 privind îndeplinirea cerințelor minime referitoare la situația economică și financiară și la capacitatea tehnică și profesională solicitate la cererea de oferte pentru atribuirea contractului de servicii: Audit pentru proiectul „Restaurarea patrimoniului istoric și cultural al Consiliului Județean Sălaj - clădirile Centrului Militar Județean, Muzeul Județean de Istorie Zalău și Galerile de Artă „Ioan Sima”, se prevăd următoarele:

„Pentru ca Autoritatea contractantă să se asigure în privința calității serviciilor prestate de operatorul economic, în privința experienței, aptitudinilor, eficienței și eficacității operatorului economic, se solicită în conformitate cu prevederile art. 187 și 188 din OUG nr. 34/2006 următoarele documente:

Lista cu experiența similară (Formular B3) — se solicită prezentarea a cel mult 3 contracte de servicii de audit pentru proiecte cu finanțare externă nerambursabilă, desfășurate în ultimii 3 ani, cu valoare cumulată de minim 50.000 lei fără TVA - demonstrează că operatorul economic este familiarizat cu procedurile specifice activității de supraveghere a proiectelor cu finanțare externă nerambursabilă și este capabil să îndeplinească contractul ce urmează a fi atribuit. Este indicatorul tehnic care evidențiază activitatea firmei în domeniul prestației de servicii similare. Indicatorul are relevanță și în activitatea contractuală a firmei privind serviciile prestate, calitatea serviciilor, modul de îndeplinire a clauzelor contractuale, utilitatea serviciilor”.

Referitor la abaterea constatată, respectiv solicitarea unei anumite experiențe dovedită în proiecte similare cu finanțare europeană, învederează următoarele:

Cerința menționată în Nota justificativă nr. 2497/03.03.2010, referitoare la prezentarea a „cel mult 3 contracte” de servicii, reprezintă o condiție minimă de calificare care le oferă operatorilor economici libertatea de a-și demonstra experiența similară prin prezentarea a 1,2 sau 3 contracte similare. Prin transpunerea acestei cerințe în fișa de date a achiziției, cerința „cel mult 3 contracte” s-a transformat în „cel puțin 3 contracte”. Astfel, operatorilor economici li s-a impus prezentarea unui număr minim de contracte sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă.

Prin urmare, cerința din Nota justificativă nr. 2497/03.03.2010 care le acordă Operatorilor economici libertatea de a-și demonstra experiența similară s-a transformat în restricția prezentării unui număr minim de contracte.

Întrucât, fișa de date a achiziției, anunțul de participare/ invitația de participare, documentația de atribuire, sunt documente publice, puse la dispoziția operatorilor economici, aceștia au luat cunoștință de cerința „minim 3 contracte” ceea ce a restricționat participarea acelor operatori economici care puteau face dovada experienței similare prin 1 sau 2 contracte.

De asemenea, referitor la abaterea constatată, respectiv solicitarea unei anumite experiențe dovedită în proiecte similare cu finanțare externă nerambursabilă, învederează următoarele:

Conform prevederilor 188 alin.(2) din OUG nr. 34/2006 legiuitorul a prevăzut clar criteriile de calificare și selecție care puteau fi puse în aplicare de autoritatea contractantă care se consideră ca fiind suficiente și în concordanță cu principiile materiei achizițiilor publice „în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/ candidaților.

Astfel, autoritatea contractantă avea dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

a) o listă a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați. Prestările de servicii se confirmă prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar. În cazul în care beneficiarul este un client privat și, din motive obiective, operatorul economic nu are posibilitatea obținerii unei certificări/confirmări din partea acestuia, demonstrarea prestărilor de servicii se realizează printr-o declarație a operatorului economic potrivit prevederilor art. 21 din OUG nr. 75/1999 privind activitatea de audit financiar, în forma pe care actul normativ o avea la data lansării procedurii de licitație: „auditul intern reprezintă activitatea de examinare obiectivă a ansamblului activităților entității economice în scopul furnizării unei evaluări independente a managementului riscului, controlului și proceselor de conducere a acestuia”.

Articolul 22 din același act normativ dispune următoarele: „auditul intern are drept obiective: verificarea conformității activităților din entitatea economică auditată cu politicile, programele și managementul acestuia, în conformitate cu prevederile legale; evaluarea gradului de adecvare și aplicare a controalelor financiare și nefinanciare dispuse și efectuate de către conducerea unității în scopul creșterii eficienței activității entității economice; evaluarea gradului de adecvare a datelor/informațiilor financiare și nefinanciare destinate conducerii pentru cunoașterea realității din entitatea economică; d) protejarea elementelor patrimoniale bilanțiere și extrabilanțiere și identificarea metodelor de prevenire a fraudelor și pierderilor de orice fel”.

Din coroborarea textelor legale citate mai sus, rezultă că activitatea de audit intern vizează verificarea conformității activităților entității economice auditate cu legislația aplicabilă, respectiv legislația națională.

Conform atribuțiilor enumerate de art. 22 din OUG nr. 75/1999, auditul intern verifică conformitatea activităților entității auditate în conformitate cu prevederile legale. Însă, respectarea prevederilor HG nr. 759/2007 reprezintă un act normativ din cadrul legislației naționale, cu impact asupra activității entității auditate, motiv pentru care orice auditor autorizat are obligația de a-l cunoaște și aplica. De asemenea, auditorul autorizat poate face dovada îndeplinirii unor cerințe de experiență și pregătire profesională.

Referitor la capacitatea auditorului de a realiza auditul financiar al proiectului și de a întocmi Rapoarte de audit la nivelul exigențelor în implementarea proiectelor finanțate din fonduri europene, aceasta nu este relevantă pentru următoarele considerente:

potrivit Regulamentului de Organizare a Camerei Auditorilor Financiar, precum și a normelor de autorizare a auditorilor interni, auditorii au obligația să-și îmbunătățească cunoștințele, priceperea și alte competențe necesare prin pregătire profesională continuă;

potrivit prevederilor cap. III.3 din Ghidul Solicitantului o cheltuială poate fi considerată eligibilă dacă îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

- a) este efectiv plătită între ianuarie 2007 și 31 decembrie 2015;
- b) este însoțită de facturi, în conformitate cu prevederile legislației naționale;
- c) este în conformitate cu prevederile Contractului de finanțare;
- d) este conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare, în special în ceea ce privește regimul achizițiilor publice, prin respectarea OUG nr. 34/2006;
- e) lista cheltuielilor eligibile este realizată în baza HG nr. 759/2007 și Ordinului comun al ministrului dezvoltării, lucrărilor publice și locuințelor și ministrului economiei și finanțelor nr. 607/914/2007.

Din coroborarea celor de mai sus, rezultă că orice auditor, care este autorizat, are pregătirea și cunoștințele necesare pentru a verifica conformitatea activității beneficiarului cu legislația națională. Potrivit prevederilor citate mai sus, determinante în realizarea corectă și legală a proiectului/contractului, reclamanta, în calitate de autoritate contractantă, are obligația de a respecta în activitatea sa de implementare a proiectului, legislația națională. Mai mult, orice auditor autorizat din România are obligația legală și profesională de a cunoaște legislația națională.

Din prevederile legale și contractuale enunțate, nu rezultă faptul că, prin Contractul de finanțare, se impun beneficiarilor alte obligații legale sau de altă natură care să excedă cadrulul legal național și care să necesite cunoștințe speciale din partea prestatorilor de Servicii.

Față de cele de mai sus, învederăm faptul că impunerea ca și criteriu minim de calificare dovada auditării a minim 3 contracte similare, ce au avut ca obiect auditarea unor proiecte cu finanțare externă nerambursabilă, este restrictivă, întrucât orice operator economic care este autorizat legal în domeniul specific obiectului contractului, trebuie să aibă dreptul de a participa la o procedură de licitație în condiții de concurență liberă.

Având în vedere faptul că pentru execuția contractului de servicii trebuie să fie respectate aceleași standarde tehnice, indiferent de sursa de finanțare a lucrărilor similare celor care vor constitui obiectul contractului, nu reprezintă relevanță în raport cu obiectul acestuia și a avut ca efect restricționarea participării operatorilor economici la procedura de achiziție.

Apreciază că între sursa de finanțare și legislația care guvernează derularea contractelor de achiziție publică nu există o legătură care să-i permită autorității contractante să utilizeze sursa de finanțare drept criteriu de calificare.

Din probele administrate în cauză, Curtea retine următoarele:

Organele abilitate ale părții din cadrul Direcției Generale de constatare și stabilire nereguli fonduri europene, fundamentat pe prevederile O.U.G. nr. 66/2011, a desfășurat un control ce a avut ca obiect verificarea aspectelor menționate în sesizarea Unității de Gestionare Nereguli Fonduri Europene nr. 44275/04.06.2013 conținând constatări cu implicații financiare cu privire la încălcarea prevederilor legale în materie de achiziții publice la atribuirea contractului de servicii de audit nr. 3799/08.04.2010 în implementarea proiectului cu titlul „Restaurarea patrimoniului istoric și cultural al Consiliului Județean Sălaj - clădirile Centrului Militar Județean, Muzeul Județean de Istorie Zalău și Galeriile de Artă „Ioan Sima”.

Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare s-a aplicat corecția financiară de 5% din valoarea contractului de servicii de audit amintite mai sus, valoarea creanței bugetare stabilită conform pct.2.3 din Anexa la OUG nr. 66/2011 fiind de 1343,68 lei.

1. Susține reclamantul că actul administrativ contestat este nelegal întrucât a fost dat cu aplicarea eronată a legii nefiind în prezența unor nereguli care să justifice aplicarea corecțiilor financiare.

Potrivit art. 2 alin. 1 din OUG nr. 66/2011, prin neregulă se înțelege orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit.

În speță, Curtea constată că în derularea activității de atribuire a contractului în litigiu, organele abilitate ale pârâtei au sesizat existența unor abateri de la legalitate în raport de dispozițiile naționale referitoare la achizițiile publice, care se încadrează conform anexei la ordonanță în categoria neregulilor reglementate de lege.

Prin urmare, neregulile constatate sunt abateri pentru care legiuitorul a impus stabilirea de corecții financiare, susținerile contrare fiind nefondate.

2. Curtea constată că în Fișa de date a achiziției - secțiunea V.4.1 informații privind capacitatea profesională, autoritatea contractantă a inserat drept condiții de eligibilitate:

Personal minim:

a) Un auditor financiar autorizat - cerințe diploma de studii superioare în științe economice, specializarea contabilitate sau finanțe; (...) auditor activ cu cel puțin 5 ani experiență profesională specifică în domeniul auditului financiar; trebuie să facă dovada finalizării, în ultimii 3 ani, a minim 3 contracte similare, ce au avut ca obiect auditarea unor proiecte cu finanțarea externă nerambursabilă.

Cât privește criteriul Lista principalelor prestații în ultimii 3 ani, în Fișa de date a achiziției, la cap. IV. 4.5, 4.6, autoritatea contractantă a înscris cerința minimă se va prezenta lista cuprinzând cel mult 3 contracte similare, ce au avut ca obiect auditarea unor proiecte cu finanțare externă nerambursabilă, îndeplinite în decursul ultimilor 3 ani.

Potrivit dispozițiilor art. 188 alin. 3 din OUG nr. 34/2006, în forma în vigoare la data licitației, în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

a) o listă a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați. Prestările de servicii se confirmă prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar, în cazul în care beneficiarul este un client privat și, din motive obiective, operatorul economic nu are posibilitatea obținerii unei certificări/confirmări din partea acestuia, demonstrarea prestărilor de servicii se realizează printr-o declarație a operatorului economic.

Se poate conchide, așadar, că pentru dovedirea capacității tehnice și/sau profesionale, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita o listă a serviciilor prestate în ultimii 3 ani, însoțită de certificări.

Altfel spus, acest drept al autorității contractante, consfințit prin dispozițiile legale enunțate anterior, presupune doar solicitarea listei cu lucrările prestate fără a-i fi îngăduit să adauge alte criterii sau cerințe care poate denatura libera concurență sau care ar limita accesul la procedura de achiziție publică derulată.

Se poate observa, așadar, că legiuitorul a permis autorității contractante să solicite participanților date referitoare la experiența similară, fără a limita numărul serviciilor solicitate drept experiență similară, însă, nu a permis stabilirea altor cerințe precum cea din speță: *să facă dovada finalizării, în ultimii 3 ani, minim 3 contracte similare, ce au avut ca obiect auditarea unor proiecte cu finanțare externă nerambursabilă.*

Cât privește *experiența profesională generală, precum și cea specifică* în audit financiar, Curtea reamintește că potrivit art. 188 alin. 3 lit.a și d din OUG nr. 34/2006, în forma aplicabilă în speță, în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

- a) o listă a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați. Prestările de servicii se confirmă prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar. În cazul în care beneficiarul este un client privat și, din motive obiective, operatorul economic nu are posibilitatea obținerii unei certificări/confirmări din partea acestuia, demonstrarea prestărilor de servicii se realizează printr-o declarație a operatorului economic;
- b) informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru îndeplinirea contractului de servicii.

Rezultă, așadar, că pentru dovedirea capacității tehnice și/sau profesionale, reclamanta avea dreptul de a solicita o listă a serviciilor prestate în ultimii 3 ani, însoțită de certificări, dreptul autorității contractante rezumându-se la solicitarea unor informații cu privire la pregătirea profesională și nu la impunerea unor anumite condiții de vechime generală și specială.

În speță autoritatea contractantă a stabilit drept cerință obligatorie cea de a face dovada finalizării, în ultimii 3 ani, a minim 3 contracte similare, ce au avut ca obiect auditarea unor proiecte cu finanțare externă nerambursabilă, autoritatea contractantă a nesocotit dispozițiile legale incidente cauzei, mai sus amintite.

Apărările reclamantului referitoare la experiența profesională impusă ofertanților - „specificul contractului ce urma să fie atribuit impunea ca Autoritatea Contractantă să se asigure că va colabora cu un operator economic a cărui experiență în domeniul proiectelor cu finanțare externă era suficient de consistentă” - nu pot fi reținute de instanță la soluționarea cauzei întrucât nu conțin elemente care coroborate cu alte probe să justifice încălcarea dispozițiilor legate prin restrângerea cerințelor minime stabilite, justificate de anumite necesități ale autorității contractante.

Curtea reamintește că potrivit art. 8 alin. 2 din HG nr. 925/2006, atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. 1 din ordonanță de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul de achiziție.

În speță, Curtea constată că în cuprinsul Notei justificative privind stabilirea cerințelor minime de atribuire a contractului nr. 3799/08.04.2010, autoritatea contractantă nu a justificat în nici un fel introducerea cerințelor restrictive, ba mai mult nici nu le-a menționat.

Nici chiar apărările referitoare la concluziile controlului efectuat de către ANRMAP nu pot conduce la soluția urmărită de către reclamant. Astfel, Curtea constată că potrivit art. 321 din HG nr. 457/2008, în exercitarea atribuțiilor sale, autoritatea de management nu este condiționată în luarea deciziilor de activitățile desfășurate de ANRMAP și UCVP potrivit dispozițiilor 322 și 323.

Se poate conchide, prin urmare, că impunerea ca și criteriu minim de calificare a dovezii auditării unor proiecte finanțate din fonduri externe nerambursabile este restrictivă câtă vreme orice operator economic care este autorizat legal în domeniul specific obiectului contractului trebuie să aibă dreptul de a participa la o procedură de achiziție publică în condiții de concurență liberă.

Așadar, eventuala necunoaștere a legislației europene sau neparticiparea în ultimii 3 ani la proceduri derulate din fonduri europene nerambursabile nu poate fi calificată drept o cheltuială ineficientă și nejustificată din punct de vedere economic astfel cum aceasta este definită în Ghidul solicitantului care să justifice includerea unor cerințe minime restrictive.

În consecință, întrucât autoritatea contractantă a impus drept cerințe obligatorii alte criterii decât cele prevăzute de lege, autoritatea contractantă a încălcat prevederile OUG nr. 34/2006, sancțiunea aplicării corecțiilor financiare impunându-se.

În raport de natura neregulilor constatate și de numărul acestora instanța apreciază că sancțiunea aplicată este o măsură adecvată, necesară și corespunzătoare scopului pentru care a fost edictată.

Pentru toate aceste considerente, Curtea va aprecia acțiunea reclamantului ca fiind nefondată iar în temeiul art. 18 din Legea nr. 554/2004 o va respinge.

PENTRU ACESTE MOTIVE, IN NUMELE LEGII, HOTĂRĂȘTE

Respinge acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul JUDEȚUL SĂLAJ cu sediul în Zalău, P-ța 1 Decembrie 1918, nr. 12, jud. Sălaj, în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE cu sediul în București, str. Apolodor nr. 17, Latura Nord, sector 5, având ca obiect anulare act administrativ fiscal.

Cu recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din 31 martie 2014.

Dosar nr. 1283/33/2013

CURTEA DE APEL CLUJ
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILA NR. 89
Ședința publică din data de 03 Martie 2014

S-a luat în examinare acțiunea în contencios administrativ formulata de reclamantul JUDEȚUL SĂLAJ PRIN PREȘEDINTELE CONSILIULUI JUDEȚEAN SĂLAJ, în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, având ca obiect anulare act administrativ.

Se constată că mersul dezbaterilor și susținerile orale ale părților au fost consemnate în încheierea de ședință din data de 24.02.2014, când pronunțarea hotărârii s-a amânat pentru termenul de azi pentru a da posibilitate părților de a formula concluzii scrise, încheierea de ședință de la acea dată făcând parte integrantă din prezenta hotărâre.

CURTEA,

Deliberând reține că, prin acțiunea în contencios administrativ formulată la data de 06 noiembrie 2013, reclamantul JUDEȚUL SĂLAJ PRIN PREȘEDINTELE CONSILIULUI JUDEȚEAN SĂLAJ a solicitat instanței ca în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 56776/15.07.2013 emisă de Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice.

În motivarea acțiunii se arată că potrivit prevederilor art. 2 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 66/2011, neregula este definită ca orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate, în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori ale altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia Bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit.

Din analiza definiției redată mai sus rezultă că sintagma în discuție presupune dovedirea cumulativă a următoarelor elemente:

- existența abaterilor de la legislația în materia achizițiilor publice ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului;
- existența prejudiciului adus bugetului Uniunii Europene;
- sumele plătite necuvenit.

În ceea ce privește abaterile, în cuprinsul Deciziei se indică o serie de texte de lege de a căror încălcare este considerată că s-ar face vinovată Autoritatea Contractantă însă, după cum arată mai jos, pe lângă faptul că nu se motivează rațiunea pentru care nu au fost luate în considerare apărările oferite de Autoritatea Contractantă în Punctul de Vedere transmis și ulterior prin Contestația depusă, nici nu sunt coroborate pretensele nelegalități cu temeiul legal din cadrul OUG nr. 66/2011, pentru a putea aplica în mod legal sancțiunile/corecțiile financiare.

În ceea ce privește ultimele două teze ale definiției neregulii, Decizia atacată nu conține nici o motivare, nici în sensul existenței lor, nici în sensul dovedirii acestora.

Raportat la pretinsul prejudiciu, actul administrativ emis nu prezintă vreo justificare nici cu privire la un prejudiciu actual, concret, nici referitor la iminența producerii unui prejudiciu în viitor.

În ceea ce privește suma plătită necuvenit, art. 2 alin. (1) lit. u) din OUG nr. 66/2011 o definește ca fiind „o plată nedatorată, așa cum este aceasta prevăzută în dreptul civil, acordată unui beneficiar sau realizată în numele unui beneficiar, care provine din fonduri europene și/sau fonduri publice aferente acestora”.

În dreptul civil, plata nedatorată este tratată ca fiind executarea de către o persoană a unei obligații la care nu era ținută și pe care a făcut-o fără intenția de a plăti datoria altuia, în speță, fondurile rezultate din Contractul de finanțare nr. 8/08.08.2008, cod SMIS 1113 cu titlul „Reabilitarea drumului Ciucea - Crasna - Vârșolț”, au fost plătite ofertanților câștigători, cărora le-au fost atribuite contractele de achiziție publică și care erau perfect îndreptățiți la încasarea sumelor în discuție.

Condițiile care trebuie întrunite pentru dovedirea plății nedatorate sunt: existența unei plăți în sens obiectiv; datoria în vederea căreia s-a efectuat plata să nu existe din punct de vedere juridic; plata să fi fost făcută din eroare.

După cum se poate observa, în cazul de față, singura condiție existentă din cele expuse mai sus este că prestația în discuție a reprezentat într-adevăr o plată, deoarece ultimele două nu pot fi reținute atâta vreme cât raportul juridic care a stat la baza prestațiilor Autorității Contractante a fost generat de contractele de achiziție publică încheiate, ce au determinat în concret natura și întinderea drepturilor și obligațiilor părților contractante.

În cuprinsul Deciziei contestate nu se menționează niciun aspect privitor la existența vreunui prejudiciu sau respectiv la existența unor sume plătite necuvenit, aspect care conduce la concluzia inexistenței aspectului principal pe care organul de control trebuia să îl dovedească pentru a putea aplica corecțiile financiare conform dispozițiilor legale.

Potrivit art. 5 din OUG nr. 66/2011, autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația „b) luării tuturor măsurilor necesare prevenirii neregulilor și fraudelor, inclusiv prin activități ce constau în informarea corectă și la timp a beneficiarilor asupra riscului producerii de nereguli și fraude, în special, în ceea ce privește indiciile de fraudă”.

Astfel, solicită să se țină cont de faptul că în prezenta cauză Contractul de servicii de audit nr. 4702 a fost încheiat la data de 18.05.2009, contractul a fost transmis și verificat de Organismul Intermediar și de AM POR, Autoritatea Contractantă - Județul Sălaj, iar serviciile care au făcut obiectul acestui contract au fost rambursate în proporție de 100%. Este inadmisibil ca, după 4 ani, documentații transmise și verificate să fie supuse unor noi verificări, constatându-se că au fost „erori” în timpul procedurilor de achiziție publică ce au condus la prejudicierea Bugetului Uniunii Europene.

Nota de Constatate a Neregulilor și Stabilirea Corecțiilor Financiare a fost emisă în baza sesizării Serviciului Verificare Programe și Gestionare Nereguli nr. 24470/26.03.2013. Prin acest act de control sunt reținute numai „constatări cu implicații financiare cu privire la achiziționarea contractului de servicii de audit nr. 4702/ 18.05.2009 încheiat cu SC Cazacus Expert SRL.”

Având în vedere faptul că prin actul contestat nu se demonstrează și probează care sunt implicațiile financiare imputabile județului Sălaj, rezultă că acesta a fost emis cu încălcarea prevederilor legale, deoarece potrivit OUG nr. 66/2011, pentru alocarea unor corecții financiare de către MDRAP trebuie să existe o neregulă prin care să se fi produs un prejudiciu cert bugetului Uniunii Europene.

În concluzie, dat fiind faptul că în dreptul administrativ sarcina probei revine întotdeauna organului abilitat de lege pentru aplicarea sancțiunii, atâta vreme cât Direcția de Constatere nu a dovedit întrunirea elementelor prevăzute de lege pentru existența.

Referitor la Contractul de servicii de audit nr. 4702 din 18.05.2009 Deficiența semnalată ca posibilă „neregulă” în Nota de Constatere a neregulilor, formulată astfel: „Autoritatea Contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire” se impun următoarele precizări:

Stabilirea cerințelor minime de calificare de către Autoritatea Contractantă s-a făcut cu respectarea dispozițiilor legale relevante și în special cele ale art. 7 din HG 925/2006;

- în raport cu particularitățile proiectului, Autoritatea Contractantă a considerat că este necesar ca fiecare ofertant să demonstreze prin informațiile și documentele solicitate că are potențial financiar, profesional și organizatoric de a rezolva eventualele dificultăți apărute pe parcursul implementării proiectului. Menționăm faptul că Autoritatea Contractantă era în acel moment la primul proiect derulat din fonduri europene, încercând prin impunerea acestor cerințe minime de calificare să adjudge contractul unui operator economic cu "brio" posibilitatea concretă de a-1 îndeplini și de a rezolva eventualele probleme referitoare la acesta. P - Considerăm deci, că în conformitate cu prevederile art. 179 alin. 2 din OUG 34/2006, Autoritatea Contractantă a respectat principiul proporționalității, prin care se înțelege asigurarea corelației între:

- nevoile și interesele Autorității Contractante
- obiectul contractului de achiziție publică
- cerințele solicitate a fi îndeplinite, la momentul impunerii criteriilor de calificare și selecție din Documentația de Atribuire, luând în calcul tocmai natura și complexitatea contractului care urma să fie atribuit.

Comisia de soluționare a contestației reiterează ideea că cerințele minime de calificare nu pot fi impuse fără a prezenta o „detaliere a motivelor care au stat, la baza impunerii” acestora prin Nota justificativă privind stabilirea cerințelor minime de calificare. Referitor la această „abatere” facem următoarele precizări:

Nota justificativă menționată reprezintă un act intern al Autorității Contractante, care face parte din dosarul achiziției publice și care poate fi făcut public numai cu respectarea prevederilor art. 215 din OUG 34/2006. Ca urmare, justificarea stabilirii unor anumite cerințe de calificare nu putea fi cunoscută oricum de potențialii ofertanți. Nu a existat și nu există nicio prevedere legală care să stabilească obligația de a pune la dispoziția ofertanților această Notă;

Autoritatea Contractantă a consemnat în cadrul Notei justificative motivele pentru care au fost solicitate cerințele privind capacitatea tehnică și profesională, respectiv „să se asigure în privința serviciilor prestate de operatori economici în privința experienței, aptitudinilor eficienței, eficacității operatorilor economici”. Tot în cuprinsul Notei este justificată cerința privind experiența similară solicitată, care „demonstrează că operatorul economic este familiarizat cu procedurile specifice auditului financiar al proiectelor cu finanțare nerambursabilă și este capabil să îndeplinească contractul ce urmează a fi atribuit”.

Având în vedere că în cadrul procedurii a fost utilizat criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”, instituirea unor criterii de calificare și selecție apare ca naturală și firească, acest criteriu de atribuire, fără impunerea unor cerințe minime de calificare, ar conduce la atribuirea contractului unui operator economic care să nu aibă calificarea necesară derulării unui asemenea contract. Consideră astfel că Autoritatea Contractantă a făcut toate demersurile pentru a respecta principiul privind „eficiența utilizării fondurilor publice”.

În justificarea și descrierea prezumtivei „nereguli” relativ la contractele depuse ca experiență specifică, în lipsa unor argumente juridice legale, temeinice, se fac supoziții referitor la unii potențiali ofertanți care: „ar fi putut prezenta mai multe contracte, valorile cumulate ale acestora putând să îndeplinească limita minimă a valorii solicitate”. În această speță, solicită a se reține punctul de vedere al ANRMAP nr. 73/10.03.2011, formulat ca răspuns la o solicitare a Asociației de Dezvoltare Intercomunitară „Transilvania de Nord”: „în ceea ce privește numărul de contracte pe care autoritatea contractantă îl solicită pentru îndeplinirea cerinței minime de calificare, precizăm că aceasta trebuie să aibă în vedere respectarea principiului proporționalității, motiv pentru care, în funcție de natura achiziției, poate solicita în vederea demonstrării experienței similare:

- fie un singur contract a cărui valoare să nu fie mai mare decât valoarea estimată; fie un număr maxim de contracte a căror valoare cumulată să nu fie mai mare decât valoarea estimată; fie un număr de contracte lăsat la latitudinea operatorilor economici, contracte a căror valoare cumulată să nu fie mai mare decât valoarea estimată.

Astfel, ANRMAP se pronunță că „Autoritatea Contractantă nu a încălcat prevederile art.9 lit.a) din H.G nr.925/2006 și prin urmare formularea cerinței în cauză nu este disproporționată în raport cu natura și complexitatea contractului ce urmează a fi atribuit”.

Consideră că cerințele minime impuse respectă pe deplin principiul proporționalității pentru că, potrivit art. 7 din HG 925/2006, „Criteriile de calificare și selecție, astfel cum sunt prevăzute la art. 176 din Ordonanța de urgență 34/2006 au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare”. Autoritatea Contractantă nu a stabilit cerințele minime cu scopul de a crea o situație defavorabilă și discriminatorie unora dintre ofertanți. Dimpotrivă, în raport cu caracteristicile de ansamblu ale proiectului (valoare, natură și complexitate), cerințele de calificare stabilite apar ca pe deplin justificate. Astfel, Autoritatea Contractantă a considerat că este necesar ca fiecare ofertant să demonstreze, prin informațiile și documentele solicitate, că are potențialul și experiența profesională corespunzătoare pentru a îndeplini contractul și a rezolva eventualele dificultăți ce ar putea apărea pe parcursul desfășurării acestuia.

Specificul contractului ce urma să fie atribuit impunea ca Autoritatea Contractantă să se asigure că va colabora cu un operator economic a cărui experiență în domeniul proiectelor cu finanțare externă era suficient de consistentă, astfel încât să poată sprijini Autoritatea Contractantă în implementarea proiectului și să cunoască toate procedurile necesare pentru realizarea unor misiuni de audit eficiente și elaborarea unor rapoarte de audit în conformitate cu cerințele finanțatorului. Privind lucrurile dintr-o perspectivă exterioară logicii procedurale a contractelor cu finanțare externă, se poate afirma în mod simplist că instituirea unei cerințe de experiență în practica finanțărilor externe este nerelevantă pentru obiectul contractului.

Arată că își menține punctul de vedere privitor la necesitatea imperioasă a formulării unei apel de cerințe, pentru că este cunoscut că derularea unor proiecte cu finanțare externă implică proceduri și metodologii specifice fiecărui Program, care trebuie tratate într-un sumum integrat cu legislația națională, chiar dacă, din motive care nu țin de voința Autorității Contractante, există frecvent nearmonizări între reglementările naționale și cerințele procedurale ale managementului de proiect, inclusiv neadaptări ale legislației naționale la legislația europeană.

De altfel, chiar comisia de soluționare a contestației menționează în cuprinsul Deciziei nr. 185/23.09.2013 faptul că „...obținerea și utilizarea fondurilor europene prezintă un regim special, atât din punct de vedere al modului de obținere, cât și al condițiilor de utilizare, obligativitatea

respectării normelor juridice incidente acestui domeniu este reglementată special, prin acte juridice distincte".

Derularea în bune condiții a proiectului revine Autorității Contractante, în speță Județului Sălaj, astfel în cadrul procedurii de atribuire era normală impunerea unor condiții care să certifice potențialul prestatorului în derularea serviciilor ce urmau a fi prestate.

Comisia de soluționare a contestației susține ideea că prin introducerea cerințelor minime de calificare nu a fost garantat tratamentul egal operatorilor economici, fără a detalia acest aspect, ci doar face niște prezumții nedovedite, considerând faptul că "introducerea unor cerințe minime de calificare nemotivate a generat un posibil prejudiciu ... presupunând că participarea mai multor ofertanți s-ar fi putut materializa în oferte mai avantajoase față de cea atribuită", afirmație nefondată, deoarece după 4 ani de la derularea unei proceduri de atribuire a unui contract nu se poate verifica veridicitatea unei „presupunerii”, iar un alt aspect important este faptul că s-ar fi prezentat acele firme „de apartament” care s-ar fi aflat în imposibilitatea de a derula un asemenea contract, prejudiciul suferit ar fi fost imens, cu exemplificări regăsite în Experiența multor Autorități Publice la nivel național, soldate cu proiecte blocate, contracte reziliate, pierderea finanțărilor.

Solicită instanței să țină seama de faptul că, în cazul de speță, temeiul de fapt al aplicării corecției financiare este o simplă supoziție nedovedită a Direcției de control. Participarea unor potențiali ofertanți care să poată oferi servicii de calitate, ale căror interese sunt protejate de Direcția de control, este doar o presupunere nedovedită și nu o certitudine, deoarece pe parcursul derulării procedurii nici un operator economic nu a contestat cerințele de calificare. Aplicarea corecțiilor nu este un instrument care trebuie folosit discreționar, ci strict sub condiția dovedirii restricționării accesului la procedură, ca afirmare a impunerii unor cerințe de calificare și selecție restrictive.

Consideră că principiul tratamentului egal nu a fost încălcat de către Autoritatea Contractantă, având în vedere că s-au stabilit și aplicat în orice moment pe parcursul procedurii de atribuire cerințe și criterii identice pentru toți operatorii economici. Respectarea principiului tratamentului egal presupune anumite reguli care au fost respectate întrutotul de Autoritatea Contractantă, astfel: răspunsurile la solicitările de clarificări au fost transmise tuturor ofertanților; procesul verbal de deschidere a ofertelor a fost transmis în copie tuturor participanților la procedură, indiferent dacă aceștia au fost sau nu prezenți la procedura de atribuire; criteriile de selecție/calificare au fost aplicate identic tuturor participanților; s-a pus la dispoziția tuturor operatorilor economici documentația de atribuire.

De asemenea, consideră că la atribuirea Contractului de servicii de audit nr. 4.702 din 18.05.2009 au fost respectate principiile proporționalității nediscriminării tratamentului egal și eficienței utilizării fondurilor publice, motiv pentru care solicită instanței admiterea prezentei acțiuni astfel cum a fost formulată și pe cale de consecință, să dispună anularea Deciziei nr. 185/23.09.2013 emisă de Comisia de soluționare a contestației din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice și anularea Notei de Constatare a Neregulilor și de Stabilire a Corecțiilor Financiare nr. CA 56776/15.07.2013 emisă de Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice.

În drept, își întemeiază acțiunea pe Legea contenciosului administrativ nr. 544/2004, cu modificările și completările ulterioare; OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, cu modificările și completările ulterioare; Codul Civil, Codul de procedura civilă.

Prin întâmpinarea depusa la dosar, pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, solicită respingerea ca neîntemeiată a plângerii formulate de reclamantă și menținerea Notei de constatare nr.CA 56776/15.07.2013 precum și a Deciziei nr. 185/23.09.2013 ca temeinice și legale.

În susținerea poziției procesuale exprimate, se arată că apreciază ca neîntemeiată acțiunea reclamantului pentru motivele expuse în continuare.

Menționează că, în baza mandatului nr. 35982/07.05.2013 emis de Șeful AMPOR echipa de verificare a procedat la efectuarea unei verificări documentare și faptice care a avut drept scop verificarea aspectelor menționate în Sesizările Direcției Generale Autoritatea de Management - Programul Operațional Regional - Unitatea Gestionare Nereguli Fonduri Europene nr. VT-24470/26.03.2013 conținând constatări cu implicații financiare cu privire la atribuirea contractului de servicii de audit nr. 4702/ 18.05.2009 către SC CAZACUS EXPERT SRL.

Astfel, echipa de control a constatat faptul că beneficiarul UAT Județul Sălaj a organizat procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de servicii de audit.

Valoarea estimată a contractului de audit a fost de 81.422,40 lei, iar criteriul de atribuire prețul cel mai scăzut.

Arată că în urma derulării procedurii de achiziție a fost încheiat contractul de servicii de audit nr. 3799/08.04.2010 în valoare de 60.106 lei, între UAT Județul Sălaj și SC CAZACUS EXPERT SRL, Obiectul contractului este Servicii de audit financiar pentru proiectul „Reabilitarea drumului Ciucea-Crasna-Vârsolt” în conformitate cu Raportul procedurii nr. 3499/07.04.2009 s-au prezentat doi ofertanți, din care, în faza finală, cu ofertă, admisibilă s-a calificat un singur ofertant, celălalt fiind respins pentru neîndeplinirea criteriilor minime de calificare.

În fișa de date a achiziției sunt prevăzute criteriile de calificare și selecție care încalcă prevederile art. 178 lit. 2 și 179 din OUG nr. 34/2006, astfel :

La capitolul IV.4.1 - Informații privind capacitatea profesională, la punctul a) auditor financiar autorizat, cel puțin 15 ani experiență generală și cel puțin 5 ani experiență specifică în domeniul auditului financiar; dovada auditorii a cel puțin 3 proiecte cu finanțare externă nerambursabilă.

La punctul b) economist, cel puțin 5 ani experiență generală, precum și dovada implicării în cel puțin un proiect cu finanțare externă nerambursabilă.

La capitolul IV.4.6 - Experiență similară - cel mult 3 contracte ce au avut ca obiect auditarea unor proiecte cu finanțare externă nerambursabilă, îndeplinite în decursul ultimilor 3 ani.

În ceea ce privește susținerile reclamantei în sensul neîncadrării în sfera prevederilor OUG nr. 66/2011, dată fiind inexistența neregulii, arată că în cauză s-a săvârșit o neregulă, în sensul art. 2 alin. (1), lit. a) din O.U.G. nr. 66/2011, potrivit căruia neregula reprezintă "orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit".

Potrivit prevederilor legale mai sus enunțate, pentru a fi în prezența unei nereguli, trebuie să existe o abatere, care constă în acțiunea/inacțiune beneficiarului prin care s-au încălcat prevederile legale

în vigoare și ale contractului de finanțare, precum și un prejudiciu ce constă în suma plătită necuvenit.

În speță, neregula constă în acțiunea beneficiarului de a se abate de la dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, precum și de la prevederile contractului de finanțare. Prin neregula săvârșită s-a adus astfel prejudicii atât bugetului Uniunii Europene cât și bugetului de stat, prin încasarea de către beneficiar a unor sume plătite necuvenit.

Dispozițiile art. 2 alin. (4) din O.U.G. nr. 66/2011, stipulează că termenii de ... "prejudiciu" ... "au semnificația dată de reglementările incidente și de ghidurile lor de aplicare, emise de Uniunea Europeană/donatorul public internațional".

Art. 2 pct. 7. din Regulamentul (CE) nr. 1083/2006 al Consiliului U.E "neregularitate" înseamnă orice încălcare a unei dispoziții a dreptului comunitar care rezulta dintr-un act sau dintr-o omisiune a unui operator economic care are putea avea ca efect un prejudiciu la adresa bugetului general al Uniunii Europene prin imputarea unei cheltuieli necorespunzătoare bugetului general.

Referitor la „existența sau potențialitatea unui efect prejudiciabil al încălcării/abaterii pentru bugetul general al Uniunii Europene..”, art. 1 din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2988/95 al Consiliului U.E. din 18 decembrie 1995 - privind protecția intereselor financiare ale Comunităților Europene prevede:

"(1) în scopul protejării intereselor financiare ale Comunităților Europene, se adoptă prin prezenta o reglementare generală privind controalele uniforme, măsurile și sancțiunile administrative privind abaterile de la dreptul comunitar.

(2) Constituie abatere orice încălcare a unei dispoziții de drept comunitar, ca urmare a unei acțiuni sau omisiuni a unui agent economic, care poate sau ar putea prejudicia bugetul general al Comunităților sau bugetele gestionate de acestea, fie prin diminuarea sau pierderea veniturilor acumulate din resurse proprii, colectate direct în numele Comunităților, fie prin cheltuieli nejustificate."

În concluzie, în acord cu legislația europeană, existența abaterii/neregulii/cheltuielii nejustificate presupune implicit potențialitatea/existența prejudicierii bugetului U.E.

O neregulă cu impact financiar reprezintă o situație în care s-a realizat plata unor fonduri ce constituie cheltuieli nejustificate, prejudiciindu-se astfel bugetul european.

Cheltuielile sunt considerate eligibile dacă sunt în conformitate cu Hotărârea Guvernului nr. 759/2007 privind regulile de eligibilitate a cheltuielilor efectuate în cadrul operațiunilor finanțate prin programele operaționale, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, art. 2, alin. (1), lit d) din actul normativ mai sus enunțat, se stipulează faptul că: „Pentru a fi eligibilă, o cheltuială trebuie să îndeplinească cumulativ următoarele condiții cu caracter general, fard a încălca prevederile alin, (3), art, 3, art. 4 si art. 5 alin, (2): să fie conforma cu prevederile legislației naționale și comunitare".

Conform celor menționate mai sus, abaterile de la prevederile legislației naționale și comunitare se sancționează, consecința fiind neeligibilitatea acelor cheltuieli. Potrivit dispozițiilor art. 28 din același act normativ, valoarea creanței bugetare stabilită în baza prevederilor art, 27 se calculează prin stabilirea de corecții financiare în conformitate cu prevederile anexei, în cazul de față cu 5% .

Beneficiarul a acceptat finanțarea nerambursabilă și s-a angajat să implementeze proiectul pe propria răspundere, în conformitate cu prevederile cuprinse în contract și cu legislația națională și comunitară în vigoare.

Contractul de finanțare este un acord cu termeni specifici, privind furnizarea, în anumite condiții, a finanțării nerambursabile pentru acoperirea parțială a costurilor eligibile efectuate în vederea implementării unui proiect și o condiție esențială pentru ca o cheltuială să fie eligibilă, este ca aceasta să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare.

Mai subliniază faptul că prin încheierea contractului de finanțare, beneficiarul a acceptat finanțarea nerambursabilă și s-a obligat, potrivit art. 9 alin.(25), să respecte prevederile legislației naționale în domeniul achizițiilor publice, nerespectarea respectării acestor obligații conducând la neeligibilitatea cheltuielilor astfel efectuate, în sensul celor de mai sus s-a format și jurisprudența Secției de Contencios Administrativ a Înaltei Curți de Casație și Justiție, respectiv Decizia civilă nr. 3764/27.09.2012, în cadrul căreia s-a stabilit că "încălcarea obligațiilor contractuale referitoare la existența conflictului de interese atrage caracterul neeligibil al sumelor acordate ca finanțare nerambursabilă indiferent dacă a fost probată sau nu producerea vreunei pagube, obligația de recuperare a fondurilor europene existând în toate cazurile de constatare a unor fraude sau nereguli, fără a fi necesară probarea existenței vreunui prejudiciu, împrejurarea că proiectul finanțat a fost finalizat, investiția a fost realizată și recepționată, iar obiectivul a fost pus în funcțiune nu are consecințe exoneratoare asupra debitului stabilit în sarcina beneficiarului contractului de finanțare, cu titlu de cheltuieli neeligibile.

În jurisprudența sa, CJUE a statuat că, inclusiv abaterile care nu au un impact financiar precis pot afecta interesele financiare a Uniunii - C-465/10 pct.47 și C-199/03 pct. 31, statul fiind în măsură să solicite beneficiarului în cauză rambursarea finanțării C-271 pct. 48, C-465/10 pct. 32 regula generală fiind că orice abatere trebuie să ducă la retragerea avantajului obținut în mod fraudulos C-199/03, pct. 15.

În concluzie, apreciază că obligația de recuperare a fondurilor UE există în toate cazurile de constatare a unor fraude sau nereguli, fără a fi necesară probarea existenței producerii unui prejudiciu.

Coroborând considerentele mai sus menționate cu dispozițiile Regulamentelor Consiliului nr. 1083/2006 și 1828/2006, respectiv Decizia Comisiei C/2011/476, interpretarea dată dispozițiilor legale cu privire la sarcina probei referitoare la existența și producerea unui prejudiciu prin astfel de nereguli constatate în cadrul derulării unei proceduri de achiziție publică, nu poate fi reținută, fiind în afara scopului acestor reglementări și al încheierii contractului de finanțare între părți, în caz contrar, ar fi lipsită de esență obligația statului de a recupera fondurile acordate care nu sunt eligibile în cadrul unor proceduri de atribuire desfășurate cu nerespectarea dispozițiilor în materie de achiziții publice, fiind încălcate principiile liberei concurențe și al egalității de tratament între posibili ofertanți la aceste proceduri, dar și impunerea autorităților de management a unor sarcini imposibile în astfel de cazuri, respectiv obligația de a proba ipotetic certitudinea producerii unui astfel de prejudiciu, deși dispozițiile legale și comunitare/europene menționate anterior nu impun o asemenea cerință suplimentară.

În concluzie, raportat la prevederile contractuale și legale mai sus menționate, atâta timp cât beneficiarii fondurilor europene nerambursabile, încalcă dispozițiile legale în materia achizițiilor publice în implementarea proiectului, bugetul Uniunii Europene și cel național aferent acestuia este prejudiciat, sens în care se impune aplicarea unor corecții financiare, motiv pentru care solicită să înlăturați susținerile prezentate de către reclamantă la acest punct.

În ceea ce privește susținerile reclamantei referitoare la cerințele din Fisa de date a achiziției Secțiunea IV.4.1 și IV.4.6 - informații privind experiența similară, arată următoarele:

Potrivit prevederilor art. 188 alin. 3 din OUG nr. 34/2006, în forma pe care acest act normativ o avea la data lansării licitației „în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele;

a) o lista a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați. Prestările de servicii se confirmă prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar, în cazul în care beneficiarul este un client privat și, din motive obiective, operatorul economic nu are posibilitatea obținerii unei certificări/confirmări din partea acestuia, demonstrarea prestărilor de servicii se realizează printr-o declarație a operatorului economic".

Din textul legal anterior citat, rezultă că pentru dovedirea capacității tehnice și/sau profesionale, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita o listă a serviciilor prestate în ultimii 3 ani, însoțită de certificări. Cu alte cuvinte, dreptul autorității contractante se rezumă numai la solicitarea listei cu lucrările prestate și la nimic mai mult. Legiuitorul a stabilit în sarcina autorității contractante atât dreptul de a solicita respectiva listă, cât și obligația de a nu impune alte cerințe, criteriile de clarificare care ar limita accesul la procedura de licitație. Prin urmare, legiuitorul a menționat clar și expres faptul că autoritatea contractantă are dreptul de a solicita o listă a prestărilor de servicii, care se confirmă prin prezentarea unor certificate. Astfel, prin menționarea articolului nehotărât *unor*, legiuitorul a subliniat caracterul nedeterminat al substantivului certificate/documente pe care ofertantul are dreptul/libertatea de a le prezenta în sprijinul îndeplinirii cerinței solicitate. În concluzie, întrucât legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă.

În ceea ce privește experiența profesională generală, precum și cea specifică în audit financiar, solicită a se avea în vedere prevederile art. 188 alin. 3 din OUG nr. 34/2006, în forma pe care acest act normativ o avea la data lansării licitației „în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

a) o listă a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați. Prestările de servicii se confirmă prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar. În cazul în care beneficiarul este un client privat și, din motive obiective, operatorul economic nu are posibilitatea obținerii unei certificări/confirmări din partea acestuia, demonstrarea prestărilor de servicii se realizează printr-o declarație a operatorului economic;

b) informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru îndeplinirea contractului de servicii.

Astfel, apreciază că pentru dovedirea capacității tehnice și/sau profesionale, reclamanta avea dreptul de a solicita o listă a serviciilor prestate în ultimii 3 ani, însoțită de certificări. De asemenea, dreptul autorității contractante se rezumă la solicitarea unor informații cu privire la pregătirea profesională și nu la impunerea unor anumite condiții de vechime generală și specială.

Mai mult decât atât, în condițiile în care un auditor putea face dovada cu lista principalelor prestații din ultimii 3 ani și a faptului că este membru al CAFR, acesta îndeplinea condițiile prevăzute de lege pentru a putea presta un anumit serviciu, respectiv avea competența, calificarea și pregătirea profesională de a efectua misiuni de audit financiar. În condițiile în care autoritatea contractantă considera că simpla îndeplinire a condițiilor legale pentru exercitarea activității de auditor nu este suficientă pentru satisfacerea exigențelor sale, aceasta avea obligația prevăzută de art. 8 alin. (2) din HG nr. 925/2006 de a motiva impunerea unor cerințe de calificare suplimentare față de cele legale. Afirmările reclamantei referitoare la experiența profesională, în sensul că „specificul contractului ce urma să fie atribuit impunea ca Autoritatea . Contractantă să se asigure că va colabora cu un operator economic a cărui experiență în domeniul proiectelor cu finanțare externă era suficient de 5. consistentă " nu sunt de natură să reprezinte o motivare pentru derogarea de la cadrul legal general.

De asemenea, apreciază că susținerile reclamantei referitoare la controlul efectuat de ANRMAP exced cadrului legal, respectiv contractual și nu justifică cerințele minime de calificare, ce sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urma să fie atribuit, nu justifică neîndeplinirea obligațiilor contractuale asumate și nu constituie proba care să susțină eligibilitatea costurilor.

Învederează faptul că verificările efectuate de către echipa de control din cadrul MDRAP au altă bază legală decât "controlul" exercitat de ANRMAP la publicarea în SEAP și altă întindere, acestea neputând sub nicio formă să se excludă reciproc. Este de subliniat faptul că reclamanta a cunoscut și și-a asumat prin încheierea contractului toate drepturile și obligațiile aferente acestuia, cunoscând foarte bine verificările care se fac asupra modului de implementare. Mai mult, abia din data de 08.08.2013, după intrarea în vigoare a HG nr. 801/2011 pentru modificarea și completarea H.G. nr. 525/2007 privind organizarea și funcționarea ANRMAP au apărut reglementări în sensul verificării documentației de atribuire.

De asemenea, apreciază că acest "control" exercitat de către ANRMAP nu este absolut, întrucât art. 49 din OUG nr. 34/2006, la alin. 25 prevede:

"(2J) Nedetectarea erorilor prevăzute la alin. (22) în procesul de verificare nu afectează dreptul Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice de a sancționa, pe parcursul activității de supraveghere, faptele prevăzute la art. 293".

De asemenea, solicită instanței să aibă în vedere prevederile art. 32 "din HG nr. 457/2008 privind cadrul instituțional de coordonare și de gestionare a instrumentelor structurale, potrivit cărora "(1) în cazul în care autoritatea de management consideră că au existat încălcări ale legislației comunitare sau naționale privind achizițiile publice, aceasta stabilește și aplică corecții financiare, în condițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

(2) în exercitarea atribuției prevăzute la alin. (1). autoritatea de management nu este condiționată în luarea deciziilor de activitățile desfășurate de ANRMAP și UCVAP potrivit dispozițiilor art. 322 și 323.

Potrivit prevederilor art. 178 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare:

"Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/ sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire".

Potrivit prevederilor art. 21 din OUG nr. 75/1999 privind activitatea de audit financiar, în forma pe care actul normativ o avea la data lansării procedurii de licitație, „Auditul intern reprezintă activitatea de examinare obiectivă a ansamblului activităților entității economice în scopul furnizării unei evaluări independente a managementului riscului, controlului și proceselor de conducere a acestuia”.

Articolul 22 din OUG nr. 75/1999 dispune „Auditul intern are drept obiective:

- verificarea conformității activităților din entitatea economică audiată cu politicile, programele și managementul acestuia, în conformitate cu prevederile legale
- evaluarea gradului de adecvare și aplicare a controalelor financiare și nefinanciare dispuse și efectuate de către conducerea unității în scopul creșterii eficienței activității entității economice;
- c) evaluarea gradului de adecvare a datelor/informațiilor financiare și ne financiare destinate conducerii pentru cunoașterea realității din entitatea economică;
- d) protejarea elementelor patrimoniale bilanțiere și extrabilanțiere și identificarea metodelor de prevenire a fraudelor și pierderilor de orice fel”.

Din coroborarea textelor legale citate mai sus, rezultă că activitatea de audit vizează verificarea conformității activităților entității economice auditate cu legislația aplicabilă, respectiv legislația națională. Conform atribuțiilor enumerate de art. 22 din OUG nr. 75/1999, auditul intern verifică conformitatea activităților entității auditate în conformitate cu prevederile legale. Ori, HG nr. 759/2007 reprezintă un act normativ din cadrul legislației naționale, cu impact asupra activității entității auditate, motiv pentru care orice auditor autorizat are obligația de a-1 cunoaște și aplica.

De asemenea, auditorul autorizat poate face dovada îndeplinirii unor cerințe de experiență și pregătire profesională. Cât privește afirmația „derularea unor proiecte cu finanțare externă implică proceduri și metodologii specifice fiecărui program, care trebuie tratate într-un summum integrat cu legislația națională”, apreciază că aceasta nu este relevantă pentru următoarele considerente: Potrivit Regulamentului de Organizare a Camerei Auditorilor Financiar, precum și a normelor de autorizare a auditorilor interni, auditorii au obligația să-și îmbunătățească cunoștințele, priceperea și alte competențe necesare prin pregătire profesională continuă.

Potrivit prevederilor pct. 11.3.3. din Ghidul Solicitantului, o cheltuială poate fi considerată eligibilă dacă îndeplinește cumulativ următoarele condiții: este efectiv plătită între ianuarie 2007 și 31 decembrie 2015; este însoțită de facturi, în conformitate cu prevederile legislației naționale; este în conformitate cu prevederile Contractului de finanțare; este conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare, în special în ceea ce privește regimul achizițiilor publice, prin respectarea OUG nr. 34/2006; lista cheltuielilor eligibile este realizată în baza HG nr. 759/2007 și Ordinului comun al ministrului dezvoltării, lucrărilor publice și locuințelor și ministrului economiei și finanțelor nr. 607/914/2007.

Conform prevederilor art. 9 din contractul de finanțare, în scopul atribuirii contractelor de servicii necesare implementării proiectului ce face obiectul contractului, beneficiarul are obligația de a respecta legislația națională în domeniul achizițiilor publice, precum și obligația de a utiliza un sistem contabil distinct, conform prevederilor legislației naționale.

Din coroborarea celor de mai sus, rezultă că orice auditor care este autorizat are pregătirea și cunoștințele necesare pentru a verifica conformitatea implementării proiectului de către UATJ Sălaj cu legislația națională. Din prevederile legale și contractuale enunțate nu rezultă faptul că prin Contractul de finanțare se impun beneficiarilor alte obligații legale sau de altă natură care să excedă cadrului legal național și care să necesite cunoștințe speciale din partea prestatorilor de servicii.

Față de cele de mai sus, apreciază că impunerea ca și criteriu minim ție calificare a dovezii auditării unor proiecte finanțate din fonduri externe nerambursabile este restrictivă, întrucât orice operator economic care este autorizat legal în domeniul specific obiectului contractului trebuie să aibă dreptul de a participa la o procedură de licitație în condiții de concurență liberă. Prin urmare, lipsa cunoașterii legislației europene nu reprezintă „o cheltuială ineficientă și nejustificată din punct de vedere economic”, în schimb necunoașterea legislației naționale de către auditorul financiar este de natură să creeze prejudicii autorității contractante.

Din probele administrate în cauză, Curtea reține următoarele:

Organele abilitate ale pârâtei din cadrul Direcției Generale constatare și stabilire nereguli fonduri europene, fundamentat pe prevederile O.U.G. nr. 66/2011, au desfășurat un control ce a avut ca obiect verificarea aspectelor sesizate prin adresa Serviciului verificare conformitate programe și gestionare nereguli nr. VT- 24470/26.03.2013, cu privire la recomandarea de către DGAM- POR-UGNFE, care face referire la suspiciuni de neregulă în implementarea proiectului cu titlul "Reabilitarea drumului Ciucea-Crasna-Vârsolt" - beneficiar fiind reclamantul Județul Sălaj cu privire la achiziționarea contractului de servicii de audit nr.4702/ 18.05.2009 încheiat cu SC CAZACUS EXPERT SRL. Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 56776/15.07.2013 s-a aplicat corecția financiară de 10% din valoarea contractului de servicii de audit amintite mai sus, valoarea creanței bugetare stabilită conform pct.2.3 din Anexa la OUG nr.66/2011 fiind de 4.399 lei.

1. Susține reclamantul că actul administrativ contestat este nelegal întrucât a fost dat cu aplicarea eronată a legii nefiind în prezența unor *nereguli* care să justifice aplicarea corecțiilor financiare.

Potrivit art.2 alin.1 din OUG nr.66/2011, prin *neregulă* se înțelege orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit.

În speță, Curtea constată că în derularea activității de atribuire a contractului în litigiu, organele abilitate ale pârâtei au sesizat existența unor abateri de la legalitate în raport de dispozițiile naționale referitoare la achizițiile publice, care se încadrează conform anexei la ordonanță în categoria neregulilor reglementate de lege.

Prin urmare, neregulile constatate sunt abateri pentru care legiuitorul a impus stabilirea de corecții financiare, susținerile contrare fiind nefondate.

2. Curtea constată că în Fisa de date a achiziției - secțiunea V.4.1 *informații privind capacitatea profesională*, autoritatea contractantă a inserat drept condiții de eligibilitate:

- *Personal minim:*

a) *Un auditor financiar autorizat - cerințe diploma de studii superioare în științe economice, specializarea contabilitate sau finanțe; (...) auditor activ cu cel puțin 5 ani experiență profesională specifică în domeniul auditului financiar; trebuie să facă dovada **auditării operațiunilor financiare aferente a cel puțin 3 proiecte cu finanțarea externă nerambursabilă;***

b) *Un economist - cerințe: diploma de studii superioare în științe economice, economist cu **cel puțin 5 ani experiență profesională generală și cel puțin 3 ani experiență profesională specifică (...)***

Cât privește criteriul *Lista principalelor prestații în ultimii 3 ani*, în Fișa de date a achiziției, la cap. IV. 4.5, 4.6, autoritatea contractantă a înscris cerința minimă *se va prezenta lista cuprinzând cel mult 3*

contracte similare, ce au avut ca obiect auditarea unor proiecte cu finanțare externă nerambursabilă, îndeplinite în decursul ultimilor 3 ani.

Potrivit dispozițiilor art. 188 alin. 3 din OUG nr. 34/2006, în forma în Rigoare la data licitației, în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul *verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților*, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

a) o listă a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați. Prestările de servicii se confirmă prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar, în cazul în care beneficiarul este un client privat și, din motive obiective, operatorul economic nu are posibilitatea obținerii unei certificări/confirmări din partea acestuia, demonstrarea prestărilor de servicii se realizează printr-o declarație a operatorului economic.

Se poate conchide, așadar, că pentru dovedirea capacității tehnice și/sau profesionale, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita o listă a serviciilor prestate în ultimii 3 ani, însoțită de certificări. Altfel spus, acest drept al autorității contractante, consfințit prin dispozițiile legale enunțate anterior, presupune doar solicitarea listei cu lucrările prestate fără a-i fi îngăduit să adauge alte criterii sau cerințe care poate denatura libera concurență sau care ar limita accesul la procedura de achiziție publică derulată.

Se poate observa, așadar, că legiuitorul a permis autorității contractante să solicite participanților date referitoare la experiența similară, fără a limita numărul serviciilor solicitate drept experiență similară, însă, nu a permis stabilirea altor cerințe precum cea din speță: să *facă dovada auditării operațiunilor financiare aferente a cel puțin 3 proiecte cu finanțarea externă nerambursabilă.*

Cât privește *experiența profesională generală, precum și cea specifică* în audit financiar, Curtea reamintește că potrivit art. 188 alin. 3 lit.a și d din OUG nr. 34/2006, în forma aplicabilă în speță, în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

a) o listă a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați. Prestările de servicii se confirmă prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar. În cazul în care beneficiarul este un client privat și, din motive obiective, operatorul economic nu are posibilitatea obținerii unei certificări/confirmări din partea acestuia, demonstrarea prestărilor de servicii se realizează printr-o declarație a operatorului economic;

b) informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru îndeplinirea contractului de servicii.

Rezultă, așadar, că pentru dovedirea capacității tehnice și/sau profesionale, reclamanta avea dreptul de a solicita o listă a serviciilor prestate în ultimii 3 ani, însoțită de certificări, dreptul autorității contractante rezumându-se la solicitarea unor informații cu privire la pregătirea profesională și impunerea unor anumite condiții de vechime generală și specială.

Cum în speță autoritatea contractantă a stabilit drept cerință obligatorie cea a *auditării operațiunilor financiare aferente a cel puțin 3 proiecte cu finanțare externă nerambursabilă și cel puțin 5 ani experiență profesională generală și cel puțin 3 ani experiență profesională specifică*, autoritatea contractantă a nesocotit dispozițiile legale incidente cauzei, mai sus amintite.

Apărările reclamantului referitoare la experiența profesională impusă ofertanților - „*specificul contractului ce urma să fie atribuit impunea ca Autoritatea Contractantă să se asigure că va colabora cu un operator economic a cărui experiență în domeniul proiectelor cu finanțare externă era suficient de consistentă*”

- nu pot fi reținute de instanță la soluționarea cauzei întrucât nu conțin elemente care coroborate cu alte probe să justifice încălcarea dispozițiilor legale prin restrângerea cerințelor minime stabilite, justificate de anumite necesități ale autorității contractante.

Curtea reamintește că potrivit art.8 alin.2 din HG nr.925/2006, atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin.1 din ordonanță de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul de achiziție. În speță, Curtea constată că în cuprinsul Notei justificative privind stabilirea cerințelor minime de atribuire a contractului nr. 4702/18.05.2009, autoritatea contractantă nu a justificat în nici un fel introducerea cerințelor restrictive, ba mai mult nici nu le-a menționat.

Nici chiar apărările referitoare la concluziile controlului efectuat de către ANRMAP nu pot conduce la soluția urmărită de către reclamant. Astfel, Curtea constată că potrivit art.32¹ din HG nr.457/2008, în exercitarea atribuțiilor sale, autoritatea de management nu este condiționată în luarea deciziilor de activitățile desfășurate de ANRMAP și UCVAP potrivit dispozițiilor 322 și 323. Se poate conchide, prin urmare, că impunerea ca și criteriu minim de calificare a dovezii auditării unor proiecte finanțate din fonduri externe nerambursabile este restrictivă câtă vreme orice operator economic care este autorizat legal în domeniul specific obiectului contractului trebuie să aibă dreptul de a participa la o procedură de achiziție publică în condiții de concurență liberă.

Așadar, eventuala necunoaștere a legislației europene sau neparticiparea în ultimii 3 ani la proceduri derulate din fonduri europene nerambursabile nu poate fi calificată drept o cheltuială ineficientă și nejustificată din punct de vedere economic astfel cum aceasta este definită în Ghidul solicitantului care să justifice includerea unor cerințe minime restrictive. În consecință, întrucât autoritatea contractantă a impus drept cerințe obligatorii alte criterii decât cele prevăzute de lege, autoritatea contractantă a încălcat prevederile OUG nr.34/2006, sancțiunea aplicării corecțiilor financiare impunându-se. În raport de natura neregulilor constatate și de numărul acestora instanța apreciază că sancțiunea aplicată este o măsură adecvată necesară și corespunzătoare scopului pentru care a fost edictată. Pentru toate aceste considerente, Curtea va aprecia acțiunea reclamantului ca fiind nefondată iar în temeiul art. 18 din Legea nr.554/2004 o va respinge.

PENTRU ACESTE MOTIVE IN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul JUDEȚUL SĂLAJ PRIN PREȘEDINTELE CONSILIULUI JUDEȚEAN SĂLAJ, cu sediul în Zalău, , județul Sălaj, cod fiscal 4494764, reprezentat prin Președintele Consiliului Județean Sălaj în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, cu sediul în București, , sector 5, cod poștal 050741 având ca obiect anulare act administrativ.

Cu drept de recurs in termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din 03.03.2014.

Dosar nr. 282/33/2013

CURTEA DE APEL CLUJ
SECȚIA a II-a CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 337/2013
Ședința publică din data de 27 mai 2013

S-a luat în examinare acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul JUDEȚUL SĂLAJ PRIN PREȘEDINTELE CONSILIULUI JUDEȚEAN SĂLAJ, în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, având ca obiect anulare acte emise de autoritățile de reglementare - Notă constatare nereguli și Decizia nr. 5/2013.

La apelul nominal făcut în cauză se prezintă pentru reclamant, consilier juridic C.A. Procedura de citare este legal îndeplinită. Acțiunea promovată este timbrată cu 4 lei taxă judiciară de timbru și timbru judiciar de 0,3 lei. S-a făcut referatul cauzei, după care se constată că, în data de 13.05.2013 s-a înregistrat la dosar din partea reclamantului un înscris prin care răspunde adresei instanței din data de 1.03.2013, însoțit de înscrisuri în probațiune și dovezile ce atestă plata taxelor de timbru datorate. În data de 17.04.2013, s-a înregistrat la dosar întâmpinare din partea pârâtului, prin care solicită respingerea cererii de chemare în judecată și judecarea cauzei în lipsă în baza dispozițiilor art. 223 NCP, însoțită de înscrisurile care au stat la baza emiterii actelor contestate, întâmpinare care a fost comunicată cu reclamantul la data de 15.04.2013. De asemenea, în data de 29.04.2013, s-a înregistrat la dosar răspuns la întâmpinare din partea reclamantului.

Curtea în exercitarea prerogativelor instituite prin dispozițiile art. 131 N.C.P.C. constată că fundamentat pe dispozițiile art. 51 din O.U.G. nr. 66/2011 în aplicarea art. 10 din Legea nr. 554/2004 la care face trimitere art. 51 este competentă general, material și teritorial în a soluționa prezenta acțiune. Reprezentantul reclamantului solicită amânarea cauzei, întrucât în data de 31.05.2013 s-a convocat ședința ordinară a Consiliului Județean Sălaj, în care pe ordinea de zi la punctul 5 are Proiectul de hotărâre privind aprobarea contractării de servicii juridice de asistență și reprezentare în instanță, în litigiile având ca obiect corecții financiare, aplicate Județului Sălaj pentru proiecte finanțate din fonduri ale Uniunii Europene, fiind aplicate un număr de 7 corecții financiare.

Curtea, în urma deliberării, constată că pentru această cauză procedura prealabilă a fost deja parcursă și având în vedere că la acest moment s-a asigurat reprezentarea entității reclamante și că, nu există o altă hotărâre de Consiliu Județean în acest sens, respinge cererea de amânare. Reprezentantul reclamantului arată că nu mai are de formulat alte cereri în probațiune. Curtea constată că nu se impune evaluarea duratei procedurii, declară închisă etapa de cercetare, declară deschisă etapa dezbaterilor în fond și acordă cuvântul reprezentantului reclamantului în dezbateri judiciare pe fondul cauzei.

Reprezentantul reclamantului JUDEȚUL SĂLAJ PRIN PREȘEDINTELE CONSILIULUI JUDEȚEAN SĂLAJ, consilier juridic C.A. solicită admiterea acțiunii așa cum a fost formulată, pentru motivele detaliate pe larg în cererea de chemare în judecată și în răspunsul la întâmpinare. Potrivit art. 50 alin. 1 din O.U.G. nr. 66/2011, autoritatea publică emitentă a titlului de creanță trebuia să se pronunțe prin decizie motivată cu privire la contestația formulată împotriva Notei de contestare a neregulilor, singurele aspecte consemnate riguros în decizia au fost argumentele autorității contractante, fără vreo motivare coerentă legală de înlăturare a rațiunilor reclamantului, jurisprudența comunitară reținând că, o motivare insuficientă, echivalează cu însuși lipsa motivării actelor, ducând la constatarea nulității sau nevalabilității actelor, Comisia de soluționare a contestațiilor sustrăgându-se în mod vădit de la obligația de motivare a deciziei de respingerea a contestației.

Echipa de control nu a constatat existența unor sume plătite necuvenit, ci existența unei abateri în materia achiziției publice, ori în această situație ar fi fost util solicitarea punctului de vedere a instituțiilor specializate în achiziții publice, respectiv ANRMAP ȘI UCVP, care au competență legală în acest sens, însă nu li s-a luat punctul de vedere, corecțiile aplicate fiind date cu încălcarea dispozițiilor O.U.G. nr. 66/2011. În aprilie 2012 a fost depusă noua cerere de rambursare, cererea de rambursare nr. 11 s-a rambursat, fără aplicarea corecției, au fost rambursate cheltuielile în integralitatea lor după care s-a emis Nota de constare. Art. 122, permite modificarea contractului, modificarea cheltuielilor pe motive de imprevizibilitate, prin actul adițional nu s-a adus o modificare valorică esențială, valoarea actului adițional este relativ redusă, respectiv 3% din valoarea contractului de lucrări, explicația fiind cel puțin ilară, "s-a încheiat contractul de achiziție publică într-o necunoaștere de cauză".

Raportat la Nota de constare și la Decizia nr. 5 susține că sunt un veritabil abuz. Nicăieri nu se specifică că, contractul de finanțare s-a încheiat în 2009, care include un proiect tehnic verificat de "n" ori de către specialiștii ministerului. Susține că, indiferent de problema dedusă judecătii nu s-a explicat ce reprezintă corecțiile financiare aplicate, este o sancțiune contravențională ori, în O.U.G. nr. 66/2011, nu este prevăzută nici unde o astfel de sancțiune. Nelegalitatea clauzei de imprevizibilitate din Nota de constatare nu a fost fundamentată sub nici o formă.

CURTEA

Prin acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul JUDEȚUL SĂLAJ PRIN PREȘEDINTELE CONSILIULUI JUDEȚEAN SĂLAJ, în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, se solicită anularea Deciziei nr. 5 din 08.01.2013, emise de Comisia de Soluționare a Contestației din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice; anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 85554 din 14.11.2012, emise de Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice.

În motivare se arată că prin Decizia nr. 5 din 08.01.2013, Comisia de soluționare a contestației a respins contestația formulată de Județul Sălaj împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 85554 din 14.11.2012, emise de Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene. Potrivit dispozițiilor art. 50 alin. 1 din OUG nr. 66/2011, „autoritatea publică emitentă a titlului de creanță în aplicarea prevederilor art. 21 se va pronunța prin decizie motivată cu privire la admiterea, în tot sau în parte, a contestației sau la respingerea ei, în termen de 30 de zile de la data înregistrării contestației sau a completării acesteia conform art. 48 alin. (1), după caz”.

În speță însă, Decizia nr. 05/08.01.2013 nu conține nici o mențiune cu privire la rațiunea pentru care susținerile beneficiarului, exprimate prin Contestația nr. 13.922/11.12.2012 împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 85554 din 14.11.2012, precum și anterior, prin punctul de vedere transmis, au fost complet înlăturate și/sau nu au fost în măsură să lămurească Comisia de soluționare a contestației cu privire la starea de fapt existentă. Practic, singurele aspecte care sunt consemnate „în mod riguros” în decizia atacată sunt argumentele autorității contractante, redate literal astfel cum acestea au fost prezentate în cadrul contestației formulate, fără vreo motivare coerentă legată de rațiunea înlăturării lor.

Or, în acest sens, jurisprudența comunitară a reținut că o motivare insuficientă sau greșită este echivalentă cu însăși lipsa motivării actelor, ducând la constatarea nulității sau nevalabilității actelor comunitare (C 195/80, Michele c/a Parlamentului din 26 noiembrie 1981 în ECR 8, 1981). În

acest context curtea poate și trebuie să facă obiecții în proprie inițiativă la orice deficiență a motivației.

Comisia de soluționare a contestației se sustrage în mod vădit de la obligația de a motiva în mod responsabil decizia sa de respingere a contestației. Prin Decizia contestată se induce ideea că aspectele reținute de către Direcția de control pot fi ridicate la nivel de adevăr absolut de către Comisia de Soluționare a Contestațiilor, nefiind supuse nici unui control de legalitate, misiunea analizării legalității sesizării Serviciului Verificare Conformitate Programe și Gestionare Nereguli și a Notei de constatare fiind plasată în sarcina instanței de judecată.

Potrivit prevederilor art. 10 alin. 1 din cadrul Normelor metodologice de aplicare a prevederilor OUG nr. 66/2011, structurile de control sau autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene pot solicita puncte de vedere ori informații oricăror alte entități publice sau structuri de specialitate, în vederea stabilirii stării de fapt reale care a atras suspiciuni cu privire la utilizarea legală a fondurilor europene. Din aceste prevederi rezultă faptul că structurile de control au obligația de a efectua toate investigațiile în vederea determinării precise a stării de fapt. Din analiza situației existente este evidentă intenția Direcției de control de a aplica corecții financiare Autorității Contractante, în speță Județul Sălaj. Așa cum reține și Comisia de Soluționare a Contestației prin Decizia contestată, "Echipa de control nu a constatat existența unor sume plătite necuvenit ci existența unei abateri în materia achizițiilor publice..." , motiv pentru care în vederea soluționării corecte și legale a acestei situații ar fi fost util punctul de vedere al instituțiilor specializate în materia achizițiilor publice, respectiv ANRMAP și UCVAP, instituții care, potrivit prevederilor OUG nr. 30/2006 privind funcția de verificare a aspectelor procedurale aferente procesului de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, au competența legală de verificare a procedurilor de achiziții publice.

Din sintagma reținută de Comisia de soluționare a contestației, respectiv "Echipa de control nu a constatat existența unor sume plătite necuvenit ci existența unei abateri în materia achizițiilor publice...", rezultă că în cazul de speță corecțiile au fost aplicate în analiza situației de fapt și de drept, Comisia de soluționare a contestației omite să analizeze în totalitate actele normative relevante în cauză. Astfel, unul dintre principiile care guvernează OUG nr. 66/2011 se referă la o bună gestiune financiară bazată pe aplicarea principiilor economicității, eficacității și eficienței. Învederăm Onoratei Instanțe să țină cont de aceste aspecte care demonstrează inexistența unui prejudiciu adus bugetului Uniunii Europene.

În ceea ce privește un eventual prejudiciu generat de preținsele abateri de la utilizarea legală a fondurilor europene, Comisia de soluționare a contestației nu menționează niciun aspect privitor la existența vreunui prejudiciu sau respectiv la sume plătite necuvenit, aspect care conduce la concluzia că teza pe care organul de control trebuia să o dovedească pentru a putea aplica corecțiile financiare conform dispozițiilor legii speciale nu a fost dovedită.

Neîncadrarea în sfera prevederilor OUG nr. 66/2011 Definiția neregulii

Conform prevederilor art. 2 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 66/2011, neregula este definită ca orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate, în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia Bugetul Uniunii Europene / bugetele donatorilor publici internaționali și / sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit.

Din analiza definiției redată mai sus rezultă că sintagma în discuție presupune dovedirea cumulativă a următoarelor elemente: existența abaterilor de la legislația în materia achizițiilor publice ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului; existența prejudiciului adus bugetului Uniunii Europene; sumele plătite necuvenit.

În ceea ce privește abaterile, în cuprinsul Deciziei se indică o serie de texte de lege de a căror încălcare este considerată că s-ar face vinovată Autoritatea Contractantă însă, după cum arăta, pe lângă faptul că nu se motivează rațiunea pentru care nu au fost luate în considerare apărările oferite de Autoritatea Contractantă în Punctul de Vedere transmis și ulterior prin Contestația depusă, nici nu sunt coroborate pretensele nelegalități cu temeiul legal din cadrul OUG nr. 66/2011, pentru a putea aplica în mod legal sancțiunile / corecțiile financiare.

În ceea ce privește ultimele două teze ale definiției neregulii, Decizia atacată nu conține nici o motivare, nici în sensul existenței lor, nici în sensul dovedirii acestora. Raportat la pretinsul prejudiciu, actul administrativ emis nu prezintă vreo justificare nici cu privire la un prejudiciu actual, concret, nici referitor la iminența producerii unui prejudiciu în viitor. În ceea ce privește suma plătită necuvenit, art. 2 alin. (1) lit. u) din OUG nr. 66/2011 o definește ca fiind „o plată nedatorată, așa cum este aceasta prevăzută în dreptul civil, acordată unui beneficiar sau realizată în numele unui beneficiar, care provine din fonduri europene și/sau fonduri publice aferente acestora”.

În dreptul civil, plata nedatorată este tratată ca fiind executarea de către o persoană a unei obligații la care nu era ținută și pe care a făcut-o fără intenția de a plăti datoria altuia, în speță, fondurile rezultate din Contractul de finanțare nr. 606 / 16.12.2009, cod SMIS 1925, pentru proiectul cu titlul „Restaurarea patrimoniului istoric și cultural al Consiliului Județean Sălaj - clădirile Centrului Militar Județean, Muzeul Județean de Istorie Zalău și Galeria de Artă „Ioan Sima”, au fost plătite ofertanților câștigători, cărora le-au fost atribuite contracte de achiziție publică și care erau perfect îndreptățiți la încasarea sumelor în discuție.

Condițiile care trebuie îndeplinite pentru dovedirea plății nedatorate sunt: existența unei plăți în sens obiectiv; datoria în vederea căreia s-a efectuat plata să nu existe din punct de vedere juridic; plata să fi fost făcută din eroare. După cum se poate observa, în cazul de față, singura condiție existentă din cele expuse mai sus este că prestația în discuție a reprezentat într-adevăr o plată, deoarece ultimele două nu pot fi reținute, atâta vreme cât raportul juridic care a stat la baza prestațiilor Autorității Contractante a fost generat de contractele de achiziție publică încheiate, ce au determinat în concret natura și întinderea drepturilor și obligațiilor părților contractante.

În cuprinsul Deciziei contestate nu se menționează nici un aspect privitor la existența vreunui prejudiciu sau respectiv la existența unor sume plătite necuvenit, aspect care conduce la concluzia inexistenței aspectului principal pe care organul de control trebuia să îl dovedească pentru a putea aplica corecțiile financiare conform dispozițiilor legale. De altfel, potrivit regulilor de drept, nimănui nu-i este îngăduit să se prevaleze de propria culpă pentru a valorifica un drept, invocând nerespectarea de către el însuși a unor norme legale. Potrivit art. 5 din OUG nr. 66/2011, Autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația „b) luării tuturor măsurilor necesare prevenirii neregulilor și fraudelor, inclusiv prin activități ce constau în informarea corectă și la timp a beneficiarilor asupra riscului producerii de nereguli și fraude, în special, în ceea ce privește indiciile de fraudă”.

Astfel, solicită să se țină cont de următoarele aspecte: 1. Actul Adițional nr. 2 la Contractul de execuție lucrări nr. 6133 / 02.06.2010 a fost încheiat în data de 30.11.2011; 2. Durata Actului Adițional mai sus amintit s-a finalizat, lucrările care au făcut obiectul acestuia au fost realizate, recepționate și plătite. Documentele incriminate, care au stat la baza încheierii acestui act

adițional, au fost transmise și verificate de către Organismul Intermediar și AM POR, iar cheltuielile care au făcut obiectul acestuia au fost rambursate în totalitate. Este inadmisibil ca, după un an, documentații transmise și verificate să fie supuse unor noi verificări, constatându-se că au fost „erori” în timpul procedurilor de achiziție publică ce au condus la "prejudicierea Bugetului Uniunii Europene".

Nota de constatare a neregulilor și stabilirea corecțiilor financiare a fost emisă în baza sesizării Serviciului Verificare Programe și Gestionare Nereguli nr. VT 67931 / 13.09.2012. Prin acest act de control sunt reținute numai „constatări cu implicații financiare cu privire la încălcarea normativelor legale în materia achizițiilor publice la atribuirea Actului Adiționat nr. 2 la Contractul de execuție lucrări nr. 6133 din 02.06.2010 încheiat de UAT Sălaj cu Asocieria formată din SC Construcții Erbașu S.A., SC Consinit SRL și SC Alsecon SRL. "

În afară de faptul că prin actul contestat nu se demonstrează și nu se probează care sunt implicațiile financiare imputabile județului Sălaj, potrivit prevederilor OUG nr. 30/2006 privind funcția de verificare a aspectelor procedurale aferente procesului de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, competența de verificare și încălcare a „normativelor legale în materia achizițiilor publice” revine ANRMAP și UCVAP. OUG nr. 30/2006: „ART. 1 (1) Se desemnează Ministerul Finanțelor Publice ca organ de specialitate al administrației publice centrale responsabil pentru îndeplinirea funcției de verificare a aspectelor procedurale aferente procesului de atribuire a contractelor care intră sub incidența legislației privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii.

Art. 4 (6) Pe parcursul derulării activității de verificare, observatorii au dreptul să consulte Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, prin intermediul UCVAP. Punctul de vedere emis de Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice reprezintă interpretarea oficială a legislației din domeniul achizițiilor publice și va fi pus în aplicare de către observatori."

Din analiza cele două texte de lege invocate mai sus rezultă faptul că Nota de Constatare a fost emisă cu încălcarea prevederilor legale. Un prim aspect esențial față de aceste susțineri este acela că, potrivit OUG nr. 66/2011, pentru aplicarea unor corecții financiare de către MDRAP trebuie să existe o neregulă prin care să se fi produs un prejudiciu cert bugetului Uniunii Europene, iar un alt aspect important este acela că pentru constatarea încălcării procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții există instituții specializate înființate special în acest scop și care sunt singurele ce dispun de cadrul legal pentru a sancționa contravențional încălcarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice.

Temeiul legal în baza căruia a fost emisă prezenta Notă de Constatare este OUG nr. 66/2011. Potrivit acestui act normativ, sunt sancționate prin aplicarea de corecții financiare exclusiv faptele încadrate ca abateri în Anexele nr. 1 și 2. Ori, în cazul de speță nici măcar nu se încadrează presupusa abatere în prevederile Anexelor nr. 1 și 2 din Ordonanță, pentru a ne edifica cu privire la prevederile legale încălcate. Întreaga Notă de Constatare și corecția aplicată se întemeiază pe opinia Serviciului Verificare Programe și Gestionare Nereguli și nu pe date sau fapte concrete. În concluzie, dat fiind faptul că în dreptul administrativ sarcina probei revine întotdeauna organului abilitat de lege pentru aplicarea sancțiunii, atâta timp cât Direcția de Constatare nu a dovedit întrunirea elementelor prevăzute de lege pentru existența vreunei nereguli, se impune anularea actului administrativ ca fiind emis în mod nelegal.

Cu privire la fondul cauzei

Referitor la actul adițional nr. 2 la contractul de execuție lucrări nr. 6133/02.06.2010, încheiat cu asocierea formată din S.C. Construcții Erbașu S.A, S.C. Consinit SRL și S.C. Alsecon SRL. Lucrările suplimentare care fac obiectul Actului Adițional nr. 2 sunt calificate, cu multă ușurință și nejustificat, în Notă și Decizia contestată ca neavând un caracter imprevizibil, ele reprezentând „omisiuni de proiectare”, neținându-se seama de următoarele aspecte: perioada de timp îndelungată parcursă din momentul elaborării documentației tehnice de către Proiectant până la începerea efectivă a lucrărilor, perioadă în care starea de degradare a acestor clădiri de patrimoniu s-a accentuat considerabil; circumstanțele specifice și speciale în care se desfășoară lucrările de intervenție la clădiri de patrimoniu, structuri istorice. După cum bine s-a observat în Notă, orice expertiză tehnică care stă la baza unor asemenea lucrări se bazează pe sondaje și testări, nu pe cercetări exhaustive, care să elimine complet problemele de rezistență și consolidare ce pot apărea în cazul unui asemenea imobil în timpul execuției; regimul militar de funcționare a clădirii pe perioada elaborării documentației tehnice a făcut imposibil accesul în unele părți/sectoare ale acesteia, mai ales în zonele operaționale active; inundațiile din luna august 2010, cele mai grave care au avut loc în Municipiul Zalău în ultimii 50 de ani, inundații care au afectat grav subsolul Muzeului Județean de Istorie și Artă, respectiv locul unde trebuia amplasată noua centrală termică. Apa a ajuns în încăperea centralei până la o înălțime de aproximativ 2 metri. Astfel, pentru a se evita riscul amplasării noii centrale într-un loc inundabil s-a impus ca necesară o nouă soluție de amplasare. Prezența unor inundații de o asemenea amploare era imposibil de prevăzut la momentul proiectării.

Legalitatea și corectitudinea abordării acestor lucrări ca lucrări suplimentare de către Autoritatea Contractantă și justețea calificării lor ca eligibile printr-un Act Adițional este în acest moment dovedită și de viziunea procedurală pe care o are Autoritatea de Management față de abordarea lucrărilor suplimentare.

Astfel, prin Instrucțiunea nr. 92 / 31.08.2012 se reglementează și se clarifică modul / procedurile de abordare a lucrărilor suplimentare pentru buna finalizare a contractelor de finanțare. În speță, la punctul 15 lit. a din Instrucțiunea mai sus amintită se menționează: pentru situațiile în care se constată că sunt necesare lucrări suplimentare pentru buna implementare a contractelor de finanțare se va proceda astfel: „Pentru situația în care lucrările suplimentare sunt rezultatul calamităților naturale dovedite, descoperirilor arheologice și/sau a unor lucrări ascunse care nu au putut fi prevăzute ca urmare a investigațiilor tehnice care au stat la baza proiectului și care au fost întreprinse în conformitate cu normativele în vigoare și care sunt acceptate de Autoritatea de Management, după ce au fost aplicate prevederile art. 122 lit. i) negocierea fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare din OUG nr. 34/2006 pentru încheierea actului adițional, se pot deconta din bugetul proiectului de la capitolul diverse și neprevăzute”.

La orice investiție care presupune lucrări de reabilitare și în mod special la clădirile de patrimoniu și structuri istorice, proiectantul este expus unor limite obiective tehnice în investigațiile și evaluările făcute, care nu pot fi tratate în maniera simplistă din actul de control ca „omisiuni de proiectare”. Lucrările calificate ca „omisiuni de proiectare” sunt rezultatul exclusiv al constatărilor realizate ca urmare a demarării lucrărilor de execuție prin care au fost evidențiate aspecte necunoscute și imposibil de cunoscut la momentul elaborării documentației tehnice, chiar de către un proiectant experimentat.

Așa cum a precizat prin punctul de vedere și contestație, ar fi fost utilă și pertinentă soluționării prezentei situații consultarea de către instituțiile de control a unui expert atestat în domeniul proiectării și execuției lucrărilor la clădiri de patrimoniu, pentru a analiza structura și specificitatea lucrărilor incluse în Actul Adițional și a formula o opinie avizată față de calificarea acestora ca

lucrări ascunse, imprevizibile și deci, întru totul eligibile. La încheierea Actului Adițional nr. 2 a fost respectată procedura de achiziție reglementată de art. 122 lit. i) din OUG nr. 34/2006, act normativ ce reglementează cadrul legal în materia achizițiilor publice.

Art. 122 lit. i) din OUG nr. 34/2006 impune, în vederea aplicării acestei proceduri, îndeplinirea în mod cumulativ a unor condiții (care precizăm că au fost respectate în totalitate), respectiv: ART. 122 Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere față publicarea prealabilă a unui anunț de participare numai în următoarele cazuri: i) atunci când este necesară achiziționarea unor lucrări sau servicii suplimentare adiționale, care nu au fost incluse în contractul inițial, dar care datorită unor circumstanțe imprevizibile au devenit necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză, și numai dacă se respectă, în mod cumulativ, următoarele condiții: - atribuirea să fie făcută contractantului inițial; lucrările sau serviciile suplimentare/adiționale să nu poată fi, din punct de vedere tehnic și economic, separate de contractul inițial fără apariția unor inconveniente majore pentru autoritatea contractantă sau, deși separate de contractul inițial, să fie strict necesare în vederea îndeplinirii acestuia; valoarea cumulată a contractelor care vor fi atribuite și a actelor adiționale care vor fi încheiate pentru lucrări și/sau servicii suplimentare ori adiționale să nu depășească 20% din valoarea contractului inițial.

În cuprinsul Notei de Constatare este reținută ideea că aplicarea corecțiilor financiare este datorată "culpei" UAT Sălaj, care a încheiat Actul Adițional nr. 2 la Contractul de execuție de lucrări nr. 6133/02.06.2010 „fără competiția adecvată”. Din punct de vedere al prevederilor legale în domeniul achizițiilor publice este reglementată procedura de atribuire prin „Negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare”, care este aplicabilă în condițiile și situațiile impuse de lege. Procedura de atribuire aplicată a fost corectă și legală, ținând seama de situația ivită, neexistând opinii abilitate în acest sens care să infirme realitatea de fapt.

MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE SI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE prin întâmpinarea formulată solicită respingerea cererii de chemare în judecată de către Unitatea administrativ teritorială județul Sălaj (UATJ Sălaj) ca fiind neîntemeiată.

În motivare se arată că prin intermediul acțiunii, UAT Sălaj a solicitat anularea Deciziei nr. 5/08.01.2013 și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 85554/ 14.11.2012. În fapt, în baza Mandatului nr. 74343/05.10.2012 emis de Șeful Autorității de Management - Programul Operațional Regional, echipa de control, a procedat în perioada 19.10.2012-16.11.2012 (13.12.2012), la efectuarea verificării documentare a cazului de suspiciune de nereguli, care a vizat aspectele cu privire la încălcarea normativelor legale în materia achizițiilor publice, la atribuirea Actului adițional nr. 2 la contractul de lucrări nr. 6133/02.06.2010, semnalate în sesizarea Serviciului Verificare Conformitate Programe si Gestionare Nereguli nr. VT-67931/13.09.2012, deoarece „beneficiarul UAT jud. Sălaj nu a respectat condiția de imprevizibilitate impusă prin art 122 lit. i) din OUG nr. 34/2006 (incidență la momentul inițierii procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare), pentru lucrările suplimentare achiziționate de către UAT jud. Sălaj, prin încheierea cu SC CONSTRUCȚII ERBAȘU SA a actului adițional nr. 2 la contractul de execuție lucrări nr. 6133/02.06.2010."

În speță echipa de control a aplicat o corecție de 25% din valoarea actului adițional nr. 2 conform punctului 2.2 din Anexa la OUG nr. 66/2011, cu modificările și completările ulterioare - Contracte de achiziții (acte adiționale) pentru bunuri, lucrări sau servicii suplimentare, atribuite fără competiție adecvată, în absența unei urgențe imperative rezultate din evenimente imprevizibile sau în absența unor circumstanțe neprevăzute. În sarcina UATJ Sălaj a fost stabilit un debit în valoare de 29.051,76 lei: contribuție din fonduri UE - 25.197,95 lei; contribuție buget de stat - 3.853,81 lei; TVA - 7.114,71 lei. UATJ Sălaj a formulat contestație împotriva Procesului-verbal de

constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare nr. CA 85554/14.11.2012. Aceasta a fost respinsă prin intermediul Deciziei nr. 5/08.01.2013.

Chestiune prealabilă

Conform dispozițiilor art. 23 alin. 1 din Contractul de finanțare nr. 606/16.12.2009, cod SMIS 1925: "În eventualitatea unui litigiu între AM POR/OI și Beneficiar, survenit în executarea acestui Contract, se va încerca soluționarea acestuia pe cale amiabilă. În situația în care nu se poate ajunge la o înțelegere pe cale amiabilă, litigiul va fi soluționat de către instanțele judecătorești competente material din raza teritorială a Municipiului București".

Dispozițiile art. 10 alin. 3 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 stabilesc: "Reclamantul se poate adresa instanței de la domiciliul său sau celei de la domiciliul pârâtului. Dacă reclamantul a optat pentru instanța de la domiciliul pârâtului, nu se poate invoca excepția necompetenței teritoriale". În ceea ce privește cererea de chemare în judecată: "Neanalizarea contestației în motivarea Deciziei nr. 5 din 08.01.2013". La acest punct al cererii de chemare în judecată, reclamanta susține în esență faptul că prin intermediul Deciziei nr. 5/08.01.2013 nu s-a motivat respingerea contestației nr. 13.922/11.12.2012. Raportat la această susținere a reclamantei, rugăm onorata instanță să constate faptul că aceasta nu poate fi catalogată decât ca o simplă afirmație întrucât, o simplă lectură a Deciziei menționate mai sus dovedește fără putință de tăgadă că aceasta a fost motivată (în acest sens indicăm paginile 4-11 din actul administrativ nominalizat).

"Neîncadrarea în sfera prevederilor OUG nr. 66/2011" Lipsa prejudiciului:

Referitor la susținerile reclamantei în sensul că autoritatea de control a aplicat în mod nejustificat, o corecție financiară pentru o faptă care nu îndeplinește cerințele prevăzute de OUG nr. 66/2011, pentru a fi socotită neregulă, și care nu a determinat sau ar fi putut determina producerea unui prejudiciu, rugăm onorata instanță să rețină următoarele considerente:

În prezenta speță s-au săvârșit nereguli, în sensul art. 2 alin. (1), lit. a) din O.U.G. nr. 66/2011, potrivit căruia neregula reprezintă "orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit".

Potrivit prevederilor legale mai sus enunțate, pentru a fi în prezența unei nereguli, trebuie să existe o abatere, care constă în acțiunea/inacțiune beneficiarului prin care s-au încălcat prevederile legale în vigoare și ale contractului de finanțare, precum și un prejudiciu ce constă în suma plătită necuvenit. În speță, neregula constă în acțiunea beneficiarului de a se abate de la dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, precum și de la prevederile contractului de finanțare, datorită faptului că UATJ Sălaj a majorat valoarea contractului de execuție lucrări nr. 6133/02.06.2010 prin procedura de negociere fără publicarea unui anunț de participare pentru lucrări care nu respectau condiția de imprezibilitate impusă de dispozițiile art. 122 lit. i) din OUG nr. 34/2006. Prin neregula săvârșită s-a adus astfel prejudicii atât bugetului Uniunii Europene cât și bugetului de stat, prin încasarea de către beneficiar a unor sume plătite necuvenit. Dispozițiile art. 2 alin. (4) din O.U.G. nr. 66/2011, stipulează că termenii de ... "prejudiciu" ... "au semnificația dată de reglementările incidente și de ghidurile lor de aplicare, emise de Uniunea Europeană/donatorul public internațional". Art. 2 pct. 7. din Regulamentul (CE) nr. 1083/2006 al Consiliului U.E "neregularitate" înseamnă orice încălcare a unei dispoziții a dreptului comunitar care rezultă dintr-un act sau dintr-o omisiune a unui operator economic care are sau ar putea avea ca efect un prejudiciu la adresa bugetului general al Uniunii Europene prin imputarea unei cheltuieli necorespunzătoare bugetului general.

Referitor la „existența sau potențialitatea unui efect prejudiciabil al încălcării/abaterii pentru bugetul general al Uniunii Europene...”, art. 1 din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2988/95 al Consiliului U.E. din 18 decembrie 1995 - privind protecția intereselor financiare ale Comunităților Europene prevede: "(1) În scopul protejării intereselor financiare ale Comunităților Europene, se adoptă prin prezenta o reglementare generală privind controalele uniforme, măsurile și sancțiunile administrative privind abaterile de la dreptul comunitar.

(2) Constituie abatere orice încălcare a unei dispoziții de drept comunitar, ca urmare a unei acțiuni sau omisiuni a unui agent economic, care poate sau ar putea prejudicia bugetul general al Comunităților sau bugetele gestionate de acestea, fie prin diminuarea sau pierderea veniturilor acumulate din resurse proprii, colectate direct în numele Comunităților, fie prin cheltuieli nejustificate." În concluzie, în acord cu legislația europeană, existența abaterii/neregulii/cheltuielii nejustificate presupune implicit potențialitatea/existența prejudicierii bugetului U.E. O neregulă cu impact financiar reprezintă o situație în care s-a realizat plata unor fonduri ce constituie cheltuieli nejustificate, prejudiciindu-se astfel bugetul european.

Cheltuielile sunt considerate eligibile dacă sunt în conformitate cu Hotărârea Guvernului nr. 759/2007 privind regulile de eligibilitate a cheltuielilor efectuate în cadrul operațiunilor finanțate prin programele operaționale, cu modificările și completările ulterioare. Astfel, art. 2, alin. (1), lit. d) din actul normativ mai sus enunțat, se stipulează faptul că: „Pentru a fi eligibilă, o cheltuială trebuie să îndeplinească cumulativ următoarele condiții cu caracter general, fără a încălca prevederile alin. (3), art. 3, art. 4 și art. 5 alin. (2): să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare". Conform celor menționate mai sus, abaterile de la prevederile legislației naționale și comunitare se sancționează, consecința fiind neeligibilitatea acelor cheltuieli. Potrivit dispozițiilor art. 28 din același act normativ, valoarea creanței bugetare stabilită în baza prevederilor art. 27 se calculează prin stabilirea de corecții financiare în conformitate cu prevederile anexei.

Contractul de finanțare este un acord cu termeni specifici, privind furnizarea, în anumite condiții, a finanțării nerambursabile pentru acoperirea parțială a costurilor eligibile efectuate în vederea implementării unui proiect și o condiție esențială pentru ca o cheltuială să fie eligibilă, este ca aceasta să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare. Mai subliniem faptul că prin încheierea contractului de finanțare, beneficiarul a acceptat finanțarea nerambursabilă și s-a obligat, potrivit art. 9 alin. (25) din contractul de finanțare nr. 606/16.12.2009, să respecte prevederile legislației naționale în domeniul achizițiilor publice, nerespectarea acestor obligații conducând la neeligibilitatea cheltuielilor astfel efectuate. Competența de verificare și încălcare a "normativelor legale în materia achizițiilor publice" revine ANRMAP și UCVAP. Referitor la această susținere a reclamantei, rugăm onorata instanță să constate că nu poate fi reținută raportat la următoarele dispoziții legale: - prevederile din OUG nr. 66/2011: Art. 20 - (1) Activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare/corecțiilor financiare se efectuează de către autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene, prin structuri de control organizate în acest scop în cadrul acestora.

Art. 324 din H.G. nr. 457/2008 privind cadrul instituțional de coordonare și de gestionare a instrumentelor structurale, care stabilesc următoarele:

"(1) în cazul în care autoritatea de management consideră că au existat încălcări ale legislației comunitare sau naționale privind achizițiile publice, aceasta stabilește și aplică corecții financiare, în condițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

(2) în exercitarea atribuției prevăzute la alin. (1), autoritatea de management nu este condiționată în luarea deciziilor de activități desfășurate de ANRMAP și UCVAP potrivit dispozițiilor art. 322 și art 333".

Referitor la actul adițional nr. 2 la contractul de execuție lucrări nr. 6133/02.06.2010

Ca urmare a verificării documentației care a stat la baza încheierii actului adițional nr. 2 la contractul de execuție de lucrări nr. 6133/02.06.2010, s-a constatat faptul că lucrările care fac obiectul acestuia nu au caracter imprevizibil, ele fiind doar neprevăzute și cauzate de omisiuni de proiectare, astfel că în mod corect s-a stabilit încălcarea art. 122 lit. i din OUG nr. 34/2006. Toate argumentele care au condus la stabilirea corecției financiare în prezenta speță se regăsesc la paginile 2-7, 10-11 din Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 85554/14.11.2012 și paginile 4-10 din Decizia nr. 5/08.01.2013, astfel că nu au mai fost reiterate prin prezenta.

Referitor la invocarea de către reclamanta a Instrucțiunii Autorității de Management nr. 92/31.08.2012, solicită să se constate faptul că UATJ Sălaj a interpretat în mod eronat dispozițiile acesteia, întrucât prin intermediul acesteia sunt menționate următoarele elemente necesare încadrării lucrărilor suplimentare în condiția de imprevizibilitate: sunt rezultatul calamităților naturale dovedite; sunt rezultatul descoperirilor arheologice; sunt rezultatul unor lucrări ascunse care nu au putut fi prevăzute ca urmare a investigațiilor tehnice care au stat la baza proiectului și care au fost întreprinse în conformitate cu normativele în vigoare și care sunt acceptate de Autoritatea de Management.

Analiza probatoriului administrat a poziției părților exprimate prin acțiunea introductivă și întâmpinare relevă următoarele:

Chestiunea prealabilă invocată în sensul valorificării normelor de competență stabilite prin convenția părților nu a constituit o excepție propriu-zisă iar instanța la momentul verificării competenței a constatat că este legal investită reținând incidența dispozițiilor OUG nr. 66/2011 și nu clauzele contractuale invocate de pârâtă. Aserțiunile reclamantei referitoare la împrejurarea că în prezenta cauză nu sunt incidente normele instituite de OUG nr. 66/2011 întrucât nu au fost demonstrate nici una din condițiile instituite de art. 2 din OUG nr. 66/2011 nu pot fi primite. Potrivit art. 1 alin.1 din OUG nr. 66/2011, ordonanța de urgență reglementează activitățile de prevenire, de constatare a neregulilor, de stabilire și de recuperare a creanțelor bugetare rezultate din neregulile apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, precum și de raportare a neregulilor către Comisia Europeană sau către alți donatori internaționali. Conform art. 66 din același act normativ, activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare.

Contrar celor evidențiate de către titulara acțiunii astfel cum au fost acestea evidențiate și în etapa contestației sunt întrunite condițiile instituite de textul legal indicat întrucât prin nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare s-a reținut că autoritatea contractantă a majorat valoarea contractului de lucrări prin procedura de negociere fără publicarea unui anunț de participare pentru lucrări care nu respectă condiția de imprevizibilitate impusă prin art.122 lit. i din OUG nr. 34/2006. Prin *neregulă* se înțelege orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit, potrivit art. 2 alin. 1 din OUG nr. 66/2011. Organele de control au sesizat existența unor abateri de la legalitate în raport de dispozițiile naționale referitoare la achizițiile publice, care se încadrează conform anexei la ordonanță în categoria neregulilor reglementate de

lege. Prin urmare, neregulile constatate sunt abateri pentru care legiuitorul a impus stabilirea de corecții financiare, susținerile contrare fiind nefondate.

Așadar existența abaterii de la legislația în materia achizițiilor publice a fost evidențiată constituind premisa declanșării verificărilor întrucât executarea contractului de achiziții publice s-a realizat în alte condiții decât cele stabilite inițial prin majorarea sumelor pretinse pentru executarea anumitor obligații contractuale, în alte condiții decât cele asumate prin oferta realizată în raport de caietul de sarcini respectiv în alte condiții decât cele stabilite după parcurgerea procedurii de achiziție publică ceea ce evidențiază existența premiselor necesare declanșării controlului.

Întocmirea actului adițional nr.2 la contractul de execuție de lucrări nr. 6133/02.06.2010 evidențiază în mod clar asumarea unor obligații de către părți în alte condiții decât cele stabilite în cadrul procedurii de achiziție publică. Caracterul de imprevizibilitate necesar a fi dovedit pentru valorificarea disp. art.122 lit. 1 din OUG nr. 34/2006 invocat de reclamantă nu a putut fi demonstrat împrejurarea că prin puncte de vedere emise de diferite autorități s-ar fi stabilit în prealabil caracterul de corectitudine al sumelor nu poate fi reținut ca fiind corectă. Toate aserțiunile referitoare la apariția în derularea contractului a necesității unor lucrări și a caracterului inseparabil al acestora pentru a justifica încheierea actului adițional fără parcurgerea procedurii de achiziție publică au fost subsumate de către reclamantă concluziilor memoriului justificativ nr. 1.

Autoritatea de control a reținut în mod corect din conținutul memoriului că toate viciile invocate și lucrările apreciate ca fiind necesare ulterior puteau și trebuiau prevăzute de către proiectant încă de la începutul serviciului de proiectare pentru locația în cauză, deficiențele existente la șarpanta clădirii constituind obiectul achiziției publice însăși. Contrar susținerilor reclamantei apărările oferite de autoritatea contractantă au fost examinate în procedură de control ulterior fiind evidențiate în mod expres motivele pentru care acestea au fost înlăturate punctual în cuprinsul deciziei nr. 5 din 8 ianuarie 2013, fiecare apărare fiind înlăturată de către comisia de soluționare a contestației evidențiindu-se și textul legal care a justificat o astfel de soluție. Spre exemplu pentru punctul care a vizat caracterul imprevizibil al lucrărilor s-a evidențiat atât definiția unei astfel de lucrări cât și conținutul contractului de finanțare încheiat de autoritatea contractantă prin care aceasta și-a asumat o astfel de obligație.

Susținerile referitoare la competența și legitimarea verificării, constatării, încălcării normativelor legale în materia achizițiilor publice au fost înlăturate de către comisie fiind evidențiate atât temeiurile legale cât și motivele pentru care susținerile contestatoarei nu puteau fi validate. Apărarea vizând împrejurarea că anterior sumele au fost decontate nu poate fi reținută întrucât doar în momentul realizării controlului respectării condițiilor stabilite prin contractul încheiat în procedura de achiziții publice o astfel de împrejurare devine validă. Teza reclamantei cu privire la conținutul sumelor de plată necuvenite în raport de o plată nedatorată așa cum apare aceasta în dreptul civil nu poate fi validată întrucât suma apare ca fiind plătită necuvenit putând fi calificată ca fiind o plată nedatorată întrucât nu se realizează în limitele stabilite de contractul încheiat subsecvent derulării procedurii de achiziție publică respectiv contractul de execuție de lucrări nr.6133 din 2 iunie 2010, vizând executarea de lucrări și plata acestora peste sumele stabilite în convenția inițială. Plata prealabilă a sumelor anterior realizării controlului ce a determinat întocmirea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nu validează procedura astfel realizată, neputându-se susține cu temei că doar pentru că au fost achitate anterior sunt corect acordate și au fost datorate. Considerentele evidențiate au relevat că în mod corect s-a procedat la respingerea contestației prin decizia împotriva căreia a fost formulată prezenta acțiune comisia investită cu soluționarea contestației reținând în mod corect că nu există nici un motiv pentru invalidarea celor statuate prin nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare astfel că în baza art.18 din Legea nr.554/2004 în aplicarea art.11 din OUG nr.66/2011. Curtea va respinge acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul

JUDEȚUL SĂLAJ PRIN PREȘEDINTELE CONSILIULUI JUDEȚEAN SĂLAJ, în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, având ca obiect anulare acte emise de autoritățile de reglementare Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare și Decizia nr. 5/2013.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul JUDEȚUL SĂLAJ PRIN PREȘEDINTELE CONSILIULUI JUDEȚEAN SĂLAJ, cu sediul în Zalău, Piața 1 Decembrie 1918 nr. 12, în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, cu sediul în București B-dul Apolodor nr.17, latura Nord, sector 5, București, având ca obiect anulare acte emise de autoritățile de reglementare - Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare și Decizia nr. 5/2013.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din 27.05.2013.

CURTEA DE APEL CLUJ
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ Nr. 497/2013
Ședința publică de la 10 Octombrie 2013

S-a luat în examinare - în vederea pronunțării - acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul JUDEȚUL SĂLAJ prin PREȘEDINTELE CONSILIULUI JUDEȚEAN SĂLAJ, în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, având ca obiect anulare acte emise de autoritățile de reglementare Decizia nr. 139/24.04.2013 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice. S-a făcut referatul cauzei de către grefier, după care se constată totodată faptul că prin încheierea de ședință din data de 03.10.2013 s-au consemnat atât mersul dezbaterilor, cât și concluziile orale ale părților, încheiere ce face parte din prezenta hotărâre.

CURTEA,

Prin acțiunea în contencios administrativ formulată la 03.06.2013 de reclamantul JUDEȚUL SĂLAJ în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE s-a solicitat:

- anularea Deciziei nr. 139 din 24.04.2013 emisă de Comisia de Soluționare a Contestăției din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice;
- anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 15065 din 22.02.2013 emisă de Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice.

1. În motivarea cererii, reclamanta a invocat, în principal, nulitatea deciziei nr. 139 din 24.04.2013, pe considerentul că aceasta nu îndeplinește exigențele prevăzute la art. 50 alin. 1 din OUG nr. 66/2011. Astfel, Decizia contestată nu conține nicio mențiune cu privire la rațiunea pentru care susținerile Beneficiarului, exprimate prin Contestăția nr. 3514/02.04.2013 împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 15065/22.02.2013, precum și anterior, prin punctul de vedere transmis, au fost complet înlăturate și/sau nu au fost în măsură să lămurească Comisia de soluționare a contestației cu privire la starea de fapt existentă.

Practic, singurele aspecte care sunt consemnate „în mod riguros” în decizia atacată sunt argumentele Autorității Contractante, redate literal și parțial, citând din textul Contestăției formulate de către Autoritatea Contractantă doar unele fragmente, în mod selectiv și excluzând altele, esențiale din punct de vedere al justificării, iară vreo motivare coerentă legată de rațiunea înlăturării lor. Or, în acest sens, jurisprudența comunitară a reținut că o motivare insuficientă sau greșită este echivalentă cu însăși lipsa motivării actelor, ducând la constatarea nulității sau nevalabilității actelor comunitare (C 195/80, Michele c/a Parlamentului din 26 noiembrie 1981 în ECR 8, 1981). În acest context, Curtea poate și trebuie să facă obiecții din proprie inițiativă la orice deficiență a motivației.

Comisia de soluționare a Contestăției se sustrage în mod vădit de la obligația de a motiva în mod responsabil decizia sa de respingere a Contestăției. Prin Decizia contestată se induce ideea că aspectele reținute de către Direcția de Control pot fi ridicate la nivel de adevăr absolut de către Comisia de Soluționare a Contestățiilor, nefiind supuse niciunui control de legalitate, misiunea analizării legalității Notei de constatare fiind plasată în sarcina Instanței de Judecată.

Potrivit prevederilor art. 10 alin. 1 din cadrul Normelor metodologice de aplicare a prevederilor OUG nr. 66/2011, structurile de control sau autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene pot solicita puncte de vedere ori informații oricăror alte entități publice sau structuri de specialitate, în vederea stabilirii stării de fapt reale care a atras suspiciuni cu privire la utilizarea legală a fondurilor europene. Din aceste prevederi rezultă faptul că structurile de control au obligația de a efectua toate investigațiile în vederea determinării precise a stării de fapt. Corecțiile financiare din prezenta cauză au fost aplicate de Direcția de Control ca urmare a „suspiciunilor de nereguli menționate în sesizare Serviciului Verificare Programe și Gestionare Nereguli nr. VT 64913/03.09.2012 conținând constatări cu implicații financiare referitoare la încălcarea normativelor legale în materia achizițiilor publice la atribuirea contractului de servicii nr. 10590/13.12.2008” fără a fi determinată sau determinabilă suma imputabilă ca urmare a acelor constatări.

2. De asemenea, reclamanta a invocat aplicarea greșită a legii, din următoarele considerente: Temeiul legal în baza căruia a fost emisă nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare este OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, publicată în Monitorul Oficial nr. 461 din 30 iunie 2011. Presupusele fapte pentru care s-au aplicat corecții financiare fac obiectul atribuirii Contractului de servicii nr. 10590 încheiat la data de 03.12.2008.

Conform prevederilor art. 6 alin. (1) teza I din Noul Codul civil, „Legea civilă este aplicabilă cât timp este în vigoare. Aceasta nu are putere retroactivă”. Prin acest principiu de neretroactivitate a legii civile se înțelege regula juridică potrivit căreia o lege se aplică numai situațiilor care se ivesc în practică după intrarea ei în vigoare, nu și situațiilor anterioare.

Astfel, în mod abuziv Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, prin Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli, Fonduri Europene aplică corecții financiare în procent de 25% din valoarea contractului de servicii nr. 10590 din 03.12.2008, pentru presupuse situații juridice născute anterior intrării în vigoare a OUG nr. 66/2011.

3. Neîncadrarea în sfera prevederilor OUG nr. 66/2011

Conform prevederilor art. 2 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 66/2011, neregula este definită ca orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia Bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit. Din analiza definiției redată mai sus rezultă că sintagma în discuție presupune dovedirea cumulativă a următoarelor elemente:

1. existența abaterilor de la legislația în materia achizițiilor publice ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului;
2. existența prejudiciului adus bugetului Uniunii Europene;
3. sumele plătite necuvenit.

În ceea ce privește abaterile, în cuprinsul Deciziei se indică o serie de texte de lege de a căror încălcare se consideră că s-ar face vinovată Autoritatea Contractantă însă, pe lângă faptul că se motivează superficial rațiunea pentru care nu au fost luate în considerare apărările oferite de Autoritatea Contractantă în Contestația și Punctul de Vedere transmise, nici nu se coroborează pretensele nelegalități cu temeiul legal din cadrul OUG nr. 66/2011, pentru a putea aplica în mod legal sancțiunile/corecțiile financiare. În ceea ce privește ultimele două teze ale definiției neregulii,

Nota de Constatare nu conține nicio motivare, nici în sensul existenței lor și nici în sensul dovedirii acestora.

Raportat la pretinsul prejudiciu, actul administrativ emis nu prezintă vreo justificare nici cu privire la un prejudiciu actual, concret, nici referitor la iminența producerii unui prejudiciu în viitor.

În ceea ce privește suma plătită necuvenit, art. 2 alin. (1) lit. u) din OUG nr. 66/2011 o definește ca fiind „0 plată nedatorată, așa cum este aceasta prevăzută în dreptul civil, acordată unui beneficiar sau realizată în numele unui beneficiar, care provine din fonduri europene și/sau fonduri publice aferente acestora”. În dreptul civil, plata nedatorată este tratată ca fiind executarea de către o persoană a unei obligații la care nu era ținută și pe care a făcut-o fără intenția de a plăti datoria altuia. În speță, fondurile rezultate din Contractul de finanțare nr. 793, cod SMIS 1435, cu titlul „Reabilitarea drumului județean DJ 108A - DN1F Românași - Creaca - Jibou-Benesat”, au fost plătite ofertanților câștigători, cărora le-au fost atribuite contractele de achiziție publică și care erau perfect îndreptății la încasarea sumelor în discuție.

Condițiile care trebuie îndeplinite pentru dovedirea plății nedatorate sunt:

4. existența unei plăți în sens obiectiv;
5. datoria în vederea căreia s-a efectuat plata să nu existe din punct de vedere juridic;
6. plata să fi fost făcută din eroare.

În cazul de față singura condiție existentă din cele expuse mai sus este că prestația în discuție a reprezentat într-adevăr o plată, deoarece ultimele două nu pot fi reținute atâta vreme cât raportul juridic care a stat la baza prestațiilor Autorității Contractante a fost generat de contractele de achiziție publică încheiate, ce au determinat în concret natura și întinderea drepturilor și obligațiilor părților contractante. În cuprinsul Notei de Constatare contestate nu se menționează niciun aspect privitor la existența vreunui prejudiciu, respectiv la existența unor sume plătite necuvenit, aspect care conduce la concluzia inexistenței aspectului principal pe care organul de control trebuia să îl dovedească pentru a putea aplica corecțiile financiare conform dispozițiilor legale, acesta nefiind dovedit. De altfel, potrivit regulilor de drept, nimănui nu-i este îngăduit să se prevaleze de propria culpă pentru a valorifica un drept, invocând nerespectarea de către el însuși a unor norme legale.

Potrivit art. 5 din OUG nr. 66/2011, autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația...b) luării tuturor măsurilor necesare prevenirii neregulilor și fraudelor, inclusiv prin activități ce constau în informarea corectă și la timp a beneficiarilor asupra riscului producerii de nereguli și fraude, în special, în ceea ce privește indiciile de fraudă". Astfel, documentul care face obiectul aplicării corecțiilor financiare, respectiv Contractul de servicii 10590, a fost încheiat la data de 03.12.2008, acesta fiind transmis și verificat de Organismul Intermediar și de AM POR, iar serviciile care au făcut obiectul contractului au fost verificate și acceptate la rambursare de către Autoritatea de Management a Programului Operațional Regional. Este inadmisibil ca, după 4 ani, documentații referitoare la achiziția publică desfășurată, transmise și verificate de instituții îndreptățite, cu competențe și funcții de verificare, semnalare a posibilelor nereguli și aplicare de sancțiuni, să fie supuse unor noi verificări, în urma cărora, de acesta dată, să se constate că procedurile de achiziție publică nu au fost aplicate corect. Doar în opinia Direcției de control și a Comisiei de Soluționare a Contestației procedura de atribuire nu a fost corectă. Procedura de atribuire a Contractului în discuție a făcut obiectul verificărilor ANRMAP, autoritate care, potrivit prevederilor legale, are dreptul și obligația de a supraveghea și gestiona aplicarea procedurilor de achiziții.

Conform Raportului de Control transmis prin adresa nr.15010/09.01.2013, pe care l-a anexat Contestației transmise, ANRMAP concluzionează că din verificarea modului de atribuire a

Contractului de servicii nr. 10590 din 03.12.2008 nu au fost constatate și sancționate încălcări ale legislației privind achizițiile publice.

Afirmația Direcției de control cu privire la faptul că „Beneficiarul, Unitatea administrativ-teritorială județul Sălaj, nu a transmis punctul de vedere solicitat prin adresa CA 93552/14.12.2012” este în integralitate neadevărată. Punctul de vedere solicitat Județului Sălaj a fost comunicat în termenul legal prevăzut de OUG nr. 66/2011, prin adresa înregistrată cu nr. 5 din 03.01.2013.

Adresa nr. CA-93552/14.12.2012 a fost transmisă inițial pe adresa personală de e-mail a domnului președinte al Consiliului Județean Sălaj, aflată pe site-ul www.cjsj.ro, fără nicio altă comunicare telefonică sau prin fax, de înștiințare referitoare la aceasta. Adresa oficială pentru comunicări de acte se găsește pe același site menționat anterior, în același loc, aceasta fiind office@cjsj.ro. În conținutul Deciziei nr. 139/24.04.2013, la pct. 3, pagina nr.10, Comisia de soluționare, a contestației afirmă că adresa președintelui Consiliului Județean Sălaj, având calitatea de reprezentant legal al Beneficiarului, „a fost adresa în baza căreia Beneficiarul a indicat că se fac comunicările în conformitate cu Cererea de Finanțare”. Afirmația este eronată deoarece, în prima pagină a Cererii de Finanțare, capitolul 1 - INFORMAȚII PRIVIND SOLICITANTUL, adresa de e-mail indicată ca fiind adresa SOLICITANTULUI este office@cjsj.ro. Deoarece formatul standard al Cererii de Finanțare prevede și alte informații referitoare la persoanele cu putere de decizie, implicate în implementarea Proiectului, apar și datele de contact (numere de telefon, fax, adresă de e-mail) ale reprezentantului legal, persoanei de contact și persoanei responsabile cu operațiunile financiare. Privind din acesta perspectivă era mai justificat ca adresa nr. CA-93552/14.12.2012 să fie trimisă fie la adresa oficială de e-mail a Solicitantului, fie la toate adresele persoanelor având datele de contact cuprinse la capitolul 1 din Cererea de Finanțare - INFORMAȚII PRIVIND SOLICITANTUL. De asemenea, având în vedere data și ora la care a fost transmisă adresa nr. CA-93552, verificată ulterior de reprezentantul legal al Beneficiarului, respectiv vineri, 14 decembrie, ora 4:37 PM, consideră normal și corect confirmarea primirii adresei transmise, iar ulterior, în cazul în care acesta confirmare nu sosește, verificarea în scris sau telefonic a primirii documentului.

Revenind la succesiunea evenimentelor, așa cum a precizat și în conținutul Contestației, având în vedere zilele libere decretate pentru Sărbătorile de Crăciun din 2012, adresa a fost primită și înregistrată în data de 27.12.2012, termen de la care, în conformitate cu art. 21 alin. (15) din OUG nr. 66/2011, curge perioada în care, potrivit prevederilor legale, „Structura verificată are dreptul să prezinte în scris structurii de control prevăzute la art. 20 punctul său de vedere cu privire la constatările acesteia în termen de 5 zile lucrătoare de la data primirii proiectului procesului-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare”. La nivel național autoritățile beneficiare a fondurilor externe nerambursabile sunt sufocate de corecțiile financiare aplicate, din cauza structurilor centrale care nu previn și nu sprijină constructiv beneficiarii locali să deprindă proceduri competitive de achiziții publice și să evite "neregulile" devenite deja fenomen național. În susținerea acestor afirmații prezintă următoarele aspecte, în ordinea lor cronologică.

În prezentul dosar, Direcția de control a mai emis o Notă de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare cu nr. CA-95884/21.12.2012, înregistrată la Autoritatea Contractantă cu nr. 381/14.01.2013, care a fost contestată în termen legal de către Autoritatea Contractantă. Prin nota de constatare nr. CA-15065/22.02.2013, care face obiectul prezentei Contestații, se anulează de fapt Nota de constatare nr. CA- 95884/21.12.2012 "în vederea îndreptării erorilor de calcul". Așa cum se reține în Nota de constatare nr. CA-95884/21.12.2012, Direcția de control a solicitat punctul de vedere oficial al ANRMAP cu privire la derularea procedurii aplicate în speță, reținându-se următoarele: prin adresa nr. 59791/10.08.2012, MDRT a solicitat soluția unitară și oficială a ANRMAP cu privire la corectitudinea procedurilor de achiziții publice derulate în baza prevederilor art. 122 lit. b) din OUG nr. 34/2006.

7. ANRMAP a răspuns că direcția de specialitate din cadrul ANRMAP va include într-un plan de supraveghere ulterior verificarea modului de atribuire a următoarelor contracte de achiziție publică după finalizarea acțiunii de supraveghere vă vom comunica rezultatele controlului
8. ținând seama de expirarea termenului de 5 zile de la data raportului final de audit nu a fost primit răspunsul ANRMAP la speța sesizată, recomandarea autorității de audit se va aplica întocmai".

Aceste aspecte sunt reluate ad literam și în Nota de Constatăre nr. CA- 15065 din 22.02.2013, deși, așa cum a fost solicitat de Direcția de control pentru o „soluție unitară și oficială”, în urma verificării procedurii de atribuire a Contractului de servicii 10590/03.12.2008, efectuată de ANRMAP în data de 22.10.2012 a fost întocmit un „RAPORT DE CONTROL” emis cu nr. 15010 din 9.01.2013, din care se reține faptul că „ nu au fost constatate și sancționate încălcări ale legislației în materia achizițiilor publice cu privire la alegerea și derularea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în baza art.122 lit b) din OUG nr. 34/2006 întrucât anterior Studiului de Fezabilitate care a generat existența unui drept de proprietate intelectuală a fost atribuit prin procedura de licitație deschisă....”

Prin urmare, în contextul în care ANRMAP, ca autoritate pe deplin competentă în ceea ce privește stabilirea corectitudinii procedurilor de atribuire a unui contract, confirmă faptul că aplicarea în speță a prevederilor art. 122 lit. b este corectă, singura soluție legală în ceea ce privește Nota de Constatăre este anularea acesteia ca fiind lipsită de temei legal. În afară de faptul că prin actul contestat nu se demonstrează și probează care sunt implicațiile financiare imputabile județului Sălaj, potrivit prevederilor OUG nr. 30/2006 privind funcția de verificare a aspectelor procedurale aferente procesului de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, competența de verificare și încălcare a „normativelor legale în materia achizițiilor publice” revine ANRMAP și UCVAP. În concluzie, atâta vreme cât Direcția de Constatăre nu a dovedit întrunirea elementelor prevăzute de lege pentru existența vreunei nereguli, se impune anularea actului administrativ ca fiind emis în mod nelegal.

3. Referitor la Contractul de servicii 10590 din 03.12.2008

Procedura de atribuire a contractului de servicii având ca obiect „Elaborarea documentației tehnice - Reabilitare drum județean DJ 108A DN1F - Românași - Creaca - Jibou - Benesat” a fost derulată ținând cont de „drepturile de exclusivitate” invocate de SC Search Corporation SRL - firma autoare a Studiului de Fezabilitate elaborat în vederea reabilitării DJ 108A - Românași - Creaca - Jibou - Benesat.

Studiul de Fezabilitate este anexă la documentația de finanțare evaluată și aprobată conform procedurilor Programului Operațional Regional (POR), în baza unei grile conținând criteriile financiare și tehnico - economice, Autoritatea Contractantă nu are opțiunea de a substitui documentația tehnică deja avizată, cu o alta modificată prin intervenția unui alt Prestator, care ar fi fost obligat să refacă, în alt concept și cu alte soluții tehnice, baza primară a documentației tehnice. Prezumând organizarea unei proceduri competitive, Autoritatea Contractantă ar fi fost expusă fie riscului încălcării prevederilor legislației dreptului de autor, fie aceluia al dublării costurilor serviciilor de proiectare care ar fi presupus elaborarea unui nou Studiu de Fezabilitate. Această ultimă soluție ar fi atras cu siguranță riscul pierderii finanțării, întrucât documentația tehnică evaluată și aprobată de ADR Nord-Vest și AM POR ar fi cunoscut schimbări neacceptabile în acest context procedural.

Așa cum reține și ANRMAP în raportul de control, prestarea serviciilor de proiectare pentru Studiul de Fezabilitate a fost atribuită firmei SC Search Corporation SRL aplicându-se procedura de licitație deschisă off line, prin intermediul SEAP, prin urmare nu se poate spune că Autoritatea Contractantă a încercat evitarea concurenței, ci a ales o procedură de atribuire legală și conformă cu situația existentă.

Potrivit prevederilor Legii nr. 8/1996, art. 7 lit. b), h) și i) privind dreptul de proprietate intelectuală, care guvernează și sistemul de referință al documentelor Studiului de Fezabilitate ca fiind circumscris legislației de protecție a acesteia, Autoritatea Contractantă a fost pusă în situația să constate că are obligația de a respecta în mod imperativ dreptul revendicat și necontestabil al SC Search Corporation SRL. Studiul de Fezabilitate conține piese scrise, piese desenate, studii geo și studii topo, părți preluate și detaliate la o altă scară de maturizare și aprofundare în structura Proiectului Tehnic.

Pentru a-și consolida opinia proprie privind selecția procedurii, Autoritatea Contractantă solicită un punct de vedere ANRMAP, în calitatea sa de instituție care are ca rol fundamental formularea la nivel de concepție, promovarea și implementarea politicii în domeniul achizițiilor publice", așa cum prevede HG nr. 525/2007 privind organizarea și funcționarea ANRMAP, conform art.1, alin (1). În același act normativ se stipulează la art. 2, lit 1), faptul că ANRMAP „acordă consiliere metodologică autorităților contractante privind bunele practici în aplicarea procedurilor de achiziție publică”.

În acest cadru legal menționat, Autoritatea Contractantă adoptă conduita corectă de a se adresa ANRMAP pentru o opinie avizată, în baza prerogativelor sale, în speța descrisă cu suficiente repere de referință, pentru înțelegerea specificității subiectului în discuție. Prin răspunsul formulat, ANRMAP agreează propunerea avansată de Autoritatea Contractantă în sensul încadrării în prevederile art. 122, lit b) din OUG nr. 34/2006. Punctul de vedere al ANRMAP a fost menținut de această instituție prin Raportul de Control nr.15010/09.01.2013, întocmit în urma procedurii de supraveghere a achiziției publice, constatându-se faptul că legislația în domeniu a fost respectată de Autoritatea Contractantă în totalitate. Având în vedere aspectele de mai sus, aplicarea prevederilor art.122 lit.b) din OUG nr. 34/2006, respectiv negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, este singura soluție posibilă și de asemenea legală.

Conform art. 122 din OUG nr. 34/2006, Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare numai în următoarele cazuri:

b) atunci când, din motive tehnice, artistice sau pentru motive legate de protecția unor drepturi de exclusivitate, contractul de achiziție publică poate fi atribuit numai unui anumit operator economic". Din punct de vedere al prevederilor legale în domeniul achizițiilor publice este reglementată procedura de atribuire prin „Negocierea fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare", care este aplicabilă în condițiile și situațiile impuse de lege. Procedura de atribuire aplicată a fost corectă și legală, ținând seama de situația creată, neexistând opinii abilitate în acest sens care să infirme realitatea de fapt.

În drept s-au invocat prevederile: Legea contenciosului administrativ nr. 544/2004, cu modificările și completările ulterioare; OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, cu modificările și completările ulterioare; Codul Civil. În probațiune s-au depus înscrisuri.

Pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE a formulat întâmpinare solicitând respingerea acțiunii formulate (filele 140-145 dosar). La data de 11.09.2013 reclamantul JUDEȚUL SĂLAJ a depus la dosar un răspuns la întâmpinare pentru a fi avut în vedere la soluționarea acțiunii - filele 236-246 din dosar. Analizând acțiunea prin prisma motivelor invocate și a apărărilor formulate, Curtea reține următoarele:

Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 95884/21.12.2012 încheiată de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene s-a stabilit că Județul Sălaj, în calitate de

autoritate contractantă, nu a asigurat o competiție adecvată în procesul de atribuire a contractului de servicii nr. 10590/03.12.2008, utilizând procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în lipsa unor motive care să justifice dreptul de exclusivitate al prestatorului de servicii de proiectare, încălcând astfel prevederile art. 122 lit. b din OUG nr. 34/2006.

S-a reținut în cuprinsul notei de constatare că aceasta a fost întocmită în urma unui control desfășurat la sediul reclamantei, ca urmare a Suspiciunii de neregulă nr. VT-64913/03.09.2012 întocmită de către Serviciul de Verificare Programe și Gestionare Nereguli, ca urmare a raportului autorității de audit, conținând constatări cu implicații financiare referitoare la încălcarea normativelor legale în materia achizițiilor publice la atribuirea contractului de servicii nr. 10590/03.12.2008, în sensul că autoritatea contractantă nu a asigurat o competiție adecvată în procesul de atribuire.

S-a mai reținut în nota de constatare că, potrivit notei justificative nr. 9696/10.11.2008, argumentul invocat de autoritatea contractantă la alegerea procedurii este „având în vedere motivele legate de protecția unor drepturi de exclusivitate, contractul de achiziție publică poate fi atribuit numai unui anumit operator economic”, astfel că, prin această formulare, autoritatea contractantă nu a făcut decât să preia textul art. 122 lit. b din OUG nr. 34/2006, fără să indice motivele pentru care serviciul de proiectare nu poate fi prestat de un alt operator economic. Prin urmare, echipa de control, însușindu-și recomandările autorității de audit, a aplicat o corecție financiară de 25% din valoarea contractului de achiziție nr. 10590/03.12.2008, stabilindu-se în sarcina reclamantei o creanță bugetară în valoare de 116.268,76 lei, din care: contribuție fonduri UE: 85.959,38 lei; contribuție buget de stat: 11.428,13 lei; aferent TVA recuperabilă: 18.881,25 lei.

Împotriva acestei note de constatare reclamanta a formulat contestație, care a fost respinsă prin Decizia nr. 139/24.04.2013 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice. Analizând excepția de nulitate a deciziei, invocate de reclamantă, prin prisma încălcării dispozițiilor art. 50 alin. 1 din OUG nr. 66/2011, referitoare la obligativitatea autorității publice emitente a titlului de creanță de a-și motiva decizia de admitere/respingere a contestației, Curtea constată că aceasta este neîntemeiată. Astfel, din conținutul deciziei nr. 139/24.04.2013 rezultă că pârâta a analizat, punctual, fiecare dintre motivele invocate de către reclamantă, din această perspectivă pârâta respectând întocmai dispozițiile legale mai sus enunțate.

Un alt motiv de nelegalitate invocat de reclamantă are în vedere nerespectarea principiului neretroactivității legii civile, în opinia acesteia dispozițiile OUG nr. 66/2011 nefiind aplicabile în situația în care, presupusele fapte pentru care s-a aplicat corecția financiară au avut loc în cursul anului 2008. Nici acest motiv de nelegalitate nu este întemeiat, în condițiile în care, așa cum în mod corect a susținut și autoritatea pârâtă, controlul care s-a finalizat cu nota de constatare atacată în prezentul litigiu a avut loc ulterior intrării în vigoare a dispozițiilor OUG nr. 66/2011. Astfel, din această perspectivă, este evident că dispozițiile legale incidente în cauză sunt cele din OUG nr. 66/2011, legea în vigoare la momentul efectuării controlului, fiind lipsit de relevanță aspectul potrivit căruia fapta pentru care s-au aplicat corecțiile financiare era anterioară intrării în vigoare a acestei legi. Un argument în plus în susținerea acestei teze îl constituie și caracterul procedural al normelor edictate în cuprinsul OUG nr. 66/2011 (referitor la modalitatea de desfășurare a controlului și de aplicare a eventualelor corecții financiare) și care sunt de imediată aplicare. De altfel și anterior intrării în vigoare a OUG nr. 66/2011, neregulile apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice aferente acestora puteau fi constatate și sancționate, potrivit OG nr. 79/2003.

Nu în ultimul rând, Curtea își însușește pe deplin și concluzia pârâtei în sensul că, în materie fiscală, astfel cum este situația de față, nu este aplicabilă norma edictată de legea civilă, cu privire la

neretroactivitatea legii. Pe fondul cauzei, Curtea constată că actele contestate sunt nelegale și netemeinice, din următoarele considerente:

În vederea atribuirii contractului de servicii de proiectare nr. 10590/03.12.2008, reclamanta a uzat de prevederile art. 122 lit. b din OUG nr. 34/2006, potrivit cărora autoritatea contractanta are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare atunci când, din motive tehnice, artistice sau pentru motive legate de protecția unor drepturi de exclusivitate, contractul de achiziție publică poate fi atribuit numai unui anumit operator economic.

În speță, anterior atribuirii contractului de servicii de proiectare, operatorul economic căruia i s-a atribuit acest contract (SC Searh Corporation SRL) a întocmit studiul de fezabilitate, acest studiu fiindu-i atribuit printr-o licitație deschisă.

Constatând că operatorul economic a invocat dreptul de exclusivitate cu privire la studiul de fezabilitate elaborat în vederea reabilitării DJ 108A-Românași-Creaca-Jibou-Benesat și că acest studiu este anexă la documentația de finanțare evaluată și aprobată conform procedurilor Programului Operațional Regional, reclamanta a apreciat, în mod legal și temeinic, că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de dispozițiile art. 122 alin. 1 lit. b din OUG nr. 34/2006. De altfel, chiar în raportul de control încheiat de Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice întocmit la data de 9.01.2013 s-a reținut că autoritatea contractantă a fost pusă în situația de a desfășura procedura de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare având în vedere dreptul de proprietate intelectuală al Search Corporation asupra studiului de fezabilitate și invocarea dreptului de exclusivitate respectiv de către operatorul economic.

Prin urmare, chiar în cuprinsul raportului de control se susține necesitatea aplicării dispozițiilor art. 122 lit. b din OUG nr. 34/2006, raportat la dreptul de exclusivitate invocat de către operatorul economic cu privire la studiul de fezabilitate, dar se impută autorității contractante lipsa sa de diligență întrucât nu a prevăzut în contract cesiunea dreptului de folosință a studiului de fezabilitate în vederea derulării unei proceduri competitive ulterioare pentru atribuirea contractului de proiectare, susține care, însă, excede cadrului legal. Ceea ce se impută reclamantei, prin nota de constatare a corecțiilor financiare, este nerespectarea dispozițiilor OUG nr. 34/2006, respectiv desfășurarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, apreciindu-se că nu erau îndeplinite condițiile prevăzute de dispozițiile art. 122 lit. b. Or, astfel, cum s-a arătat anterior, în cadrul controlului efectuat la reclamantă s-a concluzionat că erau îndeplinite condițiile respective, dar că s-a ajuns la necesitatea derulării acestei proceduri datorită lipsei de diligențe a autorității contractante în modul de redactare a contractului.

Un argument în plus pentru admiterea acțiunii reclamantei îl constituie și faptul că aceasta, anterior derulării acestei proceduri, s-a adresat Autorității Naționale Pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, solicitându-i-se un punct de vedere, aceasta din urmă comunicând faptul că, în cazul în care un operator economic a realizat un studiu de fezabilitate și invocă drepturi de autor asupra continuării celorlalte faze ale proiectării - proiect tehnic și detalii de execuție, pentru atribuirea respectivelor contracte autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, potrivit art. 122 lit. b din OUG nr. 34/2006. Or, nu este admisibil ca în punctul de vedere solicitat ANRMAR să admită aplicabilitatea dispozițiilor art. 122 lit. b din OUG nr. 34/2006, iar ulterior, în cadrul raportului de control încheiat în 09.01.2013, să impute autorității contractante o eventuală lipsă de diligență în acest sens.

Nu în ultimul rând, Curtea constată că respectivul contract de servicii care a făcut obiectul aplicării corecțiilor financiare a fost transmis și verificat de Organismul Intermediar și de AM POR, iar

serviciile care au făcut obiectul contractului au fost verificate și acceptate la rambursare de către Autoritatea de Management a Programului Operațional Regional, aspect necontestat în cauză. Prin urmare, contrar celor reținute de către pârâtă prin actele contestate, Curtea constată că autoritatea contractantă a justificat necesitatea aplicării dispozițiilor art. 122 lit. b din OUG nr. 34/2006 prin raportare la dreptul de exclusivitate invocat de operatorul economic care a întocmit studiul de fezabilitate (studiu întocmit ca urmare a atribuirii contractului printr-o licitație deschisă, nefiind încălcat principiul competitivității), iar o eventuală deficiență în redactarea contractului, care a dus la situația aplicării acestor dispoziții legale, nu poate fi reținută.

În consecință, pentru considerentele expuse anterior, Curtea constată că acțiunea formulată este întemeiată, motiv pentru care, în conformitate cu dispozițiile art. 51 din OUG nr. 66/2011 rap. la art. 18 din Legea nr. 554/2004, o va admite și va dispune în consecință.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Admite cererea formulată de reclamantul **JUDEȚUL SĂLAJ** cu sediul în Zalău, județul Sălaj, având cont de identificare fiscală, în contradictoriu cu pârâtul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE** București și, în consecință:

Anulează nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA95884 încheiat la data de 21.12.2012 de **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE** prin **DIRECȚIA GENERALĂ CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI, FONDURI EUROPENE**.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Cererea de recurs se va depune sub sancțiunea anulării, la Curtea de Apel Cluj. Pronunțată în ședința publică din 10.10.2013.

Dosar nr. 624/33/2013

CURTEA DE APEL CLUJ
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONȚENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 449/2013
Ședința publică din data de 18 septembrie 2013

Pe rol soluționarea acțiunii în contencios administrativ și fiscal formulată de reclamantul JUDEȚUL SĂLAJ REPREZENTAT PRIN PREȘEDINTELE CONSILIULUI JUDEȚEAN SĂLAJ în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, având ca obiect contestație act emise de autoritățile de reglementare - decizia nr. 108/2013. Mersul dezbaterilor, susținerile și concluziile părților au fost consemnate în încheierea de ședință din data de 11.09.2013, încheiere ce face parte integrantă din prezenta hotărâre.

CURTEA,

Constată că prin acțiunea înregistrată la data de 10.05.2013 sub nr.624/33/2013, JUDEȚUL SĂLAJ REPREZENTAT PRIN PREȘEDINTELE CONSILIULUI JUDEȚEAN SĂLAJ în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, a solicitat instanței anularea deciziei nr. 108/27.03.2013 emisă de Comisia de Soluționare a Contestațiilor din cadrul MDRAP și a notei de constatare nr.5902/25.01.2013.

În susținerea celor solicitate se arată că decizia nu conține nicio mențiune cu privire la rațiunea pentru care susținerile beneficiarului exprimate prin contestație au fost complet înlăturate. Practic singurele aspecte care sunt consemnate sunt argumentele autorității contractante redate parțial. Ori în acest sens jurisprudența comunitară a reținut că o motivare insuficientă sau greșită este echivalentă cu însăși lipsa motivării actelor ducând la nulitatea sau nevalabilitatea actului (C195/80 Michele c/a Parlamentului din 26.11.1981 ECR8 1981) Comisia se sustrage de la obligația de a motiva deși din dispozițiile normelor metodologice de aplicare a OUG nr.66/2011 art.10 rezultă că structurile de control au obligația de a efectua toate investigațiile în vedere determinării situației. În nota de constatare și decizie nu sunt reținute constatări cu implicații financiare ci presupuse încălcări ale legislației achizițiilor publice.

Pentru a soluționa contestația era necesar punctul de vedere al instituțiilor specializate ANRMAP și UCVAP care au competența de verificare a procedurilor de achiziție. De altfel reprezentanții instituțiilor au participat la procedura de achiziție raportul acestora consemnând că nu au fost constatate încălcări de legislație a achizițiilor publice. Mai arată reclamantul că presupusele fapte pentru care s-au aplicat corecții financiare s-au derulat în perioada august 2010 data publicării anunțului până în octombrie 2010 data semnării contractului în condițiile în care legea nu poate retroactiva. Pe de altă parte se arată că actul normativ invocat de autoritatea de control vizează neregula/abaterea care a prejudiciat. Ori cu privire la prejudiciu actul emis nu prezintă o justificare, nici o referire la iminența producerii unui prejudiciu viitor. Actele contestate nu demonstrează și nici nu probează implicații financiare, prejudiciu.

Cât privește contractul de prestări servicii lucrări arată reclamantul că în conformitate de dispozițiile art.7, art. 178 din OUG nr.34/2006 autoritatea poate solicita cerințe minime obligatorii. Pentru cerințele minime obligatorii pentru fiecare din cei trei diriginți de șantier trebuia demonstrată îndeplinirea prin prezentarea de documente doveditoare. Pentru aceste cerințe autoritatea nu a solicitat „experiența similară” pentru ofertantul participant la procedura așa cum afirma nota de constatare ci dovada experienței specifice în derularea unor contracte m domeniul supravegherii lucrărilor de drumuri și poduri a personalului propus pentru prestarea serviciilor Potrivit prevederilor OUG nr.34/2006 criteriile de calificare și selecție stabilite de către autoritate

trebuie să aibă o legătură evidentă cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit. De asemenea autoritatea nu a încălcat prevederile art. 188 alin.2 din actul normativ menționat având în vedere că articolul prevedea dreptul autorității de a solicita ofertanților în funcție de specific prezentarea mai multor cerințe de calificare, cerințe care au fost solicitate prin documentația de atribuire. Totodată în conformitate cu norma menționată sunt legale solicitările cu privire la informațiile referitoare la studii, pregătirea profesională a personalului iar aceste cerințe au fost incluse în fișa de date și presupunea printre altele și prezentarea dovezii pregătirii profesionale pentru personalul minim obligatoriu care se concretiza prin prezentarea cerută.

Informațiile privind personalul tehnic de specialitate au avut drept scop dovedirea experienței specifice a personalului implicat în contract și nu a experienței similare solicitate potențialului ofertant conform fișei de date. Cerința experiență pentru personalul implicat în derularea contractului nu trebuie confundată cu experiența similară a potențialilor ofertanți. Cerințele referitoare la capacitatea profesională a personalului implicat au fost impuse de autoritatea contractantă pentru a demonstra ca personalul deține aceea experiență specifică pentru a garanta, derularea în bune condiții a contractului de servicii și a asigura îndeplinirea acestuia în condiții optime luând în considerare exigențele specifice impuse de complexitatea acestuia și cu respectarea art. 179 din OUG nr.34/2006 ce impune respectarea principiului proporționalității. Condițiile cerute de autoritate nu pot fi considerate restrictive câtă vreme au fost stabilite în raport cu natura și complexitatea contractului ce urma a se încheia.

Referitor la solicitarea vizând dotarea cu sediu adecvat se arată de reclamantă că au fost luate în considerare dispozițiile art. 178 alin.1 din actul OUG nr.34/2006. Dovada prezentării unui acord de principiu al proprietarului nu restricționează participarea la procedura a operatorilor, având în vedere și importanța contractului. Determinarea caracterului cerinței nu poate fi realizată decât strict prin prisma interesului manifestat de participanții la procedură. Ori câtă vreme aceștia nu au contestat în nici un fel aspectele legate de birou nu se poate deduce altceva decât că au considerat că cerința nu era susceptibilă de a îngreuna accesul la procedură.

Răspunzând celor invocate prin întâmpinare intimatul a invocat excepția necompetenței materiale iar pe fond a solicitat respingerea ca neîntemeiată a cererii. Astfel sub acest din urmă aspect intimatul a arătat că în urma controlului au fost identificate nereguli respectiv autoritatea a reținut că prin stabilirea unor criterii/cerințe minime pentru cei trei diriginți și dotare: sediu adecvat, a fost restricționat accesul operatorilor economici la procedura de atribuire. Ori în atare situație, s-a dat valența dispozițiilor OUG nr. 66/2011 de aplicare a corecției.

Sușinerile recurente arată intimatul sunt nefondate deoarece: decizia răspunde punctual criteriilor dezvoltate de reclamantă; că chiar dacă au fost făcute verificări de observatorii UCVAP acestea privesc doar aspectele procedurale de îndeplinire a tuturor etapelor procesului iar nu asupra impunerii de criterii de calificări și/sau selecție. Referitor la norma sancționatoare se arată că indiferent de momentul identificării neregulilor încălcarea legii se sancționează. Având în vedere că efectuarea controlului s-a făcut ulterior intrării în vigoare a OUG nr.66/2011 doar acest act normativ putea fi aplicat. Diferit de reglementările de ordin fiscal, actele normative vizând corecțiile, conțin și norme de procedură așa încât sub aspectul activității de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor legea nouă este de imediată aplicare.

Mai mult în cauză posibilitatea aplicării corecțiilor financiare sau a declarării neeligibilității în cazul nerespectării de beneficiar a legislației în domeniul achizițiilor a fost prevăzut în contractul de finanțare art. 14. în același timp prin clauza stipulată în art.9 din același contract reclamantul și-a asumat obligația de a respecta prevederile legislației naționale în domeniul achizițiilor sub sancțiunea neeligibilității cheltuielilor astfel efectuate.

Legat de posibilitatea de a efectua controlul după finalizarea procedurii prin contract au fost detaliate obligațiile cu privire la supunerea oricărui control sau verificări vizând modul de derulare a procedurii pe o perioadă de 5 ani de la data încheierii oficiale a ROR 2007-2013. În privința susținerile vizând neregula și controlul ANRMAP arată intimatul că neregula constă în acțiunea beneficiarului de a se abate de la dispozițiile legate în materia achizițiilor precum și de la prevederile contractului de finanțare iar controlul nu vizează verificarea cerințelor impuse. Aceste cerințe nu au fost justificate iar o derogare nu poate fi reținută. Norma invocată art. 122 lit.b permite aplicarea acestei proceduri doar în situația în care se demonstrează faptul că pe piața nu exista un alt operator economic de la care să se poată achiziționa produsul serviciul/lucrarea ce face obiectul procedurii. Dat fiind că serviciul care face obiectul controlului nu prezintă o specificație care să justifice exclusivitatea unui operator pe piață existând un număr mare de prestatori nu se justifică recurgerea la această procedură non-concurențială reclamanta încălcând principiul transparenței prin încălcarea obligațiilor de publicitate. Față de cele invocate la data de 11.09.2013 instanța a respins excepția conform celor consemnate în încheiere în considerarea că se atacă un act administrativ nu aspecte în legătură cu contractul.

Analizând așadar susținerile părților se rețin următoarele:

În urma controlului efectuat la data de 21.01.2013 Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice prin Direcția Generală de Contestare - a întocmit nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare cu privire la contractul de finanțare 793/30.06.2010 cod SMIS 1435 cu titlu reabilitare drum județean DJ108A-DN1F Românași - Creaca - Jibou- Benesat. Prin acest act autoritatea de control a reținut ca prin impunerea unor criterii/cerințe de calificare precum cerința experienței în derularea unor proiecte de finanțare externă nerambursabilă și cerința dotării cu sediu adecvat, autoritatea contractantă (reclamanta în cauză) a restricționat participarea operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului.

Față de aspectele semnalate prin nota autoritatea de control reține că se confirma suspiciunea de neregulă și drept consecință se aplica reclamantei o corecție de 25% din valoarea contractului de servicii de supraveghere. Cele stabilite sunt apoi contestate reclamanta susținând în esență că nu se poate reține o abatere deoarece prin stabilirea cerinței s-a avut în vedere cele stabilite de OG nr.34/2006 - cerințele de calificare să aibă legătură cu obiectul contractului ce urma să fie atribuit; nu a solicitat experiența similară pentru ofertantul principal ci experiența specifică personalului implicat în derulare a unor contracte - cerința vizând capacitatea profesională a personalului iar cerința sediu adecvat a fost cerută pentru ca supravegherea presupunea munca de birou.

Prin decizia nr.108/27.03.2013 în considerarea că reținerile organelor de control privind restricționarea participării la atribuirea contractului sunt corecte contestația a fost respinsă. Ulterior contestatoarea reclamantă se adresează instanței relevând argumentele mai sus enunțate. Din cele susținute de părți se observă că în discuție este pus aspectul restricționării accesului operatorilor economici la procedura de achiziție prin impunerea în documentație a unor cerințe minime de calificare. Actul normativ care a stat la baza procedurii de atribuire a contractului OUG nr.34/2006 (în vigoare la momentul derulării procedurii) prin dispozițiile art.33 a statuat că „Autoritatea contractanta are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerința, criteriu, regula și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completa, corecta și explicita cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Același act normativ prin art. 176 a statuat că autoritatea contractanta are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare numai la:

- a) situația personală a candidatului sau ofertantului;
- b) capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- c) situația economică și financiară;
- d) capacitatea tehnică și/sau profesională;

Totodată prin art. 178 s-a statuat că în cazul în care, pentru criteriile de natura celor prevăzute la art. 176 lit. c) și d), autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați, atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate, iar prin art. 179 s-a prevăzut că autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit. În acest sens, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia.

Tot astfel prin art. 187 s-a prevăzut că autoritatea contractanta are dreptul de a solicita ca operatorul economic care participa la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică să facă dovada capacității sale tehnice, și/sau profesionale. În cazul în care autoritatea contractantă solicita demonstrarea capacității tehnice și/sau profesionale, atunci aceasta are obligația de a indica în documentația de atribuire și informațiile pe care operatorii economici urmează să le prezinte în acest scop.

În cazul aplicării procedurii același act normativ prin art. 188 prevede că în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specific și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele: d) informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru îndeplinirea contractului de servicii; e) o declarație referitoare la efectivele medii anuale ale personalului angajat. Mai prevede actul normativ prin art. 78 că orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire. Autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil, la orice clarificare solicitată.

La rândul său normele de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție aprobate prin HG nr.925/2006 au prevăzut prin art.7 că astfel cum sunt prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, criteriile de calificare și selecție au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedura, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.

Același act a mai statuat că "autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care:

- a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;
- b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.

Din normele enunțate reiese că autoritatea are dreptul de a stabili criterii/cerințe minime de calificare luând în considerare exigențele specifice date de obiectul , natura și complexitatea contractului în scopul asigurării că operatorul poate face față obligațiilor contractuale dar și obligația de a preciza prin documentație în mod clar cerințele și a răspunde eventualelor solicitări de clarificări.

Cu alte cuvinte plecând de la potențialul risc de neîndeplinire a obligațiilor autoritatea are dreptul de a stabili criterii minime vizând capacitatea tehnică și s-au profesională precum pregătirea, calificarea persoanelor responsabile, dotarea s-a cerințe ce trebuie prevăzute clar în documentație și care să prezinte relevanță, să nu fie disproporționate.

Potrivit documentației de atribuire, fișa date de achiziție, autoritatea contractantă a solicitat în cadrul cerințelor tehnice și/sau profesionale cerința referitoare la experiența personalului responsabil și la dotare.

Cerințele impuse de autoritate corespund obligației de diligență a autorității contractante (reclamantul în cauză) în vederea eliminării riscului privind obținerea contractului de către un operator economic care nu poate face față obligațiilor contractante cu consecința neasigurării îndeplinirii activităților ce sunt în cauză de interes public.

Cerințele stabilite vizând pregătirea personalului responsabil și dotare specifice obiectului contractului și nu pot fi considerate că nu au relevanță în raport cu natura contractului și nu sunt nici disproporționate fiind cerute tuturor potențialilor operatori în condițiile publicării documentației.

Documentația ce a vizat cerințele de calificare nu a fost contestată deși orice persoană interesată condițiile actului normativ mai sus arătat avea la îndemână posibilitatea contestării. Mai mult actele dosarului atestă că nu a avut loc o contestație nici pe parcursul procedurii până la finalizarea/încheierea contractului.

Prin urmare în lipsa unor contestații nu se poate vorbi de o restricționare în sensul evocat de autoritatea de control.

De altfel în situația în care cerințele au fost făcute publice acestea puteau fi contestate inclusiv de ANRMAR actul normativ OG nr.34/2006 dându-i această posibilitate. Ori în urma verificărilor făcute cu privire la respectarea legislației această autoritate nu a făcut nici măcar o solicitare de clarificări cu privire la procedura desfășurată. Ca atare de vreme ce documentația a fost publică, s-a asigurat acces direct, nu au fost cerute clarificări și nu au fost înaintate contestații inclusiv la documentația de, atribuire susținerile privind restricționarea sunt nefondate.

Așadar față de cele arătate, de dispozițiile mai sus arătate Curtea apreciază că actele administrative sunt nelegale, iar în baza art.18 din Legea nr. 554/2004 va admite acțiunea conform dispozitivului.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Admite acțiunea formulată de reclamantul JUDEȚUL SĂLAJ REPREZENTAT PRIN PREȘEDINTELE CONSILIULUI JUDEȚEAN SĂLAJ în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, având ca obiect contestație act emise de autoritățile de reglementare - decizia nr. 108/2013.

Anulează decizia nr. 108/27.03.2013 și nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 5902/25.01.2013.

Cu recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din 18.09.2013.

Dosar nr. 607/33/2012

CURTEA DE APEL CLUJ
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 488/2012
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 04 IULIE 2012

S-a luat în examinare acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul JUDEȚUL SĂLAJ PRIN PREȘEDINTELE CONSILIULUI SĂLAJ în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI, având ca obiect - anulare acte emise de autoritățile de reglementare. Prin Serviciul Registratură, la data de 29.06.2012 reclamantul a depus la dosarul cauzei concluzii scrise. Mersul dezbaterilor, susținerile și concluziile părților au fost consemnate în încheierea de ședință din data de 27 iunie 2012, încheiere ce face parte integrantă din prezenta hotărâre.

CURTEA

Prin acțiunea în contencios administrativ formulată la 07.05.2012 de reclamantul JUDEȚUL SĂLAJ PRIN PREȘEDINTELE CONSILIULUI SĂLAJ în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI s-a solicitat anularea deciziei nr. 42/12.04.2012 emisă de Comisia de soluționare a contestației din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului și pe cale de consecință anularea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-13722/22.02.2012 emisă de Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Europene din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului. În motivarea acțiunii, reclamantul a arătat următoarele:

Lipsește motivarea deciziei nr. 42/12.04.2012 emisă de Comisia de soluționare a contestației

Prin decizia nr. 42/12.04.2012, Comisia de soluționare a contestației a respins contestația formulată de reclamantă împotriva notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-13722/22.02.2012 emisă de Direcția Control. Potrivit dispozițiilor art. 50 alin. 1 din OUG nr. 66/2011, autoritatea publică emitentă a titlului de creanță în aplicarea prevederilor art. 21 se va pronunța prin decizie motivată cu privire la admiterea, în tot sau în parte a contestației sau la respingerea ei, în termen de 30 de zile de la data contestației sau a completării acesteia conform art. 48 alin. (1).

În speță însă, decizia nr. 42/12.04.2012 nu conține nici o motivare cu privire la rațiunea pentru care susținerile beneficiarului exprimate prin contestația nr. 20359/16.03.2012 împotriva notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-13722/22.02.2012, precum și prin punctul de vedere transmis, au fost complet înlăturate și/sau nu au fost în măsură să lămurească Comisia de soluționare a contestației cu privire la starea de fapt existentă. De altfel, în cuprinsul deciziei atacate nu se consemnează nici o concluzie cu privire la aspectele invocate de către beneficiar prin contestația nr. 20359/16.03.2012, aspecte care vizau în mod punctual și riguros toate mențiunile conținute de nota de constatare. Practic singurele aspecte care sunt consemnate „în mod riguros” în decizia atacată sunt argumentele autorității contractante redată literal astfel cum acestea au fost prezentate în cadrul contestației formulate, fără vreo mențiune legată de rațiunea înlăturării lor.

Comisia de soluționare a contestației se sustrage în mod vădit de la obligația de a motiva decizia sa de respingere a contestației, singura mențiune în acest sens fiind aceea că înlăturarea neregulilor consemnate în cadrul raportului de audit este obligatorie pentru autoritatea competentă (în speță Direcția de Control). Prin urmare, cele constatate de către Autoritatea de audit sunt ridicate la nivel

de adevăr absolut de către Direcția de Control, nefiind supuse niciunui control de legalitate, misiunea analizării legalității raportului de audit fiind plasată în sarcina instanței de judecată.

În ceea ce privește un eventual prejudiciu generat de pretensele abateri de la legala utilizare a fondurilor europene, Comisia de soluționare a contestației nu menționează nici un aspect privitor la existența vreunui prejudiciu sau respectiv la sume plătite necuvenit, aspect care conduce la concluzia că teza pe care organul de control trebuia să o dovedească pentru a putea aplica corecțiile financiare conform dispozițiilor legii speciale, nu a fost dovedită. De asemenea, nemotivarea actului administrativ reprezintă o încălcare a dreptului constituțional la informare în sensul art. 31 din Constituția României.

Neîncadrarea în sfera prevederilor OUG nr. 66/2011

Potrivit art. 21 pct. 19 din OUG nr. 66/2011, nota de constatare a neregulilor și de stabilire a creanței bugetare este un act administrativ în înțelesul Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004. În ceea ce privește actele administrative individuale, cum este și cazul notei de constatare în discuție, soluția unanim acceptată în cadrul doctrinei franceze a fost preluată și de teoreticienii dreptului administrativ român, în sensul că actele administrative defavorabile particularului, precum și actele administrativ-jurisdicționale se impun a fi motivate.

În cazul actelor administrative defavorabile particularilor, respectiv acele acte care impun o obligație, cum este și situația deciziei nr. 42/12.04.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului ce face obiectul prezentei plângeri, motivarea acestora trebuie să îndeplinească următoarele condiții: În cazul de față, temeiul de drept indicat, din anexa la OUG nr. 66/2011, este unul eronat, care nu corespunde și nu se corelează cu presupusele abateri din materia achizițiilor publice consemnate în cadrul notei de constatare:

1. 10% din valoarea contractului în cauză pentru nerespectarea procedurilor de publicitate (pag. 5 și respectiv 7 a notei de constatare) - subpunctul 1.12 din anexa OUG nr. 66/2011 - aspecte reținute de către Direcția de Control atât în cazul contractului de achiziție publică de lucrări nr. 713/20.01.2010, cât și în cazul contractului de servicii de supraveghere a execuției lucrărilor nr. 5946/22.06.2009.

La secțiunea „abaterea constatată” din cadrul subpunctului 1.12, textul legal din anexă stipulează aplicarea necorespunzătoare a unor elemente auxiliare procedurii de atribuire. După cum se poate observa din redactarea notei de constatare, abaterea indicată constă în nerespectarea procedurilor de publicitate, or procedurile de publicitate nu reprezintă elemente auxiliare ale procedurii de atribuire. Totodată, la „descrierea abaterii constatate, în cadrul anexei, se consemnează situația când contractul a fost atribuit cu respectarea legislației privind achizițiile publice, însă nu au fost respectate unele obligații auxiliare, cum ar fi publicarea anunțului de atribuire a contractului. Se menționează în continuare că dacă acest tip de neregulă este doar de natură formală, fără niciun potențial impact, nu se va aplica nici o corecție financiară.

În ceea ce privește prima teză expusă în cadrul descrierii abaterii, este evident că aceasta nu este incidenta în cazul de față, dat fiind faptul că anunțul de atribuire a contractului este un concept distinct de cel al anunțului de intenție sau respectiv anunțul de participare, anunțul de atribuire neavând de altfel nici o legătură (directă sau indirectă) cu situația reținută de către Direcția de Control cu ocazia întocmirii notei de constatare nr. 13722/22.02.2012. Raportat la teza finală din secțiunea „descrierea abaterii”, este evident că inserarea acesteia de către legiuitor s-a datorat tocmai faptului că în situația încălcării unor astfel de obligații auxiliare, organul de control mai are sarcina de a dovedi și impactul abaterii constatate, deoarece, conform textului legal, în cazul neregulilor de natură formală, nu se impune aplicarea vreunei corecții.

În speță, autoritatea contractantă a dovedit că reducerea termenului s-a efectuat în conformitate cu prevederile legale și că a asigurat accesul participanților la întreaga documentație de atribuire. Ca atare, nu poate fi vorba de vreun impact care să justifice aplicarea de corecții. Oricum, motivarea Direcției de Control și ulterior a Comisiei de soluționare a contestației în acest sens lipsește cu desăvârșire.

2. 25% din valoarea contractului în cauză pentru nerespectarea criteriilor stabilite de autoritatea contractantă în anunțul de participare și în documentația de atribuire. Acest procentaj poate fi redus în funcție de gravitate la 10% sau 5% (pag. 5 și respectiv 7 a notei de constatare) - subpunctul 1.6 din anexa OUG nr. 66/2011 - aspect reținut în cazul contractului de lucrări nr. 713/20.01.2010.

Abateră constatată, conform subpunctului 1.6 mai sus menționat, constă în aplicarea unor criterii de atribuire (factori de evaluare nelegali), or nerespectarea invocată de către Direcția de Control vizează faptul că ofertantul câștigător nu ar fi îndeplinit cerințele minime de calificare. Distincția cerințele minime de calificare și respectiv factorii de evaluare este una relevantă în materia achizițiilor publice și ca atare, este evident că în cazul de față criteriul menționat este unul greșit. Totodată, dacă se analizează descrierea abaterii, aceasta vine să confirme aspectele invocate mai sus, respectiv subpunctul 1.6 vizează exclusiv etapa de evaluare și nu cea de calificare, sens în care textul legal oferă și exemple:

- Aplicarea de către autoritatea contractantă a unei cerințe de calificare ca și factor de evaluare;
- Aplicarea incorectă și/sau discriminatorie a factorilor de evaluare;
- Nerespectarea criteriului de atribuire.

Având în vedere considerentele expuse mai sus, este evident, că neregula indicată de către Direcția de Control și menținută cu ocazia analizării contestației formulate de reclamant de către Comisia de soluționare a contestației nu are nici o legătură și nu prezintă nici o relevanță în raport cu temeiul legal invocat respectiv etapa evaluării ofertelor.

3. 25% pentru restricționarea accesului operatorilor economici la procedura de atribuire - subpunctul 1.7 din anexa OUG nr. 66/2011 - aspect reținut în cazul contractului de lucrări nr. 713/20.01.2010. Abateră în acest caz, conform dispozițiilor anexei la OUG nr. 66/2011, vizează stabilirea în cadrul documentației de atribuire a unor cerințe de calificare și/sau selecție nelegale.

Concluziile Direcției de Control, întemeiate pe prevederile art. 178 alin. 2 din OUG nr. 34/2006, art. 8 din HG nr. 925/2006, au fost în sensul că autoritatea contractantă ar fi restricționat participarea la procedură prin inserarea unor cerințe care nu prezintă relevanță în raport cu contractul ce urma să fie atribuit. Caracterul restrictiv al unor cerințe se impune a fi analizat strict prin prisma justificării unui interes (analizat în materia achizițiilor publice raportat la conceptul de persoană vătămată - OUG nr. 34/2006), respectiv în situația în care vreun participant la procedură ar fi contestat aceste aspecte susținând că introducerea lor în documentația de atribuire i-ar fi restricționat accesul la procedură, or acest lucru nu s-a întâmplat în cazul de față.

Totodată, Comisia de soluționare a contestației s-a limitat la a enumera o serie de texte de lege, fără însă să indice în ce anume constă caracterul nelegal al cerințelor de calificare invocate. O atare abordare confirmă în mod evident că actul administrativ în discuție a fost emis cu abuz de putere de către organul abilitat de lege încălcându-se astfel drepturile și libertățile fundamentale ale particularului vizat prin sancțiunile aplicate. În concluzie, revenind la condițiile pe care trebuie să le îndeplinească motivarea actului administrativ, analizate în cadrul secțiunii anterioare, în cazul de față, ne situăm în prezența unei motivări eronate în ceea ce privește temeiul de drept referitor la aplicarea corecțiilor financiare.

Securitatea raporturilor juridice în materia actelor administrative

Potrivit art. 31 alin. 1 din OUG 66/2011 "activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare poate fi reluată de aceeași sau de altă structură de control prevăzută la art. 20 dacă, până la data îndeplinirii termenului de prescripție, apar alte date suplimentare necunoscute la data efectuării verificărilor sau apar erori de calcul care influențează rezultatele acestora".

În data de 22.09.2011, Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare (denumită în continuare Direcția de Control) a întocmit Nota de Constatare a Neregulilor și de Stabilire a Corecțiilor Financiare privind contractul de finanțare nr. 8/08.08.2008 cod SMIS 1113 cu titlul Reabilitarea drumului Ciucea-Crasna-Vârșolț. Concluziile acestui raport au fost în sensul că nu se confirmă suspiciunea de neregulă și în consecință, nu se impune aplicarea corecțiilor financiare prevăzute în OUG 66/2001. Verificarea a avut la bază aspectele privind impunerea de către Autoritatea Contractantă a unor criterii de calificare și selecție restrictive, respectiv nerespectarea termenului minim între data de transmitere spre publicare în JOUE a anunțului de participare și data limită de depunere a ofertelor.

În cadrul notei de constatare ce face obiectul prezentei plângeri, în urma verificărilor efectuate, s-au constatat în esență aceleași probleme semnalate și prin nota de constatare precedentă. Pentru ca o direcție de control cu competențe în domeniu să poată relua activitatea de constatare a neregulilor, se impune ca aceasta să intre în posesia unor date suplimentare necunoscute la momentul efectuării primei verificări.

Raportat la acest fapt, trebuie avute în vedere următoarele aspecte:

1. Prima notă de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor emisă de către Direcția de Control a avut la bază o perioadă de verificare cuprinsă în intervalul 29.08.2011 -16.09.2011;
2. Nota de constatare ce face obiectul prezentului litigiu a avut la bază un raport de audit, perioada misiunii de audit fiind cuprinsă în intervalul de timp 06.09.2011 - 12.11.2011;
3. Textul de lege mai sus menționat vorbește despre date suplimentare necunoscute la momentul efectuării primei verificări, ceea ce presupune în mod evident că între prima și a doua verificare trebuie să treacă un interval de timp în care pot apărea date suplimentare;
4. Cu toate acestea, în cazul de față, se inițiază un audit din partea Curții de Conturi - Autoritatea de Audit fără a se cunoaște constatările și rezultatul primei verificări.

Separat de faptul că Autoritatea de Audit nu era în măsură să analizeze aspectele cu privire la care s-au aplicat corecțiile financiare (problemă analizată în paginile următoare), aceasta din urmă a dat o altă interpretare situației de fapt analizate deja de către Direcția de Control la sfârșitul anului 2011, fără a identifica elemente de noutate. Nici OUG 66/2011, nici Normele Metodologice nu cuprind o definiție a ceea ce înseamnă „date suplimentare”. În acest context, având în vedere prevederile art. 21, alin. 19 din OUG 66/2011 care stabilesc că nota de constatare a neregulilor este act administrativ pe de-o parte, iar pe de altă parte acest act constată o creanță bugetară devenind titlu executoriu, asemănarea dintre un act emis de către structurile de control în virtutea OUG 66/2001 și un act emis de către un organ fiscal este covârșitoare.

Mergând pe acest raționament, art. 105 al C. proc. fiscală prevede că:

- „1. Prin excepție de la prevederile art. 105 alin. (3), conducătorul inspecției fiscale poate decide reverificarea unei anumite perioade.
2. Prin reverificare se înțelege inspecția fiscală efectuată ca urmare a apariției unor date suplimentare necunoscute inspectorilor fiscali la data efectuării verificărilor, care influențează rezultatele acestora.
3. Prin date suplimentare se înțelege informații, documente sau alte înscrisuri obținute ca urmare a unor controale încrucișate, inopinate ori comunicate organului fiscal de către organele de urmărire

penală sau autorități publice ori obținute în orice mod de organele de inspecție, posibil să modifice rezultatele inspecției fiscale anterioare".

Printre obiectivele urmărite de către Curtea de Conturi, se numără și cel de a controla exactitatea și realitatea situațiilor financiare, așa cum sunt menționate în reglementările contabile în vigoare. Prin controalele sale Curtea de Conturi urmărește economicitatea, eficacitatea și eficiența utilizării fondurilor publice. Sfidând competențele Curții de Conturi, raportul de audit ce a stat la baza întocmirii notei de constatare a neregulilor și de aplicare a corecțiilor financiare nu se rezumă la aspecte ce țin de exactitatea și realitatea situațiilor financiare, ci analizează însăși procedura de atribuire a contractului.

Această concluzie se desprinde cu ușurință dintr-o analiză a conținutului raportului care atinge aspecte ce țin de:

- nerespectarea formelor de publicitate;
- nerespectarea criteriilor stabilite de autoritatea contractantă în anunțul de participare și în documentația de atribuire;
- restricționarea accesului operatorilor economici la procedura de atribuire, în condițiile în care: sesizarea Direcției de Control a avut la bază raportul de audit, Autoritatea de Audit s-a pronunțat cu privire la anumite aspecte care exced competențelor acesteia, este clar că nu suntem în prezenta unor date suplimentare, ceea ce face imposibilă inițierea unei noi proceduri de verificare.

Comisia de soluționare a contestației invocă în motivarea superficială a deciziei sale dispozițiile art. 511 din Hotărârea plenumului Curții de Conturi nr. 130/2010, potrivit căroră „Atunci când în rapoartele de audit sunt consemnate nereguli, Autoritatea de Audit solicită autorităților competente să ia măsuri de înlăturare a acestora, iar acestea din urmă sunt obligate să le ducă la îndeplinire". Deși Comisia de soluționare a contestației încearcă să insinueze că raportul de audit întocmit de Curtea de Conturi este obligatoriu pentru aceasta, această susținere este neîntemeiată, în condițiile în care art. 5 lit. c din OUG 66/2011 utilizează termenul de „recomandări" când se referă la actele în categoria cărora intră și raportul de audit menționat.

În speța de față, norma specială, este OUG 66/2011 și nu prevederile Regulamentului privind organizarea și desfășurarea activităților specifice Curții de Conturi care constituie norma generală.

În consecință, ori de câte ori suntem în situația de a opta între aplicarea unei norme generale sau a unei norme speciale, se va aplica prioritar norma specială, indiferent dacă aceasta este mai veche sau mai nouă decât norma generală. În concluzie, în condițiile în care norma specială utilizează termenul de "recomandări", Direcția de Control avea obligația de a elimina aspectele cu privire la care s-a mai pronunțat deja și cu privire la care nu au apărut date suplimentare.

Atât raportul de audit întocmit în cauză, cât și nota de constatare a neregulilor și de aplicare a corecțiilor stabilește că în fișa de date a fost inclusă, printre altele, următoarea cerință restrictivă: „în cazul subcontractării, ofertantul se va angaja pentru executarea a cel puțin 70% din volumul lucrării cu forțe proprii, iar subcontractanții pentru restul de maxim 30%".

Separat de faptul că Autoritatea de Audit nu avea competență cu privire la acest aspect (așa cum am menționat în paginile anterioare), aceasta, alături de Direcția de Control, au ignorat într-un mod flagrant punctul de vedere al ANRMAR care statuează că atât legislația europeană cât și actele normative date în aplicarea acesteia nu exclud posibilitatea pentru autoritatea contractantă să limiteze subcontractarea pentru executarea anumitor părți esențiale ale contractului de achiziție publică. Același punct de vedere concluzionează că introducerea unei cerințe prin care autoritatea contractantă limitează subcontractarea la un anumit procent din valoarea contractului de achiziție publică nu excede prevederilor legale în domeniu.

Punctul de vedere emis de către ANRMAP reprezintă interpretarea oficială în materie, concluzie care se desprinde în mod clar din prevederile art. 4, alin. 6 din OUG nr. 52/2012: „Pe parcursul derulării activității de verificare, observatorii au dreptul să consulte Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, prin intermediul UCVAP Punctul de vedere emis de Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice reprezintă interpretarea oficială a legislației din domeniul achizițiilor publice și va fi pus în aplicare de către observatori.

Direcția de Control avea posibilitatea, astfel cum am menționat și în cele ce preced ca, în conformitate cu art. 10 alin. 1 din Normele metodologice de aplicare a OUG 34/2006, să solicite puncte de vedere ori informații structurilor de specialitate în vederea lămuririi aspectelor considerate a aduce atingere eficienței utilizării a fondurilor europene. Or Direcția de Control nu a considerat necesare lămuriri suplimentare de la autoritățile abilitate în domeniul achizițiilor publice, însă nici nu a înțeles să-și motiveze decizia de aplicare a corecțiilor financiare, ceea ce nu face decât să demonstreze netemeinicia deciziei de aplicare a acestor corecții.

Cele statuate prin decizia Curții de Apel Cluj la care a făcut referire nu pot fi contrazise de către nici o autoritate, întrucât ceea ce a reținut această instanță se impune cu forța autorității de lucru judecat. Or prin această decizie s-a reținut că „prin condițiile impuse de autoritatea contractantă s-au impus cerințe limitate la cele strict necesare pentru asigurarea îndeplinirii în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia, fără a fi restricționat dreptul operatorilor economici de a participa la licitație”.

CU PRIVIRE LA FONDUL CAUZEI

A. În ceea ce privește pretinsa nerespectare a formalităților de publicitate - pct. 1.1 și respectiv 2 din procesul-verbal: Subliniază în principal că prima procedură de atribuire inițiată de către autoritatea contractantă a fost anulată, aceasta fiind reluată în 2009. Acest aspect este relevant de menționat deoarece participanții la procedură au fost aceiași în ambele situații, aceștia având acces la documentația de atribuire încă de la prima procedură din 2008 și ca atare nu poate fi vorba de o imposibilitate de prezentare de oferte conforme/acceptabile pentru că li s-ar fi îngăduit accesul la informațiile relevante. Oricum, după cum vom arăta mai jos, și reducerile termenelor care ne-au fost imputate, au fost realizate în deplină concordanță cu prevederile legale aplicabile.

1. Raportat la contractul de lucrări nr. 713/20.01.2010

Reducerea termenului conform dispozițiilor art. 75 din OUG nr. 34/2006 în ceea ce privește reducerea termenului la 24 de zile între data publicării anunțului de participare și termenul limită de depunere a ofertelor, arată că anterior datei de publicare a anunțului de participare, în SEAP a fost publicat anunțul de intenție nr. 12359/19.08.2008 și în JOUE anunțul de intenție nr. S160-216406/20.08.2008.

a. Întrucât publicarea anunțului de intenție s-a făcut cu respectarea prevederilor art. 75, alin. 3 din OUG nr. 34/2006 coroborat cu art.75 alin. 2 anunțul de participare s-a transmis, în format electronic, spre publicare, termenul inițial de 52 de zile a fost diminuat la 29 de zile, în conformitate cu prevederile legale.

b. Având în vedere faptul că reclamantul a publicat în SEAP documentație de atribuire, documentația de atribuire fiind postată și pe de internet indicată în mod expres în anunțul de participare, termenul de 29 de zile a fost în continuare redus la 24, în conformitate cu art. 75 alin.5 din OUG nr 34/2006.

Referitor la susținerea Direcției de Control în sensul că anunțul de intenție nr. 12359/19.08.2008 „nu conține toate informațiile prevăzute în anunțul de participare (...) cel puțin cele referitoare la criteriile de calificare și criteriul de atribuire și cele privind dimensiunea lucrărilor, cu toate că la data transmiterii spre publicare a acestuia, 15.08.2008, aceste informații erau cunoscute de către autoritatea contractantă” arată că proiectul tehnic, chiar dacă a fost elaborat în anul 2007, nu cuprindea criteriile de calificare/criteriile de atribuire, acestea fiind elaborate pentru prima dată de către autoritatea contractantă la momentul întocmirii documentației de atribuire (art. 33 din OUG 34/2006).

Pe de altă parte, raportat la conținutul anunțului de intenție, subliniază faptul că OUG 34/2006 nu cuprinde dispoziții imperative cu privire la conținutul anunțului de intenție, respectiv cele ale anunțului de participare. În acest sens, solicită a observa faptul că articolele 51-53 din OUG 34/2006 vorbesc doar despre condițiile în care se impune publicarea unui anunț de intenție, nu și despre ceea ce trebuie să conțină acesta în mod expres.

Nu în ultimul rând, ține să menționeze faptul că anterior publicării anunțului de intenție nr. 12359/19.08.2008, reclamantul a mai solicitat publicarea unui anunț de intenție în SEAP, dar acesta a fost respins (anunț de intenție nr. 12346). Potrivit art. 49 din OUG 34/2006 (în forma actualizată la data publicării anunțului), Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice verifică fiecare anunț și emite fie acceptul de publicare fie respinge publicația anunțului în cazul în care se constată erori/omisiuni de completare, informând totodată autoritatea contractantă asupra acestei decizii, precum și asupra modului în care erorile/omisiunile pot fi remediate.

În consecință, în situația în care anunțul de intenție nr. 12359/19.08.2008 ar fi fost incomplet, ANRMAR ar fi trebuit să-l respingă, aspect care nu s-a întâmplat ci din contră, acest anunț a fost publicat. Raportat la constatarea în sensul că „nu a fost accesibilă prin internet toată documentația aferentă achiziției” aceasta nu corespunde realității în condițiile în care pe site-ul Consiliului Județean Sălaj apar menționate toate documentele, inclusiv planșele tehnice (extras www.cjsj.ro).

Subliniază faptul că nepublicarea planșelor în SEAP a fost cauzată de dimensiunea limitată a capacității de stocare a datelor deținute de SEAP, sens în care administratorul SEAP a transmis autorității contractante răspunsul cu nr 10753/06.09.2011. Raportat la contractul de servicii de supraveghere a execuției lucrărilor nr. 5946/22.06.2009 în cadrul notei de constatare atacate se reține faptul că „din verificarea procedurii de atribuire a contractului de servicii de supraveghere a execuției lucrărilor nr. 5946/22.06.2009 către S.C. SEARCH CORPORATION S.R.L. (...) nu a respectat prevederile art. 75 din OUG nr. 34/2006 cu privire la condițiile ce trebuiesc îndeplinite pentru a reduce perioada ..”. Se reține totodată faptul că perioada cuprinsă între data transmiterii anunțului spre publicare în Jurnalul Oficial al UE și termenul limită de deschidere a ofertelor a fost de 44 zile, în loc de 45 zile, perioadă minimă acceptată în condițiile legii.

Potrivit art. 75 alin. 1 din OUG 34/2006 (actualizată la momentul publicării anunțului de participare) „în cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este mai mare decât cea prevăzută la art. 55 alin. (2), perioada cuprinsă între data transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și data limită de depunere a ofertelor trebuie să fie de cel puțin 52 de zile.”

În cazul în care anunțul de participare este transmis, în format electronic, spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, perioada de 52 de zile poate fi redusă cu 7 zile (art. 75 alin. 4 OUG 34/2006).

Potrivit aceluiași articol sus-menționat, în cazul în care autoritatea contractantă publică în SEAP întreaga documentație de atribuire atunci aceasta are dreptul de a reduce perioada cu încă 5 zile (75 alin. 5 din OUG 34/2006).

Potrivit anunțului de participare nr. 72487/21.02.2009, data transmiterii anunțului la JOUE a fost 20.02.2009 iar data limită de depunere a ofertelor a fost 06.04.2009. Perioada cuprinsă între cele două date a suportat două reduceri succesive, respectiv:

- reducerea cu 7 zile, aspect care de altfel a fost reținut și de către Direcția de Control în cadrul procesului-verbal;
- reducerea în continuare cu încă 5 zile, aspect care nu a fost reținut a fi posibil de către Direcția de Control în cadrul actului administrativ emis; în ceea ce privește acest aspect, analizând anunțul de participare nr. 72487/21.02.2009, solicită a observa faptul că acesta a fost însoțit de către întreaga documentație de atribuire, permițând astfel accesul direct și nerestricționat al operatorilor economici la această documentație.

Nu cunoaște motivul pentru care Direcția de Control a apreciat că nu a fost pusă la dispoziție întreaga documentație tehnică. Într-adevăr, în caietul de sarcini se vorbește despre punerea la dispoziția Inginerului cu care va încheia contractul un exemplar din documentația tehnică de execuție, și în niciun caz despre documentația aferentă contractului de supraveghere, cum încearcă să insinueze Direcția de Control.

Mai mult decât atât, întreaga documentație de atribuire a fost postată și pe site-ul Consiliului Județean, putând fi obținută și de la sediul autorității contractante. În acest context, în condițiile în care întreaga documentație a fost publicată în SEAP, în mod corect autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de a beneficia de reducerea termenului cu încă 5 zile, constatându-se astfel respectarea integrală a prevederilor art. 75 din OUG 34/2006.

B. Raportat la existența unor cerințe restrictive în documentația de atribuire - punctul 1.2. din procesul-verbal:

1. Asigurarea biroului Inginerului

Raportat la acest aspect, nici măcar nu este clar în ce constă problema semnalată de către Direcția de Control: asigurarea biroului sau distanța la care acesta trebuia să fie situat? Nu este permis ca apărările formulate de către subiectul vizat prin actul administrativ să se realizeze prin interpretare. Totuși dat fiind faptul că Direcția de Control a subliniat ultima parte a cerinței, respectiv poziționarea efectivă a biroului, va răspunde punctual la acest aspect demonstrând că aceasta nu reprezintă o cerință restrictivă.

Astfel, aceste cerințe din fișa de date nu se subsumează prevederilor art. 178 alin. 2 din OUG 34/2006 și art. 8 alin. 1 lit. a din HG 925/2006 la care se face referire în nota de constatare. Aceasta deoarece cerința privind poziționarea biroului Inginerului la o distanță rezonabilă față de amplasamentul lucrărilor a fost menită să asigure colaborarea permanentă dintre echipa Antreprenorului și cea a Inginerului, colaborare absolut necesară în vederea asigurării lucrărilor ce urmau a fi efectuate. Mai mult, această cerință din fișa de date nu a fost contestată de către participanții la procedură, nefiind considerată o cerință restrictivă.

În acest context subliniază că determinarea caracterului restrictiv al unor cerințe nu poate fi realizată decât strict prin prisma interesului manifestat de participanții la procedură. Or, atâta vreme cât aceștia nu au contestat în vreun fel aspectele legate de birou, nu putem deduce altceva decât că aceștia nu au considerat această cerință ca fiind una susceptibilă a le îngădi accesul la procedură, și în consecință și-au asumat-o ca atare.

C. Cerința privind limitarea subcontractării

Prevederile din fișa de date referitoare la subcontractare sunt în conformitate cu prevederile art. 45 din OUG 34/2006, art. 37 din directiva 2004/17/EC și art. 25 din Directiva 2004/18/EC. Aceste texte legislative se referă la faptul că ofertanții sunt obligați să precizeze partea din contract pe care intenționează să o subcontracteze, însă nu se face nicio precizare cu privire la întinderea părții care poate fi subcontractată. Prin urmare, din moment ce legislația națională și europeană în materie nu instituie o limitare a părții din contract ce poate fi subcontractată, Direcția de Control nu are calitatea de a stabili că procentul de 30% prevăzut în fișa de date se constituie într-o cerință restrictivă, deoarece acolo unde legea nu distinge nici noi nu putem distinge.

Legalitatea acestor prevederi din fișa de date nu a fost contestată în niciun fel de către participanții la procedură ori de către altcineva prin mecanismele procedurale oferite de OUG 34/2006, prevederile fișei de date nefiind atacate în termenul legal și nefiind solicitate clarificări cu privire la acest aspect. În consecință, conținutul fișei de date a fost însușit fără obiecțiuni de către toți participanții la procedură, de unde putem concluziona că acesta a fost acceptat și însușit ca atare de către toți operatorii economici, care au considerat că nu le este îngăduit în niciun fel accesul liber la procedură, sau orice altă manifestare a conduitei concurențiale la această procedură.

Practica administrativ-jurisdicțională în materie consacră în unanimitate principiul potrivit căruia, în situațiile în care toți operatorii economici participanți la procedură adoptă atitudinea de a nu solicita clarificări ori remedieri privind documentele de calificare, se consideră că aceștia își însușesc documentația propusă ca fiind una care nu le lezează drepturile, nu le aduce prejudicii, și nici nu instituie restricții.

Mai mult nu poate fi vorba despre o vătămare a drepturilor vreunui dintre ofertanți, întrucât niciunul dintre aceștia nu a înțeles să prezinte o ofertă prin care să dorească să subcontracteze o parte din contractul în cauză, fiind preferată varianta asocierii. În acest context, este evident faptul că nu s-a adus vreo atingere drepturilor ofertanților, și prin urmare nu poate intra în discuție o pretinsă nelegalitate a procedurii de atribuire.

Modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică în discuție a fost îndeaproape supravegheată de către ANRMAP, UCVAP și ADR Nord-Vest, organisme cu competențe vaste în materia analizei legalității procedurii de achiziție publică, însă niciunul dintre aceste organisme nu a sesizat vreo neregularitate cu privire la prevederile pct. IV.4.4 din fișa de date. Cu ocazia analizării și verificării detaliate a documentelor de calificare și evaluare aferente contractului de execuție de lucrări, reprezentanții ADR Nord-Vest nu au solicitat niciun fel de clarificări legate de această cerință din fișa de date, acceptând dosarul de achiziție ca document justificativ valid pentru acordarea celei de-a doua tranșe a prefinanțării. În aceste condiții, consideră că este pe deplin îndreptățit să fie convins de legalitatea procedurii în cauză.

Impunerea de către autoritatea contractantă a unui anumit procent ce poate fi subcontractat nu contravine nici art. 2 alin. 2 din OUG 34/2006, fiind respectate toate principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, inclusiv acela al eficienței utilizării a fondurilor publice. Mai mult, conform prevederilor art. 45 alin. 1 din OUG 34/2006, ofertantul are dreptul de a subcontracta o parte din volumul lucrărilor, or în cazul de față nu a fost stânjenit în niciun fel acest lucru, întrucât a fost îngăduită subcontractarea unei părți din contract, și anume o parte însumând 30% din valoarea contractului. În condițiile în care legea nu specifică în mod clar care este procentul care poate fi subcontractat, teoretic acest procent ar putea ajunge și până la 99%.

La baza deciziei autorității contractante de a insera această cerință în cuprinsul fișei de date au stat considerente de ordin obiectiv, și anume amploarea contractului și valoarea importantă a acestuia. Aceste aspecte au impus necesitatea reducerii cât mai mult cu putință a riscurilor de eșec al

proiectului, întrucât posibilitatea de subcontractare într-un procent mai mare de 30% a fost apreciat de către autoritatea contractantă ca fiind susceptibilă a aduce atingere bunei desfășurări a lucrărilor, tocmai datorită insuficienței mecanismelor de control ce stau la dispoziția autorității contractante cu privire la subcontractanți. În acest context reamintesc prevederile art. 11 alin. 7 din HG 925/2006 care prohibesc impunerea de către autoritatea contractantă a îndeplinirii unor criterii de calificare de către subcontractanți. Per a contrario, atâta timp cât autoritatea contractantă nu are la îndemână posibilitatea de a impune subcontractanților criterii de calificare, limitarea subcontractării de către autoritatea contractantă este îngăduită.

Prin urmare, autoritatea contractantă a avut în vedere la elaborarea acestui criteriu din fișa de date exclusiv interesul public, nefiind intenționată nicidecum o limitare a posibilităților ofertanților de a accede la acest proiect. Având în vedere lungimea drumului propus a fi reabilitat (aprox. 38 km), degradările majore existente în structura rutieră la data proiectării (2008) și evoluția accelerată a acestora în perioada ce s-a scurs de la elaborarea proiectului și până la semnarea contractului de execuție, intervenția unei eventuale subcontractări într-o pondere excesivă ar fi amplificat problemele tehnice și economice cu care autoritatea contractantă s-a confruntat pe parcursul realizării investiției. Toate aceste aspecte constituie dovezi privind bunele intenții ale autorității contractante de a asigura condiții cu risc minim pentru derularea contractului și finalizarea investiției.

De altfel, această linie de gândire este confirmată de jurisprudența Curții Europene de Justiție, care în cazul C-314/01 Siemens și ARGE Telecom a statuat că limitarea subcontractării este posibilă în cazurile în care autoritatea contractantă nu are posibilitatea în mod obiectiv de a verifica capacitățile tehnice și economice ale viitorilor subcontractanți.

Evaluând încă o dată modul de atribuire a contractului de achiziție către asocierea câștigătoare, asociere care a oferit prețul cel mai scăzut dintre ofertanții calificați, și luând în considerare modul de desfășurare a contractului, finalizarea cu succes a execuției lucrărilor consacrată prin procesul-verbal de recepție nr. 15050 din 08.12.2011 încheiat la terminarea lucrărilor, apreciază că cerința privind limitarea subcontractării, însușită se către toți operatorii, nu este sub nicio formă în măsură să prejudicieze bugetul UE, bugetele donatorilor publici internaționali, sau fondurile publice naționale aferente acestora, printr-o sumă plătită necuvenită. Ori tocmai aceste aspecte i se impută părții constatate atacată.

În legătură cu neîndeplinirea de către ofertantul câștigător a criteriilor minime de calificare - punctul 1.3. din procesul-verbal: Responsabilul tehnic cu execuția: S-a reținut de către Direcția de Control că Responsabilul tehnic cu execuția prezentat de ofertantul câștigător, dl T.G, nu ar avea atestat valabil la data ofertării. Raportat la acest aspect, din analiza documentelor prezentate (Certificatul de Atestare Tehnico-Profesională și Legitimația de Responsabil Tehnic) rezultă în mod neechivoc două concluzii: Legitimația este actul care atestă calitatea acestuia de responsabil tehnic, aceasta fiind emisă în baza certificatului de atestare nr. 06555 din 03.06.2004;

Legitimația de responsabil tehnic este actul care se impune a fi vizat din 5 in 5 ani, după cum rezultă chiar din cuprinsul acesteia, or aceasta are o dată de eliberare de 26.01.2005 și ca atare era perfect valabilă la momentul evaluării, viza urmând a fi aplicată abia în anul 2010. Având în vedere considerentele expuse mai sus, este evident că această cerință a fost îndeplinită de către ofertantul câștigător.

Responsabilul tehnic cu calitatea: S-a reținut de asemenea de către Direcția de Control că responsabilul tehnic cu calitatea prezentat de ofertantul câștigător, dl. N.D, nu ar fi deținut experiența specifică de minim 5 ani în asigurarea calității în domeniul construcțiilor de drumuri. După cum se poate observa din analiza CV-ului depus de către dl S, încă din anul 1988, acesta a

desfășurat activități în domeniul reparațiilor și lucrărilor de drumuri, iar începând din anul 2001, dl S a deținut funcția de Director Calitate la SC Gotic SA Brașov. Mai mult decât atât, în perfectă conformitate cu cerințele Fișei de Date, pentru certificarea informațiilor prezentate în CV, dl S prezintă și diploma de inginer, atestare privind deținerea titlului de Responsabil cu calitatea, recomandări din partea angajatorului, precum și o copie a contractului individual de muncă.

Ca atare, concluzia potrivit căreia ofertantul câștigător nu ar fi îndeplinit cerința mai sus menționată este una complet neîntemeiată, având în vedere că dl S deține chiar mai multă experiență decât ce se solicita de către autoritatea contractantă cu titlu de cerință minimă.

Punerea la dispoziția Inginerului a unui birou și autoturism: Cu privire la această cerință, Direcția de Control reține că ofertantul câștigător nu ar fi îndeplinit cerințele minime de calificare, deoarece costurile aferente asigurării biroului și autoturismului (elemente prevăzute ca cerințe minime de calificare) sunt regăsite și în cadrul propunerii sale financiare.

Subliniază faptul că și de această dată suntem în prezența unei concluzii eronate având în vedere următoarele aspecte:

- în conformitate cu prevederile Fișei de Date, ofertantul câștigător depune în cadrul ofertei sale o declarație prin care se obligă să asigure și să pună la dispoziția Inginerului spațiul de birou, precum și mijlocul de transport destinat Inginerului;
- asigurarea biroului pentru Inginer este confirmată în mod neechivoc și de existența a două contracte de închiriere încheiate de ofertantul câștigător cu autoritatea contractantă, respectiv contractul nr. 14870 din 21.12.2010 (durată până în 31.03.2011) și contractul nr. 3134 din 23.03.2011 (cu începere din 31.03.2011 până în 31.03.2012);
- elementele ce se regăsesc în cadrul propunerii financiare ale ofertantului câștigător, nu sunt cele prevăzute pentru îndeplinirea condițiilor minime, de această dată fiind vorba de dotările necesare Antreprenorului și organizării de șantier al acestuia; Sintagma „Inginer” în acest caz nu reprezintă entitatea angajată pentru supravegherea lucrărilor, cum consemnează eronat Direcția de Control, ci persoana inginerului angajat de către antreprenor pentru derularea efectivă a lucrărilor de execuție;
- raportat la eligibilitatea cheltuielilor mai sus menționate, subliniază faptul că acestea nu au fost efectiv achitate de către autoritatea contractantă pe motiv că nu îndeplineau cerințele prevăzute în cadrul Ordinului nr. 607/914 din 25.07.2007 - pentru aprobarea categoriilor de cheltuieli eligibile pentru domeniul major de intervenție „Reabilitarea și modernizarea rețelei de drumuri județene, străzi urbane-inclusiv construcția/reabilitarea șoselelor de centură” în cadrul axei prioritare „Îmbunătățirea infrastructurii de transport regionale și locale” din cadrul Programului operațional regional 2007-2013; Oricum aspectele legate de neplata efectivă a acestor cheltuieli de către autoritatea contractantă nu schimbă cu nimic faptul că elementele în discuție nu se suprapun peste cele prevăzute ca și condiții minime de calificare, care, după cum am precizat anterior, au fost îndeplinite în mod conform de către ofertantul câștigător. Ca atare, raportat la toate considerentele expuse mai sus, solicită admiterea contestației astfel cum aceasta a fost formulată. În drept s-au invocat dispozițiile legale la care a făcut referire în text.

Pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI a formulat întâmpinare la acțiunea formulată de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Sălaj, pe care solicită instanței să o respingă ca neîntemeiată.

Asupra cauzei de față, Curtea constată următoarele:

În baza Ordinului nr. 35/14.02.2012, emis de Ministrul Dezvoltării Regionale și Turismului, echipa de control din cadrul instituției pârâte a procedat la încheierea notei de constatare în baza extrasului din Raportul de audit de operațiuni pentru POR al Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.2011, înregistrat la MDRT cu nr. 94973/22.12.2011, transmis cu adresa nr. VT-

5806/25.01.2012, conținând constatări cu implicații financiare cu privire la încălcarea legislației specifice achizițiilor publice, respectiv, OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva acestei note reclamantul a formulat contestație, soluționată prin Decizia nr. 42/12.04.2012 în sensul respingerii ei. Reclamantul invocă lipsa motivării deciziei datorită lipsei mențiunilor cu privire la considerentele pentru care susținerile sale au fost înlăturate. Este adevărat că obligația autorității emitente de a motiva actul administrativ constituie o garanție împotriva arbitrarului în conduita administrației publice, menită, pe de o parte, să permită destinatarilor unei decizii administrative să-i cunoască și să-i evalueze temeiurile și efectele și, pe de altă parte, să facă posibilă exercitarea controlului de legalitate, o motivare insuficientă sau greșită echivalând cu lipsa motivării. Totuși, legat de primul motiv de nelegalitate invocat de către reclamant, instanța reține îndeplinirea cerinței motivării actului administrativ prin referirea expresă la un alt înscris pe care îl înglobează.

Prin urmare, împrejurarea că în decizia nr.42/12.04.2012 emisă de Comisia de Soluționare a contestațiilor din cadrul MDRT nu sunt reluate, in extenso, toate temeiurile de fapt și de drept consemnate în nota de constatare a neregulilor, nu constituie motiv de invaliditate a actului administrativ, trebuind avute în vedere art. 50 din OUG 66/2011 în raport cu baza factuală reținută și cu procedura de derulare a procedurilor administrative anterioare emiterii deciziei.

Din verificarea procedurii de atribuire a Contractului de lucrări nr. 713/20.01.2010 către Asocieria formată din SC EUROSTRADA SRL + SC HIDROCONSTRUCTIA SA + SC RECON SA, în baza raportului de audit s-au constatat următoarele deficiențe:

1. Beneficiarul nu a respectat prevederile art. 75 din OUG nr. 34/2006 cu privire la condițiile ce trebuie întrunite pentru a reduce perioada cuprinsă între data transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al UE și data limită de depunere a ofertelor;
2. Autoritatea contractantă a restricționat accesul operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului de lucrări prin impunerea în fișa de date a achiziției a unor cerințe minime (în cazul subcontractării, ofertantul câștigător are obligația realizării unui procent de minim 70% din volumul lucrărilor cu forțe proprii) de calificare care contravin principiilor nediscriminării, tratamentului egal și recunoașterii reciproce, prevăzute la art. 2 din OUG nr.34/2006;
3. Ofertantul câștigător nu îndeplinește cerințele minime de calificare prevăzute în fișa de date a achiziției și caietul de sarcini aferent acesteia, respectiv, responsabilul tehnic cu execuția nu are atestat valabil la data ofertării, iar responsabilul cu calitatea nu are experiență specifică minimă de 5 ani în asigurarea calității în domeniul construcțiilor de drumuri.

Pentru stabilirea corecției financiare auditorul a avut în vedere dacă, contractul în cauză se află sau nu sub incidența directivelor comunitare privind contractele de achiziții publice, precum și influența/impactul deficiențelor constatate.

Din analiza prevederilor OUG 66/2011, rezultă faptul că pentru abaterea constatată este aplicabilă o corecție de 2%, 5% sau 10% (pct. 1 sub-punct 1.12) din valoarea contractului în cauză, în funcție de gravitate. Dat fiind faptul că deși criteriul de atribuire a fost „prețul cel mai scăzut” a fost declarată câștigătoare oferta cu prețul cel mai mare, echipa de audit a apreciat că deficiența a avut un impact ridicat și a propus aplicarea unei corecții de 10% din valoarea contractului.

În cauză, echipa de control, preluând constatările, concluziile și recomandările Autorității de Audit din Raportul de audit de operațiuni pentru POR al Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.2011, în

temeiul prevederilor OUG nr. 66/2011 și a normelor de aplicare a acesteia, respectiv HG 875/2011, a constatat faptul că, pe de o parte, se impune aplicarea unei corecții financiare de 25 % din valoarea contractului de lucrări nr. 713/20.01.2010 încheiat de UAT județul Sălaj cu asocierea SC EUROSTRADA SRL - SC HIDROCONSTRUCȚIA SA - SC RECON SA., atribuit fără organizarea unei licitații adecvate respectiv suma de 6.205.105,55 lei.

De asemenea, prin aceeași Notă de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, în cazul contractului de servicii de supraveghere a execuției lucrărilor nr. 5946/22.06.2009 încheiat de UAT județul Sălaj cu SC SEARCH CORPORATION SRL, corecția financiară a fost de 59.929,19 lei, fără TVA (10% din valoarea contractului).

În concluzie, s-a stabilit că Unitatea Administrativ Teritorială a Județului Sălaj, datorează autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene un debit în valoare de 7.781.319,45 lei, după cum urmează: contribuție bugetul UE: 5.528.794,2 lei - 86,50 %; contribuție bugetul de stat: 735.042,01 lei - 11,50 %; TVA: 1.517.483,25 lei.

Pornind de la aceste susțineri ale pârâtului, Curtea constată că cele reținute de către Minister se bazează exclusiv pe concluziile autorității de audit care nu sunt obligatorii pentru autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene, ci sunt oferite cu titlul de recomandări.

În acest sens, este corectă susținerea reclamantului potrivit căreia art. 5 lit. c din OUG 66/2011 utilizează termenul de recomandări când se referă la actele în categoria cărora intră și raportul de audit menționat cât și din art. 10 alin. 1 din cadrul Normelor metodologice de aplicare a prevederilor OUG 66/2011. Astfel, structurile de control sau autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene pot solicita puncte de vedere ori informații oricăror alte entități publice sau structuri de specialitate în vederea stabilirii stării de fapt reale care a atras suspiciuni cu privire la legala utilizare a fondurilor europene.

Cu privire la incidența în cauză a prevederilor art. 31 din OUG 66/2011, în cadrul notei de constatare a cărei anulare o solicită, Direcția de Control a reținut că Raportul de audit de operațiuni nr. 51648/AP/22.12.2011 reprezintă "...alte date suplimentare necunoscute la data efectuării verificărilor". Direcția de Control, făcând aplicarea art. 31 din OUG 66/2011, a pus semnul egalității între datele suplimentare și actele de control propriu-zise. Potrivit textului de lege menționat, reluarea verificărilor este posibilă doar dacă în cuprinsul unui raport de audit apar date suplimentare.

Potrivit art. 14 din Normele Metodologice de Aplicare ale OUG 66/2011, datele suplimentare necunoscute la data efectuării verificărilor pot fi cuprinse în: sesizări, rapoarte de control/audit interne sau externe ori în hotărâri definitive și irevocabile pronunțate de către instanțele judecătorești, primite de către autoritatea contractantă. Aplicând prin analogie prevederile art. 105 ind. 1 Cod proced. fiscală, noțiunea de „dată suplimentară” presupune existența unei informații noi, necunoscute la data efectuării verificărilor și de natură să modifice rezultatele inspecției anterioare.

Într-un punct de vedere exprimat de către ANRM MAP, aceasta a concluzionat că activitatea de supraveghere și monitorizare a modului de atribuire a contractelor de achiziții publice revine ANRM MAP, ca unică autoritate care are competențe în acest sens, fiind exclusă astfel competența în materie a Curții de Conturi în materia constatării și sancționării abaterilor în procedura reglementată de OUG 34/2006. Nu în ultimul rând, trebuie arătat faptul că raportul de audit nu este opozabil reclamantului iar Comisia de soluționare a contestațiilor, preluând întocmai susținerile notei de constatare a neregulilor respectiv ale raportului de audit nu a dovedit întrunirea condițiilor prevăzute de lege pentru constatarea existenței unor nereguli, așa cum sunt

ele definite la art. 1 alin 1 lit. a din OUG 66/2011 respectiv nu a evidențiat vreo abatere de la legislația în materia achizițiilor publice, vreun prejudiciu adus bugetului UE sau plata unor sume necuvenite.

Mai mult, procedura de publicitate nu constituie un element auxiliar procedurii de achiziție, cerințele minime de calificare sunt distincte de factorii de evaluare iar eventualele condiții restrictive trebuie invocate de către participanți sau virtuali participanți, deci de către cei ce pot justifica o vătămare iar nu de către un organ de control.

Raportat la legalitatea procedurii de atribuire și respectiv la cerințele impuse de către autoritatea contractantă în cadrul fișei de date, există autoritate de lucru judecat ce rezultă dintr-o hotărâre irevocabilă a Curții de Apel Cluj prin care s-a analizat sub toate aspectele fișa de date a achiziției, ocazie cu care a confirmat legalitatea și oportunitatea tuturor cerințelor de calificare și evaluare.

Astfel, prin Decizia nr. 3261/2009 pronunțată de Curte a statuat în mod irevocabil asupra următoarelor:

„Conform prevederilor pct. IV.4.1 din fișa de date - personalul tehnic de specialitate - personal minim solicitat proiect, inginer drumuri și poduri să fie absolvent cu diplomă de licență în domeniul respectiv, cu cel puțin 10 ani experiență în derularea unor proiecte similare ca natură, mărime și complexitate, dovedind implicarea ca și, coordonator de proiect în derularea a cel puțin unui contract de lucrări de construcții în domeniul infrastructurii de transport rutier, întocmit pe baza condițiilor Contractuale FIDIC 1999 în valoare de minim 30.000.000 lei fără TVA, care să fi avut ca obiect și lucrări de poduri.

Potrivit pct. IV.4.2 - Declarație privind echipamentele tehnice - se solicită a se face dovada anului de fabricație al utilajelor, instalațiilor și al echipamentelor tehnice. Stația de preparat mixturi asfaltice, stația de betoane, repartizoarele de asfalt, autobasculantele, compactoarele, pompele de beton transportoarele de beton trebuie să aibă o vechime de cel mult 5 ani la data deschiderii ofertelor, iar potrivit pct. IV.4.6 - lista cu experiență similară - s-a prevăzut ca și cerință obligatorie prezentarea a 3 contracte de execuție de lucrări similare în domeniul infrastructurii de drumuri a căror valoare să fie de minim 63.000.000 lei fără TVA, dintre care cel puțin un contract de execuție cu lucrări similare în domeniul infrastructurii rutiere pe procedura FIDIC 1999, a cărui valoare să fie de minim 20.000.000 lei fără TVA”.

În conformitate cu prevederile art. 47 și 48 din Directiva nr. 18/2004/CE, autoritățile contractante pot solicita candidaților și ofertanților să îndeplinească niveluri minime de capacități. Amploarea informațiilor cu privire la capacitatea economică și profesională, precum și nivelurile minime de capacități necesare pentru un anumit contract trebuie raportate la/și proporțional cu obiectul contractului. Făcând aplicarea principiului proporționalității, autoritatea contractantă are obligația de a ține seama de obiectul contractului de achiziție publică care urmează să fie încheiat atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul cerințelor minime solicitate, luând în considerare totodată și exigențele specifice impuse de natura și complexitatea contractului ce urmează să fie atribuit.

Dispozițiile legale sus arătate trebuie însă raportate și corelate cu disp. art. 176 din OUG nr. 34/2006 potrivit cărora autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare numai la:

- a) situația personală a candidatului sau ofertantului
- b) capacitatea de exercitare a activității profesionale
- c) situația economică și financiară
- d) capacitatea tehnică și/sau profesională
- e) standard de asigurare a calității

f) standard de protecție a mediului în situațiile prev. la art. 188 alin. 2 lit. f și alin. 3 lit. e.

Criteriile de calificare și selecție astfel cum sunt prevăzute la art. 176 din ordonanță au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare. Prin urmare, este lăsată la dispoziția autorității contractante instituirea unor cerințe de calificare/selecție.

Raportat la cele arătate mai sus, cerințele impuse de autoritatea contractantă nu sunt de natură restrictivă, imposibilitatea dovedirii lor de către un operator economic nu poate fi apreciată ca o restricționare a dreptului de a participa la licitație, cu atât mai mult cu cât unele din condițiile impuse de către autoritatea contractantă au fost îndeplinite de către contestatoare, respectiv cea prevăzută la pct. IV.4.2. În aprecierea condițiilor impuse de autoritatea contractantă, trebuie avut în vedere și principiul preeminenței interesului public asupra interesului privat. Anularea procedurii de achiziție cu consecința reluării acesteia este de natură a prejudicia un interes legitim public ce vizează satisfacerea unor nevoi comunitare și realizarea competențelor unei autorități publice.

În cauză, finanțarea proiectului este asigurată în baza contractului de finanțare nr. 8/2009 modificat prin actul adițional nr. 1/2009 încheiate între Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Locuinței, Agenția de Dezvoltare Regională Nord Vest și Parteneriatul dintre județele Cluj și Sălaj. Conform clauzelor contractului de finanțare, orice întârziere din partea beneficiarilor finanțării în implementarea proiectelor este de natură a produce consecințe grave pornind de la amânarea finanțării și terminând cu rezilierea contractului. Faptul că utilizarea condițiilor contractuale FIDIC 1999 nu este o obligație legală urmare a abrogării Ordinului nr. 1059/555/306/2009 nu are ca efect imposibilitatea sau interzicerea folosirii condițiilor Contractuale FIDIC de către autoritățile contractante ca măsură de protecție a interesului public, având în vedere faptul că acest model de contract este un contract precis de reglementare menit să asigure buna desfășurare a relațiilor contractuale între părți fiind utilizat pe scară largă la nivel european și internațional.

Prin condițiile impuse de autoritatea contractantă s-au impus cerințe limitate la cele strict necesare pentru asigurarea îndeplinirii în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia, fără a fi restricționat dreptul operatorilor economici de a participa la licitație.

Cu privire la fondul actelor administrative contestate:

În ceea ce privește încălcarea prevederilor art. 75 din OUG nr.34/2006, s-a constatat de către pârât faptul că Autoritatea contractantă a redus la 24 zile termenul minim de 52 zile între data publicării anunțului de participare și termenul limită de depunere a ofertelor, prevăzut la art. 75 din OUG nr.34/2006, în condițiile în care nu au fost îndeplinite toate condițiile legale de reducerea acestui termen, respectiv:

- anunțul de intenție nr. 12359/19.08.2008 nu conține toate informațiile prevăzute în anunțul de participare, (art.75 alin.3) informații esențiale pentru ofertanți, cel puțin cele referitoare la criteriile de calificare și criteriul de atribuire și cele privind dimensiunea lucrărilor, cu toate că la data transmiterii spre publicare a acestuia, 15.08.2008 aceste informații erau cunoscute de către autoritatea contractantă, proiectul tehnic fiind elaborat în cursul anului 2007;
- nu a fost accesibilă prin internet toată documentația aferentă achiziției (art.75 alin. 5 și 6), potrivit Fișei de date: Planșele tehnice pot fi consultate la sediul autorității contractante.

Astfel, susține raportul de audit preluat în nota de control și apoi în decizia contestată, au fost încălcate prevederile art. 75 din OUG nr.34/2006, potrivit cărora: „perioada cuprinsă între data transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și data

limită de depunere a ofertelor trebuie să fie de cel puțin 52 de zile." Prin transmiterea spre publicare în Jurnalul Oficial al UE beneficiarul putea beneficia de reducerea termenului limită de depunere a ofertelor, conform alin. 4 al art. 75 din OUG nr.66/2001. Prin nepublicarea întregii documentații începând cu data publicării anunțului autoritatea contractantă nu putea beneficia de reducerea de 5 zile prevăzută la art. 75 alin. 5 și 6 din OUG nr. 34/2006.

În ceea ce privește impactul pe care l-a avut reducerea termenului de depunere a ofertelor, având în vedere faptul că în cadrul acestei proceduri de achiziție pe baza criteriului prețului cel mai scăzut, la care au participat 5 operatori economici, iar 4 - cu prețurile cele mai mici au fost descalificați (în cazul a 3 dintre aceștia motivul fiind depunerea de certificate fiscale fără obligații restante, dar expirate), din analiza efectuată consideră că un termen mai mare ar fi dat posibilitatea ofertanților să-și actualizeze certificatele expirate.

În ce privește modul de calcul al termenelor, potrivit prevederilor art. 3 alin.(1) teza II din Regulamentul Consiliului (CEE, Euroatom) nr. 1182/71 din 2007, privind stabilirea regulilor care se aplică termenelor, datelor și expirării termenelor, "Dacă un termen exprimat în zile, în săptămâni, în luni sau în ani se calculează din momentul în care intervine un eveniment sau se realizează acest act, ziua în cursul căreia a avut loc acest eveniment sau se realizează acest act nu este luată în calculul termenului". Au fost încălcate astfel prevederile art. 75 din OUG nr.34/2006, potrivit cărora: „(1) perioada cuprinsă între data transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și data limită de depunere a ofertelor trebuie să fie de cel puțin 52 de zile."

Privitor la aceste aspecte, în ceea ce privește reducerea termenului la 24 de zile între data publicării anunțului de participare și termenul limită de depunere a ofertelor raportat la contractul de lucrări nr.713/20.01.2010, anterior datei de publicare a anunțului de participare, în SEAP a fost publicat anunțul de intenție nr. 12359/19.08.2008 și în JOUE anunțul de intenție nr. S160-216406/20.08.2008. Publicarea anunțului de intenție s-a făcut cu respectarea prevederilor art. 75, alin. 3 din OUG nr. 34/2006 coroborat cu art. 75 alin. 2 iar anunțul de participare s-a transmis, în format electronic, spre publicare în JOUE, termenul inițial de 52 de zile fiind diminuat la 29 de zile, în conformitate cu prevederile legale.

Fiind publicată în SEAP întreaga documentație de atribuire și de asemenea postată și pe adresa de internet indicată în mod expres în anunțul de participare, termenul de 29 de zile a fost în continuare redus la 24, în conformitate cu art. 75 alin.5 din OUG nr. 34/2006. Proiectul tehnic, chiar dacă a fost elaborat în anul 2007, nu cuprindea criteriile de calificare/criterii de atribuire, acestea fiind elaborate pentru prima dată de către autoritatea contractantă la momentul întocmirii documentației de atribuire (art. 33 din OUG 34/2006). Raportat la conținutul anunțului de intenție, subliniază faptul că OUG 34/2006 nu cuprinde dispoziții imperative cu privire la conținutul anunțului de intenție, respectiv cele ale anunțului de participare.

De altfel, în situația în care anunțul de intenție nr. 12359/ 19.08.2008 ar fi fost incomplet, ANRMAP ar fi trebuit să-l respingă potrivit art. 49 din OUG 34/2006. De asemenea, pe site-ul Consiliului Județean Sălaj apar menționate toate documentele, inclusiv planșele tehnice (www.cjsj.ro).

Raportat la contractul de servicii de supraveghere a execuției lucrărilor nr. 5946/22.06.2009 potrivit art. 75 alin. 1 din OUG 34/2006 „în cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este mai mare decât cea prevăzută la art. 55 alin. (2), perioada cuprinsă între data transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și data limită de depunere a ofertelor trebuie să fie de cel puțin 52 de zile." Art. 75 alin 4 statuează în sensul că în cazul în care anunțul de participare este transmis, în format electronic, spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, perioada de 52 de zile poate fi redusă cu 7 zile.

De asemenea, potrivit alin 5 al aceluiași articol, în cazul în care autoritatea contractantă publică în SEAP întreaga documentație de atribuire atunci aceasta are dreptul de a reduce perioada cu încă 5 zile. Potrivit anunțului de participare nr. 72487/21.02.2009, data transmiterii anunțului la JOUE a fost 20.02.2009 iar data limită de depunere a ofertelor a fost 06.04.2009. Anunțul de participare nr. 72487/21.02.2009 a fost însoțit de către întreaga documentație de atribuire, permițând accesul direct și nerestricționat al operatorilor economici la această documentație.

În caietul de sarcini se vorbește despre punerea la dispoziția Inginerului cu care va încheia contractul un exemplar din documentația tehnică de execuție, nu a documentației aferente contractului de supraveghere. Întreaga documentație de atribuire a fost postată și pe site-ul Consiliului Județean, putând fi obținută și de la sediul autorității contractante.

În ceea ce privește cea de-a doua abatere, s-a constatat de către pârât faptul că în fișa de date a achiziției au fost incluse următoarele cerințe restrictive:

- La punctul IV.4.2.) - Cap. II - punerea de către antreprenor la dispoziția Inginerului însărcinat cu supravegherea lucrărilor a unui birou cu dotările aferente. „Asigurarea biroului Inginerului trebuie să se facă la o distanță rezonabilă față de amplasamentul lucrărilor.

Autoritatea contractantă consideră că această distanță este rezonabilă dacă nu depășește 10 km.

- La punctul IV.4.4: „în cazul subcontractării, ofertantul se va angaja pentru executarea a cel puțin 70% din volumul lucrării cu forțe proprii, iar subcontractanții pentru restul de maxim 30%.

Au fost încălcate astfel prevederile :

- art. 178. (2 din OUG nr. 34/2006 potrivit căroră „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire.

- Art. 8 din HG nr.925/2006: „(1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care:

a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.

- Art. 45 din OUG nr. 34/2006: "(1) ofertantul are dreptul de a include în propunerea tehnică posibilitatea de a subcontracta".

În cazul în care autoritatea contractantă solicită, ofertantul are obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși. Cu privire la asigurarea biroului inginerului, poziționarea lui a fost gândită în ideea de a asigura colaborarea cu antreprenorul și inginerul, în vederea efectuării unor lucrări corespunzătoare, nefiind așadar vorba despre vreo cerință restrictivă. Potrivit art. 45 din OUG 34/2006, art. 37 din Directiva 2004/17/EC, art. 25 din Directiva 2004/18/EC, ofertanții sunt obligați să precizeze partea din contract pe care intenționează să o subcontracteze, neexistând vreo restricție asupra părții din contract ce poate fi subcontractată.

S-a reținut în jurisprudență că „impunerea de către autoritatea contractantă a unei limitări a părții subcontractate ...reprezintă o măsură de garanție, pe care aceasta a înțeles să o folosească pentru a evita situația în care contractul este încheiat cu ofertantul câștigător .. dar lucrarea în sine este executată de agenți economici în legătură cu care nu se cunoaște dacă îndeplinesc sau nu criteriile de calificare stabilite pentru ofertanți.

Legalitatea acestor prevederi din fișa de date nu a fost contestată în nici un fel de către participanții la procedură prin mecanismele procedurale oferite de OUG 34/2006, nu au fost solicitate clarificări

cu privire la acest aspect ceea ce conduce la concluzia îndreptătită a reclamantului că operatorii economici au considerat că nu le este îngăduit în nici un fel accesul liber la procedură. De altfel, potrivit jurisprudenței Curții Europene de Justiție - cazul C- 314/01 Siemens și ARGE Telecom - s-a statuat că limitarea subcontractării este posibilă în cazurile în care autoritatea contractantă nu are posibilitatea în mod obiectiv de a verifica capacitățile tehnice și economice ale viitorilor subcontractanți.

Și ANRM MAP a arătat că limitarea subcontractării de către autoritatea contractantă este posibilă atâta timp cât nu se pot impune criteriile de calificare pentru subcontractanți. Cu privire la cea de-a treia deficiență constatată, s-a arătat în actul de control că ofertantul câștigător nu îndeplinea următoarele cerințe minime de calificare:

- Responsabilul tehnic cu execuția T.G nu are atestat valabil la data ofertării;
- Responsabilul cu calitatea - N.D - nu are experiență specifică minimă de 5 ani în asigurarea calității în domeniul construcțiilor de drumuri;
- Potrivit caietului de sarcini și fișei de date a achiziției, executantul pune la dispoziția inginerului pe cheltuiala sa un birou cu dotările aferente și un autoturism. Cu toate că prin Declarația depusă de ofertant acesta se obligă să asigure și să pună la dispoziția Inginerului dotările conform cerințelor din fișa de date pct. IV.4.2., costurile aferente, în sumă de 304.762 lei sunt incluse în oferta financiară la capitolul organizare de șantier și implicit în costul total al ofertei.

Au fost încălcate astfel prevederile:

Art. 36, alin. 1 lit. b din HG 925/2006, potrivit căruia: „Oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: (...) b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește cerințele minime de calificare”.

Pct. 5 din Anexa 4 la HG nr.28/2008 privind aprobarea modelului și structurii devizului general, care stabilește categoriile de costuri care se includ în organizarea de șantier.

Pct. IV.4.1. din Fișa de date a achiziției care prevede: „Personal minim solicitat (...) Minim 2 responsabili tehnici cu execuția - cu atestat valabil la data ofertării (...) Minim 1 responsabil cu calitatea - cu atestat valabil la data ofertării și cu experiență specifică minimă de 5 ani în asigurarea calității în domeniul construcțiilor de drumuri și poduri.

Pct. IV.4.2. din Fișa de date a achiziției, potrivit căruia: ofertantul va fi obligat să asigure și să pună la dispoziția Inginerului următoarele dotări minime: Un spațiu dotat cu mobilier, 2 calculatoare, minim 2 imprimante, un copiator și minim un telefon/fax, minim un mijloc de transport, mijlocul de transport la expirarea contractului va rămâne în proprietatea autorității contractante, dotările ce trebuie asigurate, sunt descrise în Caietul de Sarcini la capitolul Generalități.

Pct. 3.2. din Caietul de Sarcini: „Executantul va construi pe cheltuiala sa un birou pe șantier pentru Inginer, va furniza toate instrumentele, va furniza piese de mobilier și echipamente noi după cum este detaliat în Anexa 1: „Atunci când nu mai sunt necesare piesele de mobilier și echipamentele vor deveni proprietatea beneficiarului local”.

Cu privire la aceste presupuse nereguli, Curtea constată că, d-l T. are calitatea acestuia de responsabil tehnic, potrivit certificatului de atestare nr. 06555 din 03.06.2004 iar legitimația de responsabil tehnic, eliberată la 26.01.2005, era valabilă la momentul evaluării.

Cu privire la experiența specifică de minim 5 ani în asigurarea calității în domeniul construcțiilor de drumuri a d-lui N, acesta are calitatea de inginer, a desfășurat activități în domeniul reparațiilor și lucrărilor de drumuri din 1988, iar începând din anul 2001, a deținut funcția la SC Gotic SA Brașov, potrivit datelor din CV și diplomei universitare dar și a informațiilor furnizate de atestarea privind

deținerea titlului de Responsabil cu calitatea, recomandările din partea angajatorului și cartea de muncă.

Referitor la punerea la dispoziția Inginerului a unui birou și autoturism, în conformitate cu prevederile Fișei de Date, ofertantul câștigător depune în cadrul ofertei sale o declarație prin care se obligă să asigure și să pună la dispoziția Inginerului spațiul de birou, precum și mijlocul de transport destinat Inginerului. De asemenea, asigurarea biroului pentru Inginer este confirmată în mod neechivoc și de existența a două contracte de închiriere încheiate de ofertantul câștigător cu autoritatea contractantă, respectiv contractul nr. 14870 din 21.12.2010 (durată până în 31.03.2011) și contractul nr. 3134 din 23.03.2011 (cu începere din 31.03.2011 până în 31.03.2012).

Susține în mod just reclamantul că elementele ce se regăsesc în cadrul propunerii financiare ale ofertantului câștigător, nu sunt cele prevăzute pentru îndeplinirea condițiilor minime, de această dată fiind vorba de dotările necesare Antreprenorului și organizării de șantier al acestuia. Sintagma „Inginer” în acest caz nu reprezintă entitatea angajată pentru supravegherea lucrărilor ci persoana inginerului angajat de către antreprenor pentru derularea efectivă a lucrărilor de execuție.

Pentru toate aceste considerente, Curtea apreciază că sunt nelegale actele administrative atacate și, în baza art. 18 din L.554/2004, va admite acțiunea formulată de reclamantul JUDEȚUL SĂLAJ PRIN PREȘEDINTELE CONSILIULUI SĂLAJ în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI, va anula decizia nr. 42/12.04.2012 emisă de MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI - COMISIA DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR și nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-13722/22.02.2012 emisă de MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI - DIRECȚIA DE CONTROL ȘI VERIFICARE UTILIZARE FONDURI EUROPENE. Fără cheltuieli de judecată.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Admite acțiunea formulată de reclamantul JUDEȚUL SĂLAJ PRIN PREȘEDINTELE CONSILIULUI SĂLAJ cu sediul în Zalău, P-ța 1 Decembrie nr. 12, jud. Sălaj în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI cu sediul în București, str. Apolodor nr. 17, sector 5.

Anulează decizia nr. 42/12.04.2012 emisă de MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI - COMISIA DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR. Anulează nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-13722/22.02.2012 emisă de MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI - DIRECȚIA DE CONTROL ȘI VERIFICARE UTILIZARE FONDURI EUROPENE.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică azi, 4.07.2012.

Dosar nr. 161/33/2013

CURTEA DE APEL CLUJ
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 436
ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 10 SEPTEMBRIE 2013

Pe rol este judecarea acțiunii în contencios administrativ formulată de reclamantul MUNICIPIUL ZALĂU în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, AUTORITATEA DE AUDIT DIN CADRUL CURȚII DE CONTURI A ROMÂNIEI, având ca obiect anulare acte emise de autoritățile de reglementare.

Se constată că la data de 09.09.2013 reclamantul Municipiul Zalău prin Primar a depus la dosar concluzii scrise. Mersul dezbaterilor și susținerile orale ale părților au fost consemnate în încheierea de ședință din data de 03.09.2013, când pronunțarea hotărârii s-a amânat pentru termenul de azi pentru a da posibilitate părților de a formula concluzii scrise, încheierea de ședință de la acea dată făcând parte integrantă din prezenta hotărâre.

CURTEA

Prin acțiunea în contencios administrativ înregistrată sub nr. de mai sus, reclamantul MUNICIPIUL ZALĂU a chemat în judecată pe pârâții MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, AUTORITATEA DE AUDIT DIN CADRUL CURȚII DE CONTURI A ROMÂNIEI solicitând ca prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună anularea DECIZIEI nr. 201/21.11.2012 emisă de către pârâțul (Ministerul Dezvoltării și Administrației Publice (la data emiterii deciziei - Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului) ca netemeinică și nelegală, și în consecință admiterea contestației formulate de către Municipiul Zalău pentru anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA - 70610/21.09.2012 aferentă proiectului cod SMIS 12287 intitulat "Centrul multifuncțional pentru persoane vârstnice tinerețe fără bătrânețe din Municipiul Zalău".

În dezvoltarea motivelor acțiunii, reclamantul arată că prin Decizia nr. 201/21.11.2012 emitentul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului a respins ca nefondată contestația formulată de către Municipiul Zalău pentru anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA - 70610/21.09.2012 aferentă proiectului cod SMIS 12287 intitulat Centrul multifuncțional pentru persoane vârstnice tinerețe fără bătrânețe din Municipiul Zalău. În urma controlului efectuat de către structura de control din cadrul Serviciului Constatare și Stabilire Nereguli POR al Direcției Generale Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene din cadrul M.D.R.T., demarat la recomandarea Autorității de Audit, s-a întocmit Nota de constatare nr. CA 70610/21.09.2012 prin care s-au constatat "nereguli" menționate la punctul 7 "Motivele de fapt" și s-a aplicat o corecție financiară de 25% din valoarea Actului Adițional nr. 1/04.07.2011 la Contractul de lucrări nr. 33832/05.07.2011 încheiat între Municipiul Zalău și SC Clio SRL Zalău.

Potrivit punctului 7 din Nota de constatare, aspectele considerate ca fiind nereguli de către structura de control au fost prezentate astfel: „Autoritatea contractantă a majorat în mod nejustificat, prin actul adițional nr. 1/2011, valoarea inițială a contractului de lucrări, prin recurgerea la procedura de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare, în absența unei urgențe imperative rezultată din evenimente imprevizibile, încălcând astfel prevederile art. 122 lit. "i" din O.U.G. nr. 34/2006”, lucrările suplimentare efectuate prin actul adițional nr. 1/2011 constând în demolarea unui perete din BCA care nu mai corespundea din punct de vedere tehnic/siguranță și refacerea lui, puteau fi prevăzute cu ocazia întocmirii Proiectului tehnic.”

În concluzie, atât autoritatea de audit, cât și structura de control au considerat, în mod neîntemeiat, că necesitatea refacerii acestui zid ce nu corespundea din punct de vedere tehnic și al siguranței, aspect descoperit cu ocazia realizării lucrărilor nu reprezintă o circumstanță imprevizibilă în accepțiunea legii, astfel încât autoritatea contractantă nu putea să atribuie aceste lucrări suplimentare prin procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, încălcând astfel prevederile art. 122 lit. i din OUG nr. 34/2006 privind achizițiile publice.

Apreciază că instabilitatea acestui zid, realizat în anii 1980 și în neconcordanță cu prevederile de proiectare în vigoare la acea dată, nu putea fi prevăzută la data întocmirii expertizei tehnice și nici a proiectului tehnic, adică anterior începerii lucrărilor, astfel încât această situație poate fi considerată o circumstanță imprevizibilă în accepțiunea prevederilor art. 122 lit. i din OUG nr.34/2006, iar autoritatea contractantă Municipiul Zalău a recurs corect la procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru atribuirea acestor lucrări suplimentare.

Aceste aspecte privind instabilitatea peretelui și imprevizibilitatea stării acestuia sunt susținute prin Raportul de expertiză tehnică și completarea acestuia întocmite de către expert tehnic MLPTL Ing. P.A., opinie susținută și prin Raportul de expertiză tehnică nr. 42/2012 întocmit de către expert tehnic MDRT care concluzionează expres că în faza de expertiză și proiectare era imposibil a se prevedea deficiențele care au determinat instabilitatea peretelui.

Prin contractul de lucrări nr. 33832/05.07.2011 autoritatea contractantă Municipiul Zalău a atribuit executantului SC Clio SRL Zalău executarea lucrărilor pentru realizarea obiectivului "Centrul multifuncțional pentru persoane vârstnice Tinerete fără bătrânețe din Municipiul Zalău" proiect implementat prin finanțare nerambursabilă în condițiile Contractului de finanțare 1321/21.03.2011. Valoarea contractului de lucrări prevăzută la art.5.1 din contract este de 526.020,83 lei din care 101.810,48 lei TVA.

Pe parcursul executării lucrărilor la obiectivul de investiții menționat, s-a constatat că unele elemente ale construcției existente au fost executate greșit, fiind neconforme cu prevederile de proiectare în vigoare la data respectivă (anii 1980). Mai exact, în timpul desfacerii nodurilor de la nivelul planșeului pentru demontarea chesoanelor, constructorul-executantul a sesizat că nu există elemente de legătură între stâlpii portanți ai construcției și peretele perimetral, motiv pentru care stabilitatea peretelui din axul 1 era periclitată, fiind necesară demontarea lui (situație ce nu putea fi prevăzută la data întocmirii expertizei tehnice și nici a proiectului tehnic). Constructorul a luat măsuri de siguranță privind stabilitatea peretelui până la data când s-a emis dispoziția de șantier a proiectantului conținând lucrările notificate a se executa.

În urma sesizării proiectantului și a expertului tehnic atestat a fost elaborată de către expert documentația "Completare la raportul de expertiză tehnică nr. 109/2009" și s-a emis, de către proiectant dispoziția de șantier nr. 1 din 22.08.2011, documente care conțin soluții de remediere a deficiențelor imprevizibile constatate.

Valoarea estimată a acestor lucrări suplimentare fiind de 12.300 lei, fără TVA, respectiv 2.873,50 euro, fără TVA (1 euro=4,2805 lei la data de 12.09.2011) și respectiv 2,89% din valoarea de 424.210,35 lei, fără TVA a contractului de lucrări nr. 33832/05.07.2011.

Pentru aceste lucrări s-a organizat procedura de achiziție "negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare", procedură verificată de către UCVAP Sălaj. Motivul pentru care nu am ales altă procedură de atribuire a contractului competitivă, este faptul că într-o locație cu o suprafață construită de 211,10 mp era imposibil să execute lucrări de construcții, putând fi periclitată succesiunea lucrărilor, iar garanția lucrării nu putea fi divizată.

De asemenea, s-a apreciat că sunt îndeplinite toate condițiile impuse de OUG. nr. 34/2006 art. 122 lit. i pentru a urma această procedură de achiziție, și anume:

i) atunci când este necesară achiziționarea unor lucrări sau servicii suplimentare/adicionale, care nu au fost incluse în contractul inițial, dar care datorită unor circumstanțe imprevizibile au devenit necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză, și numai dacă se respectă, în mod cumulativ, următoarele condiții:

- atribuirea să fie făcută contractantului inițial;
- lucrările sau serviciile suplimentare/adicionale să nu poată fi, din punct de vedere tehnic și economic, separate de contractul inițial fără apariția unor inconveniențe majore pentru autoritatea contractantă sau, deși separabile de contractul inițial, să fie strict necesare în vederea îndeplinirii acestuia;
- valoarea cumulată a contractelor care vor fi atribuite și a actelor adiționale care vor fi încheiate pentru lucrări și/sau servicii suplimentare ori adiționale să nu depășească 20% din valoarea contractului inițial.

Pârâtul susține că Autoritatea Contractantă a majorat nejustificat valoarea inițială a contractului de lucrări prin recurgerea la procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în absența unei urgențe imperative rezultată din evenimente imprevizibile, încălcând astfel prevederile art. 122, lit. "i" din O.U.G. nr. 1 34/2006 și că lucrările suplimentare efectuate prin actul adițional nr. 1/2011 constând în demolarea unui perete din BCA care nu mai corespundea din punct de vedere tehnic/siguranță și refacerea lui, puteau fi prevăzute cu ocazia întocmirii proiectului tehnic.

Așa cum a arătat și mai sus această afirmație nu este întemeiată și nu poate fi reținută pentru următoarele considerente:

- numai după începerea lucrărilor de transformare a spațiului, având destinația inițială de punct termic, în sediu de activități sociale, s-au putut constata deficiențele de construire ale fostului punct termic;
- aceste deficiențe nu puteau fi constatate în nici un caz cu ocazia întocmirii proiectului tehnic, care nu face altceva, potrivit prevederilor Ordinului nr. 863/2008 pentru aprobarea „Instrucțiunilor de aplicare a unor prevederi din Hotărârea Guvernului nr. 28/2008 privind aprobarea conținutului-cadru al documentației tehnico-economice aferente investițiilor publice”, decât să dezvolte soluțiile prevăzute în D.A.L.I., care la rândul ei preia soluțiile din expertiza tehnică.

În acest context nu se poate susține că au fost încălcate prevederile art. 122, lit. "i" din O.U.G. nr. 34/2006 din următoarele motive: potrivit raportului de expertiză tehnică nr. 109/2009 (completare la raport), peretele existent din B.C.A., vizualizat după îndepărtarea tencuiei și desfacerii nodurilor de la nivelul planșeului pentru demontarea chesoanelor, nu corespundea din punct de vedere tehnic/siguranță, fiind necesară demolarea lui și înlocuirea cu un perete din cărămidă cu rezistență mecanică mai mare; aceste lucrări nu au fost incluse în contractul inițial, dar datorită motivelor invocate au devenit necesare pentru îndeplinirea contractului. Consideră că urgența imperativă este argumentată și susținută și prin raportul de expertiză întocmit de către expertul tehnic. Menținerea pe poziție a peretelui care nu avea executate elemente de legătură cu stâlpii portanți reprezenta un pericol pentru personalul muncitor, iar continuarea lucrărilor, fără remedierea deficiențelor constatate în timpul execuției lucrărilor ar fi însemnat o încălcare flagrantă a prevederilor Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții care prevede că executantul are obligația, printre altele, să sesizeze investitorii asupra neconformităților și neconcordanțelor constatate în proiecte, în vederea soluționării lor.

Celelalte argumente ale noastre față de susținerea că nu au fost încălcate prevederile art. 122, lit. "i" din O.U.G. nr. 34/2006 sunt următoarele:

- atribuirea s-a făcut contractantului inițial
- lucrările suplimentare nu pot fi, din punct de vedere tehnic și economic separate de contractul inițial fără, apariția unor inconveniențe majore pentru autoritatea contractantă, respectiv nu pot fi executate lucrări de către două societăți comerciale la un obiectiv având o suprafață mică; garanția de bună execuție trebuie acordată de un singur constructor pentru întreaga lucrare; lucrările suplimentare au fost contractate în aceleași condiții de prețuri ca și cele din contractul inițial.
- valoarea actului adițional pentru lucrările suplimentare fiind în procent de 2,89% din valoarea inițială a contractului de lucrări, nu sunt încălcate prevederile ca valoarea acestuia să nu fie mai mare de 20% din valoarea contractului inițial;
- procedura s-a desfășurat în conformitate cu prevederile legale, respectiv cu verificarea ei de către U.C.V.AP. Sălaj, al cărei raport, potrivit se transmite la A.N.R.M.A.P.

O.U.G. nr. 34/2006 nu definește termenul "circumstanțe imprevizibile" însă în contextul în care în actul normativ se utilizează termenii „Circumstanțe imprevizibile” și "evenimente imprevizibile" este lesne de observat că legiuitorul a înțeles să se facă distincția între o situație de fapt pe care nu o poți percepe decât la un moment dat (cum este și situația în speță) și un eveniment viitor a cărui realizare nu putea fi prevăzută.

Prin urmare dacă nici una dintre aceste autorități, cu atribuții specifice în domeniul achizițiilor publice, nu a stabilit că a fost încălcată procedura de achiziție, cum poate o echipă de audit să facă acest lucru, fără a avea la bază argumente tehnice și juridice? Întrebarea noastră are la bază și următoarea situație de fapt:

Conform reglementărilor legale în vigoare, pentru derularea în condiții legale a contractului de finanțare și a contractului de lucrări pentru obiectivul de investiții menționat, s-a încheiat Contractul de prestări servicii nr. 26955/26.05.2011 având ca obiect "Prestarea de către auditor a activităților de audit financiar în conformitate cu regulile stabilite de Autoritatea de Management a POR, cu privire la cheltuielile proiectului și a celor de audit de proiect în acord cu caietul de sarcini". Potrivit pct. 3.2 din contractul menționat, auditul financiar constă în verificarea regularității, realității, eligibilității cheltuielilor solicitate la decontare și conformității cheltuielilor cu bugetul proiectului. Conform prevederilor Anexei 1 - Proceduri de aplicat, la contractul menționat, auditorul va verifica toate categoriile și tipurile de cheltuieli prevăzute în cererea de rambursare, și în procent de 100% cele legate de achizițiile publice, dacă atribuirea acestora s-a făcut în conformitate cu prevederile O.U.G. nr. 34/2006. Din nici un raport al auditorului elaborat în baza Contractului nr. 26955/26.05.2011 nu rezultă că autoritatea contractantă a încălcat prevederile O. U. G. nr. 34/2006, nici chiar pe parcursul derulării Contractului de lucrări nr. 33832/05.07.2011.

Față de cele menționate susține că nu au fost încălcate prevederile art. 122 din O.U.G. nr. 34/2006, că nota de constatare prin care se reține acest aspect nu este întemeiată și că aplicarea corecției financiare de 25% din valoarea actului adițional este întemeiată și nelegală. În temeiul celor invocate mai sus solicită anularea DECIZIEI 201/21.11.2012 emisă de către pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice (la data emiterii deciziei - Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului) ca netemeinică și nelegală, și în consecință admiterea contestației formulate de către Municipiul Zalău pentru anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA - 70610/21.09.2012 aferentă proiectului cod SMIS 12287 intitulat "Centrul multifuncțional pentru persoane vârstnice tinerețe fără bătrânețe din Municipiul Zalău".

Pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice succesor în drepturi și obligații a Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului prin întâmpinare (f.82-84) a solicitat respingerea contestației ca nefondate, solicitând totodată introducerea în cauză a autorității de audit din cadrul Curții de Conturi a României în temeiul dispoz.art.47 din C.pr.civ., coroborate cu dispoz.art. 16 din

Legea nr. 554/2004 arătându-se că pârâta a dus la îndeplinire constatările consemnate de Autoritatea de Audit a Curții de Conturi în conformitate cu Raportul de Audit întocmit. Urmare a introducerii în cauză a acestei autorități, aceasta a fost citată pentru opozabilitate, dobândit astfel calitatea de pârâtă. Curtea de Conturi a României a invocat la rândul său prin întâmpinare excepția lipsei calității procesuale pasive susținând în esență că actul administrativ atacat nu este emis de această autoritate și nu este opozabil.

Curtea constată următoarele:

Reclamantul Municipiul Zalău a solicitat în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice anularea Deciziei 201 din 21.11.2012 emisă de acesta cu consecința admiterii contestației formulate de municipiul Zalău pentru anularea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA 70610/21.09.2012 aferentă cod SMIS 12287 intitulat „Centrul multifuncțional pentru persoane vârstnice, Tinerețe fără Bătrânețe din municipiul Zalău”. Prin urmare, reclamantul solicită anularea unor acte administrative emise de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului față de care Curtea de Conturi prin Autoritatea De Audit este o terță persoană.

Calitatea procesuală pasivă presupune existența unei identități între persoana chemată în judecată și cel care este subiect pasiv în raportul dedus judecătii. În cauza de față, instanța a fost investită cu o acțiune care are ca obiect anularea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 70610 din 21.09.2012 și Deciziei nr. 201 din 21.11.2012, acte emise de pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale. Totodată, procedura de contestare a actelor administrative emise de entitățile competente în gestionarea fondurilor europene este reglementată de un act normativ cu caracter special, respectiv OUG nr. 66/2011. Așa fiind, câtă vreme legea specială derogă de la cea generală, aceasta se aplică cu prioritate și prin urmare, cadrul legal stabilit de legiuitor este cel cuprins în OUG nr. 66/2011 în care este prevăzută întreaga responsabilitate privind modul de cheltuire a fondurilor europene în sarcina autorității competente în gestionarea acestora. În speță, ca urmare a emiterii celor două acte administrative, s-au stabilit măsuri în sarcina reclamantei și a luat naștere un raport juridic administrativ între această entitate și unitatea administrativă Județul Sălaj.

Având în vedere dispozițiile OUG nr. 66/2011, Curtea constată că în speță Curtea de Conturi - Autoritatea de Audit nu are calitate procesuală pasivă în cauză, neexistând o identitate între persoana chemată în judecată și cel care este subiect pasiv în raportul juridic dedus judecătii și prin urmare, urmează ca față de această pârâtă să fie admisă excepția lipsei calității procesuale pasive. Cât privește fondul cauzei, instanța reține că urmare a controlului efectuat la unitatea administrativă municipiul Zalău s-a întocmit nota de constatare nr.CA 70610 din 21.09.2012 prin care au fost constatate „nereguli” menționate la pct.7 aplicându-se o corecție financiară de 25% din valoarea Actului Adițional nr. 1 din 04.07.2011 la contractul de lucrări nr.33832 din 05.07.2011 încheiat între municipiul Zalău și SC CLIO SRL Zalău.

În concret, potrivit pct.7 din Nota de Constatare, aspectele considerate ca fiind nereguli constau în faptul că: „Autoritatea contractantă a majorat în mod nejustificat, prin Actul Adițional nr. 1/2011, valoarea inițială a contractului de lucrări, prin recurgerea la procedura de negociere directă fără publicare prealabilă a unui anunț de participare, în absența unei urgențe imperative rezultată din evenimente imprevizibile încălcând astfel prevederile art. 122 lit.i din OUG nr.34/2006 potrivit cărora „lucrările suplimentare efectuate prin actul adițional nr. 1/2011 constând în demolarea unui perete din BCA care nu mai corespundea din punct de vedere tehnic/siguranță și refacerea lui, puteau fi prevăzute cu ocazia întocmirii Proiectului tehnic.”

S-a concluzionat că necesitatea refacerii acestui zid ce nu corespundea din punct de vedere tehnic și al siguranței, aspect descoperit cu ocazia realizării lucrărilor nu reprezintă o circumstanță

imprevizibilă în accepțiunea legii astfel încât Autoritatea contractantă nu putea să atribuie aceste lucrări suplimentare prin procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, încălcând astfel prevederile art. 122 lit.i din OUG nr.34/2006 privind achizițiile publice. În aceste condiții, Curtea reține că în speță a existat un raport de expertiză tehnică întocmită de expert tehnic ing.P.A, precum și o opinie susținută printr-un raport de expertiză tehnică nr.42/2012 întocmit de expert A.D prin care s-a concluzionat că în faza de expertiză de proiectare era imposibil de a se prevedea deficiențele care au determinat pierderea stabilității petentului.

Acestea au fost argumentele pentru care reclamanta a susținut instabilitatea zidului realizat în anul 1980 și în neconcordanță cu prevederile de proiectare în vigoare la acea dată, nu putea fi prevăzută la data întocmirii expertizei tehnice și nici a proiectului tehnic adică anterior începerii lucrărilor, astfel încât această situație poate fi considerată o circumstanță imprevizibilă în accepțiunea prevederilor art. 122 lit.i din OUG nr.34/2006, iar Autoritatea Contractantă Municipiul Zalău a recurs corect la negocierea fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru atribuirea acestor lucrări suplimentare. Dimpotrivă, pârâta susține că aceste lucrări puteau fi prevăzute încă din faza de proiectare și prin urmare, costurile suplimentare ocazionate cu refacerea acestora nu pot fi considerate circumstanțe imprevizibile care să facă aplicabile disp.art. 122 lit.i din OUG nr.34/2006. Prin contractul de lucrări nr.33832 din 05.07.2011 Autoritatea Contractantă Municipiul Zalău a atribuit executantului SC CLIO SRL ZALĂU executarea lucrărilor pentru realizarea obiectului „Centrul multifuncțional pentru persoane vârstnice, tinerețe fără bătrânețe din municipiul Zalău” - proiect implementat prin finanțare nerambursabilă în condițiile contractului de finanțare nr. 1321 din 21.03.2011. Valoarea contractului de lucrări prevăzută la art.5.1 din contract este de 526.020,83 lei din care 101.810,48 lei TVA.

Pe parcursul executării lucrărilor la obiectivul de investiții sus menționat, s-a constatat că unele elemente ale construcției existente au fost executate greșit, fiind neconforme cu prevederile de proiectare în vigoare la data respectivă, anii 1980. În concret, în timpul desfacerii nodurilor de la nivelul planșeului pentru demontarea chesoanelor, constructorul executant a sesizat că nu există elemente de legătură între stâlpii portanți ai construcției și peretele perimetral, motiv pentru care stabilitatea peretelui din axul 1 era periclitată, fiind necesară demontarea lui. Constructorul a luat măsuri de siguranță pentru stabilitatea peretelui până la data când s-a emis dispoziția de șantier a proiectantului conținând lucrările notificate a se executa. În urma sesizării proiectantului și a expertului tehnic atestat a fost elaborată de către expert documentația „completare la raportul de expertiză tehnică nr. 109/2009” și s-a emis, de către proiectant dispoziția de șantier nr. 1 din 22.08.2011, documente care conțin soluții de remediere a deficiențelor imprevizibile constatate.

Valoarea estimată a acestor lucrări suplimentare a fost de 12.300 lei fără TVA, respectiv 2.873,50 euro fără TVA acestea reprezentând practic 2,89% din valoarea totală a contractului de lucrări de 424.210,35 lei fără TVA. Pentru aceste lucrări suplimentare s-a recurs la procedura de achiziție „negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare”, procedură verificată de către U.C.V.A.P.Sălaj. Motivul pentru care nu s-a ales altă procedură de atribuire a contractului, este faptul că într-o locație cu o suprafață construită de 211,10 mp era imposibil să execute lucrări de construcții doi antreprenori putând fi periclitată succesiunea lucrărilor, iar garanția lucrării nu putea fi divizată.

În aceste circumstanțe autoritatea contractantă a apreciat că sunt pe deplin îndeplinite condițiile impuse de art. 122 lit.i din OUG nr.34/2006 pentru a urma această procedură de achiziție și anume „atunci când este necesară achiziționarea unor lucrări sau servicii suplimentare/adiționale, care nu au fost incluse în contractul inițial, dar care datorită unor circumstanțe imprevizibile au fost necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză și numai dacă se respectau în mod cumulativ următoarele condiții: atribuirea să fie făcută contractului inițial, lucrările sau serviciile suplimentare să nu poată, din punct de vedere tehnic și economic, separate de contractul inițial fără apariția

unor inconveniențe majore pentru autoritatea contractantă sau, deși separabile de contractul inițial, să fie strict necesare în vederea îndeplinirii acestuia și valoarea cumulată a contractelor care vor fi atribuite și a actelor adiționale care vor fi încheiate pentru lucrări sau servicii suplimentare ori adiționale, să nu depășească 20% din valoarea contractului inițial. Pârâtul susține că autoritatea contractantă a majorat nejustificat valoarea inițială a contractului de lucrări prin recurgerea la procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în absența unei urgențe imperative rezultată din evenimente imprevizibile, încălcând astfel prevederile art. 122 lit.i din OUG nr.34/2006, iar lucrările suplimentare efectuate prin actul adițional nr. 1/2011 constând în demolarea unui perete din BCA care nu mai corespunde din punct de vedere tehnic/siguranță și refacerea lui, puteau fi prevăzute cu ocazia întocmirii proiectului tehnic.

Pentru analiza celor două aspecte invocate de pârât, instanța a apreciat necesară efectuarea probei cu expertiza tehnică de specialitate care să stabilească dacă aceste condiții sunt îndeplinite. Potrivit concluziilor raportului de expertiză întocmit în cauză, de către ing.D.M rezultă că în urma demontării elementelor structurale de acoperiș la clădirea existentă s-a observat că s-au făcut greșeli grave de execuție la clădire în momentul edificării acesteia respectiv în anul 1980. În lipsa proiectului inițial cât și a documentelor întocmite pe timpul execuției care să ateste modificările soluției proiectate, se afirmă cu tărie că aceste erori de execuție nu puteau fi prevăzute în urma observațiilor vizuale făcute de către expert și proiectant. În concluzie, expertul arată că demolarea pereților perimetrali din BCA era justă deoarece nu mai prezentau siguranță în exploatare susținându-se că s-a procedat corect prin măsurile luate de către specialiștii în domeniu (f.229).

Așa fiind, deficiențele nu puteau fi constatate în niciun caz cu ocazia întocmirii proiectului tehnic și prin urmare, nu poate fi reținută teza potrivit căreia au fost încălcate prevederile art. 122 lit.i din OUG nr.34/2006. Aceasta deoarece peretele existent nu corespundea din punct de vedere tehnic siguranță fiind necesară demolarea lui și înlocuirea cu un perete GVP cu rezistență mecanică mai mare, aceste lucrări nu au fost incluse în contractul inițial datorită motivelor invocate au devenit necesare pentru îndeplinirea contractului și acestea nu depășesc 20% din valoarea contractului inițial. În temeiul celor mai sus arătate, Curtea constată că în speță nu au fost încălcate prev.art. 122 lit.i din OUG nr.34/2006 așa încât nota de constatare prin care se reține acest aspect este neîntemeiată, iar aplicarea corecției financiare de 25% din valoarea Actului Adițional este nelegală. Față de cele mai sus expuse în baza art.20 din Legea nr.554/2004 acțiunea reclamantei este întemeiată urmând a fi admisă cu consecința anulării actelor administrative.

Pârâta aflându-se în culpă procesuală va fi obligată în temeiul dispoz.art.274 C.pr.civ. la plata cheltuielilor de judecată în favoarea reclamantei în sumă de 1947,95 lei.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge acțiunea formulată de reclamantul MUNICIPIUL ZALĂU, P-ța Iuliu Maniu nr. 3, jud. Sălaj, față de CURTEA DE CONTURI - AUTORITATEA DE AUDIT. Admite acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul Municipiul Zalău în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE (la data emiterii acțiunii MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI) cu sediul în București, str. Apolodor nr. 17, Latura Nord, sector 5 și în consecință: Dispune anularea Deciziei nr. 201/21.11.2012 emise de către pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, ca nelegală și în consecință: Admite contestația formulată de către reclamantul Municipiul Zalău pentru anularea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA - 70610/21.09.2012 aferente proiectului cod SMIS 12287 intitulat „Centru multifuncțional pentru persoane vârstnice tinerețe fără bătrânețe din Municipiul Zalău”. Obligă pârâta să plătească reclamantului cu titlu de cheltuieli de judecată suma de 1.947,95 lei.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din 10 septembrie 2013.

Dosar nr. 469/33/2013

CURTEA DE APEL CLUJ
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 353/2013
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 3 IUNIE 2013

S-a luat în examinare acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul Municipiul Zalău Prin Primar, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice în Calitate de Autoritate de Management pentru Programul Operațional Regional 2007-2013, având ca obiect anulare acte emise de autoritățile de reglementare - Notă pentru contract de finanțare SMIS 7355 și cerere de suspendare.

La apelul nominal făcut în ședință publică, se prezintă reprezentantul reclamantului Municipiul Zalău, consilier juridic M.L., cu delegație la dosar lipsă fiind pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice în Calitate de Autoritate de Management pentru Programul Operațional Regional 2007- 2013. S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință care învederează instanței următoarele: Cauza se află la primul termen de judecată. Procedura de citare este legal îndeplinită. Acțiunea este legal timbrată.

Pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice în Calitate de Autoritate de Management pentru Programul Operațional Regional 2007- 2013 a depus întâmpinare și a solicitat judecarea cauzei în lipsă. Reclamantul a depus răspuns la întâmpinare.

Reprezentantul reclamantului Municipiul Zalău, consilier juridic M.L. depune în instanță copia recipisei de consemnare nr.352541/1 și Ordinul de plată nr.908 din care rezultă că a achitat cauțiunea în cuantum de 150.000 lei.

De asemenea, depune copia contractului de credit nr.511/RQ13040118625092 din data de 08.05.2013 accesat de Municipiul Zalău pentru această investiție, creditul fiind necesar pentru a plăti cheltuielile devenite neeligibile ca urmare a reducerilor procentuale aplicate de Autoritatea de Management.

La articolul nr. 2 din contract este menționată investiția pentru care se solicită credit și anume sistemul de management al traficului. Curtea pune în discuție excepția necompetenței teritoriale a Curții de Apel Cluj, invocată prin întâmpinare de către pârât.

Reprezentantul reclamantului Municipiul Zalău, consilier juridic M.L. solicită respingerea excepției necompetenței teritoriale a Curții de Apel Cluj, întrucât prezenta cauză este în contencios administrativ, iar instanța a fost investită să cerceteze legalitatea unui act administrativ.

Prevederile contractuale privind competența teritorială a instanțelor din municipiul București sunt aplicabile doar cu privire la eventualele litigii privind executarea și încetarea contractului de finanțare.

Acest aspect privind contractul de finanțare este un accesoriu în speță, primordial fiind soluționarea contenciosului administrativ, respectiv legalitatea actului administrativ. Ori, în ce privește cercetarea legalității actului administrativ, în speță nota de aplicare a reducerilor procentuale, este de competența Curții de Apel Cluj, competență expres reglementată de Legea 544/2004, iar competența teritorială este lăsată la latitudinea părților, respectiv a reclamantului.

Curtea respinge excepția necompetenței materiale invocată de pârât prin întâmpinare, constatând că nu sunt aplicabile prevederile contractului de finanțare privind alegerea instituțiilor competente

din punct de vedere teritorial în favoarea celor din municipiul București, fiind vorba despre o chestiune de sancțiune, de act administrativ emis în calitate de regim de autoritate publică de către pârât și nu de o problemă contractuală, astfel încât alegerea competenței teritoriale prin contract nu operează în raport de actul administrativ distinct de acest contract.

Curtea în baza art. 131 alin 1 din noul Cod de procedură civilă constată competența Curții de Apel Cluj și din perspectiva competenței generale și a celei materiale.

Nefiind cereri de formulat în probațiune, instanța declară închisă faza de cercetare judecătorească și deschide dezbaterile pe fond, acordând cuvântul reprezentantului reclamantului în acest sens.

Reprezentantul reclamantului Municipiul Zalău, consilier juridic M.L solicită admiterea cererii de suspendare a actului administrativ intitulat Note privind aplicarea reducerilor procentuale pentru Contractul de lucrări și Contractul de audit, note emise de Ministerul Administrației Publice în calitate de management, apreciind că cererea este temeinică și legală, având în vedere că în cauză sunt întrunite cele două condiții stabilite prin art. 15 din Legea 544/2004, respectiv condiția cazului bine justificat și condiția prejudiciului iminent.

În ceea ce privește prima condiție instanța poate să cerceteze și să identifice o aparență de nelegalitate a actului administrativ a cărei suspendare se solicită.

Nelegalitatea acestei note de aplicare a reducerilor este evidentă în speță, întrucât se poate observa inconsecvența de raționament a autorității de management în situația întocmirii notei, având în vedere că în momentul emiterii notei de aplicare a reducerilor Autoritatea de Management a identificat 4 criterii care ar fi restrictive. Ca urmare a concilierii a aplicat o reducere de 10% pe ambele contracte de lucrări și de audit.

Urmare a concilierii care a avut loc între beneficiarul Municipiul Zalău și Ministerul Dezvoltării în nota de respingere a pretențiilor Municipiului Zalău, s-a menționat expres că două dintre cele 4 criterii considerate restrictive sunt corect susținute de Municipiul Zalău și că nu au acest caracter. Cu toate acestea pretențiile Municipiului Zalău au fost respinse în totalitate, menținându-se procentul de 10% deși Ordonanța nr. 66 prevede expres că corecțiile financiare se aplică proporțional cu neregulile identificate.

În prima fază au fost identificate patru criterii restrictive din care în urma concilierii au rămas două, însă Autoritatea de Management nu și-a revizuit procentul de 10% care putea fi redus la 5% ca urmare a concilierii. De asemenea, susține aparența de nelegalitate a actului administrativ emis și prin prisma întemeierii în drept a actului, având în vedere că Autoritatea de Management a invocat faptul că s-au respectat prevederile legale cu privire la achizițiile publice și în special că criteriile de calificare și selecție ar fi restrictive, însă fără a face trimitere la prevederi legale speciale, respectiv la Ordinul 509/2011 care reglementează expres formularea criteriilor de calificare și selecție.

Autoritatea de Management nu și-a întemeiat în drept actul administrativ pe Ordinul 509/2011, ci a făcut o apreciere subiectivă, pur teoretică în sensul că aceste criterii ar fi restrictive fără a justifica aceste susțineri.

În ceea ce privește condiția prejudiciului iminent arată că în cazul reducerilor procentuale, suma echivalentă a acestui procent devine cheltuieli neeligibile, astfel încât acestea trebuie suportate de către beneficiar, respectiv de către Municipiul Zalău din bugetul propriu.

Bugetul Municipiului Zalău este afectat, întrucât trebuie să renunțe la alte investiții aflate în curs și a accesat un credit pentru a plăti lucrările executate, iar dobânda la acest credit este în mod cert un prejudiciu care nu mai poate fi recuperat.

Consideră că prin prisma prevederilor art. 15 din Legea 544/2004 cererea de suspendare a actului administrativ atacat este întemeiată, sens în care solicită admiterea acesteia.

Solicită anularea notei de aplicare a reducerilor, întrucât o consideră neîntemeiată, având în vedere că cele patru criterii nu sunt restrictive.

Documentația de atribuire care cuprinde criteriile de calificare și selecție au fost verificate înainte de publicare în SEAP de către ANRMAP, singura autoritate abilitată de lege să verifice aceste documentații și să aprecieze dacă sunt legale sau nu.

De asemenea, arată că procedura de atribuire a celor două contracte a fost desfășurată cu participarea Unității pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice din cadrul Ministerului Finanțelor Publice, observatori care au concluzionat la finalul procedurii de atribuire că s-au respectat întru totul prevederile OUG 34.

Pentru aceste motive, solicită admiterea acțiunii. Cu cheltuieli de judecată constând în contravaloarea taxei de timbru achitată și cheltuieli de transport în cuantum de 80 lei. Curtea declară închise dezbaterile pe fond și reține cauza în pronunțare.

CURTEA

Prin acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul Municipiul Zalău prin Primar, înregistrată pe rolul Curții de Apel Cluj sub nr. de mai sus, în contradictoriu cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice în calitate de Autoritate de Management pentru programul Operațional Regional 2007-2013 în cadrul Contractului de finanțare nr.2660/2011 (Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului în contract), s-au solicitat următoarele:

- suspendarea executării „Notei privind aplicarea reducerilor procentuale pentru Contractul de finanțare SMIS 7355 beneficiar UAT Municipiul Zalău” nr.61477, până la judecarea definitivă și irevocabilă a cauzei;
- anularea „Notei privind aplicarea reducerilor procentuale pentru Contractul de finanțare SMIS 7355 beneficiar UAT Municipiul Zalău” nr. 61477 și a „Notei de respingere a pretențiilor beneficiarului nr.93087 în principal, iar în subsidiar anularea parțială a acestora prin micșorarea reducerilor procentuale proporțional cu reducerea numărului de abateri constatate de pârât și
- obligarea pârâtului la rambursarea valorii integrale a celor două contracte - Contractul de lucrări nr. 26933/11.06.2012 încheiat cu Asociația SC UTI TRAFIC MANAGEMENT SA București & SC UTI GRUP SA București și Contractul de servicii nr. 19499/23.04.2012 încheiat cu SC PRIM AUDIT SRL București, respectiv fără aplicarea reducerii de 10%, așa cum prevede art. 9 alin. 43 coroborat cu prevederile art. 4 alin.2 din contractul de finanțare nr. 2660/08.12.2011.

În motivarea acțiunii s-a arătat că în fapt, între Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, în calitate de Autoritate de Management pentru Programul Operațional Regional 2007-2013, denumit AM POR, Agenția de Dezvoltare Regională Nord-Vest în calitate de organism Intermediar pentru acest program denumit OI, și Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul Zalău, în calitate de beneficiar, a fost perfectat Contractul de Finanțare nr. 2660/08.12.2011 în vederea acordării finanțării nerambursabile pentru implementarea proiectului SMIS 7355 intitulat „Sistem de management al traficului în municipiul Zalău”.

Urmare depunerii cererii de rambursare nr. 2, cu adresa nr. 30152/29.06.2012 și înregistrată sub nr. 7535/29.06.2012 la Agenția de Dezvoltare Nord - Vest, la insistențele reclamantului datorate nerambursării integrale a sumei solicitate (adresele nr. 46857/08.10.2012, nr. 53138/12.11.2012, nr. 54093/19.11.2012), ni s-a comunicat prin fax în data de 14.11.2012 o informare fără număr de înregistrare în care se prezenta modalitatea de efectuare a plății parțiale a acestei cereri. Totodată prin această informare ni s-a adus la cunoștință faptul că "în procesul de verificare a prezentei cereri de rambursare OI a identificat abateri de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice aferente Contractului de lucrări nr. 26933/11.06.2012 încheiat cu Asociația SC UTI TRAFIC MANAGEMENT SA București & SC UTI GRUP SA București și a fost aplicată o reducere procentuală de 10% și Contractului de servicii nr. 19499/23.04.2012 încheiat cu SC PRIM AUDIT SRL București și a fost aplicată o reducere procentuală de 10%", fără a i se comunica reclamantului actul administrativ întocmit de către AM POR pentru constatarea acestor nereguli și aplicarea reducerilor procentuale.

Ulterior, prin adresa Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului nr. 86841/19.11.2012 înregistrată la Primăria Municipiului Zalău sub nr. 54558/20.11.2012, beneficiarul Municipiul Zalău a fost invitat la conciliere comunicându-i-se astfel și actul administrativ - Notă privind aplicarea reducerilor procentuale pentru Contractul de finanțare SMIS 7355 beneficiar UAT Municipiul Zalău nr. 61477.

Doar la acest moment (20.11.2012) beneficiarul municipiul Zalău a putut lua la cunoștință despre neregulile constatate de către OI respectiv AM POR cu privire la cele două contracte: de lucrări și de servicii, și aplicarea "corecției procentuale de 10%".

Astfel, reclamantul a putut constata că Nota de aplicare a reducerilor procentuale nr. 61477/14.11.2012, a fost întocmită în temeiul art.6 și 9 din OUG nr.66/2011 și deși această notă nu este strict reglementată ca formă și conținut de către acest act normativ special, ea reprezintă actul administrativ prin care se expune activitatea de verificare, rezultatul acestei activități, respectiv constatarea neregulilor și aplicarea unor sancțiuni financiare.

Este evident că natura juridică a aplicării reducerilor procentuale (emisă în speță) cât și a notei de constatare a neregulilor și aplicare a corecțiilor financiare strict reglementată de OUG nr.66/2011, este aceea de act administrativ constatator și sancționator.

Singura distincție dintre cele două acte administrative este faptul că nota de aplicare a reducerilor procentuale se întocmește anterior efectuării plății solicitate (art.9 din OUG nr.66/2011) și are ca efect neefectuarea parțială a plății, iar nota de constatare a neregulilor și aplicare a corecțiilor financiare se emite ulterior efectuării plății, ca urmare a unei activități de control și constituie titlu executoriu în vederea recuperării sumei deja plătite.

De asemenea ambele acte de constatare și sancționare se aplică de către Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului în calitate de Autoritate de Management, însă prin compartimente distincte, iar ele vizează acordarea finanțării nerambursabile conform contractului de finanțare.

Potrivit prevederilor art. 10 alin. 1 din Legea nr.554/2004 privind contenciosul administrativ, toate cererile privind actele administrative emise de autoritățile publice centrale care au ca obiect sume reprezentând finanțarea nerambursabilă din partea Uniunii Europene, indiferent de valoare, se soluționează în fond de secțiile de contencios administrativ și fiscal ale curților de apel.

A. Cu privire la cererea de suspendare a executării "Notei privind aplicarea reducerilor procentuale pentru Contractul de finanțare SMIS 7355 beneficiar UAT Municipiul Zalău" nr.61477/14.11.2012,

până la judecarea definitivă și irevocabilă a cauzei, în ce privește condițiile ce se cer a fi îndeplinite pentru a fi posibilă suspendarea executării actului administrativ, se menționează următoarele:

1. Condiția cazului bine justificat este îndeplinită întrucât prin Contractul de finanțare nr. 2660/2011, potrivit prevederilor art.9 alin.43 coroborat cu prevederile art.4 alin.2, AM POR se angajează să acorde o finanțare nerambursabilă de maxim 12.214.847,15 lei, astfel încât va efectua rambursarea cheltuielilor în condițiile și cu respectarea termenelor menționate în anexa III a contractului.

Cu privire la neregulile reținute de către AM POR în aplicarea reducerilor procentuale, respectiv de încălcare a prevederilor privind achizițiile publice, menționăm că activitatea de supraveghere și monitorizare a modului de atribuire a contractelor de achiziții revine exclusiv ANRMAR - ului, ca unică autoritate care are competențe în acest sens, fiind exclusă competența altor entități sau instituții publice (în speță OI și AM POR) în constatarea și sancționarea abaterilor în procedura reglementată de OUG nr. 34/2006. Mai mult documentația de atribuire a celor două contracte a fost verificată de către ANRMAR, fiind conformă cu prevederile legale în materie.

De asemenea, nici OI și nici AM POR , în activitatea de verificare a cererii de rambursare nu au identificat nici un prejudiciu adus bugetului UE sau plata unor sume necuvenite.

Prin urmare, aceste motive indicate pot constitui argumente suficiente pentru a proba aparența de nelegalitate a actului administrativ, rezultând că motivele invocate au caracterul unor indicii care să răstoarne prezumția de legalitate a actului administrativ, astfel încât să se impună suspendarea acestuia.

2. Condiția prejudiciului iminent

Finanțarea nerambursabilă a proiectului reprezintă conform art.4 alin.2 din contractul de finanțare, maxim suma de 12.214.847,15 lei ce echivalează cu maxim 98% din valoarea totală eligibilă a proiectului.

Prin aplicarea reducerilor procentuale de 10% la valoarea celor două contracte atribuite de către beneficiarul Municipiul Zalău: de lucrări și de servicii, suma aferentă de 1.080.031,07 lei fără TVA, se transformă în cheltuieli neeligibile ale proiectului, astfel încât ele trebuiesc suportate din bugetul local al beneficiarului.

Ori, având în vedere cuantumul acestor reduceri, respectiv de 1.080.031,07 lei fără TVA, este evident prejudiciul adus bugetului local, prin „sărăcirea bugetului local al beneficiarului cu acesta sumă însemnată, sumă ce ar putea fi utilizată la derularea altor investiții publice necesare la nivel local”.

B. Cu privire la cererea de anulare a "Notei privind aplicarea reducerilor procentuale pentru Contractul de finanțare SMIS 7355 beneficiar UAT Municipiul Zalău" nr. 61477/14.11.2012 și a "Notei de respingere a pretențiilor beneficiarului nr. 93087/13.12.2012" în principal, iar în subsidiar, micșorarea reducerilor procentuale proporțional cu reducerea numărului de abateri constatate de pârât și în consecință obligarea pârâtului la rambursarea valorii integrale a celor două contracte respectiv fără aplicarea reducerii de 10%.

Conform susținerilor pârâtei prezentate în Nota privind aplicarea reducerilor procentuale pentru Contractul de finanțare SMIS 7355 beneficiar UAT Municipiul Zalău nr.61477/14.11.2012, acestea au fost aplicate cu titlu de sancțiune potrivit prevederilor art.6 și 9 din OUG nr.66/2011:

Art.6. "(1) Autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația de a exclude integral sau parțial de la rambursarea/plata cheltuielilor efectuate și declarate de beneficiari acele cheltuieli care nu respectă condițiile de legalitate, regularitate ori conformitate stabilite prin prevederile legislației naționale și comunitare în vigoare, în situația în care - în procesul de verificare a solicitărilor de plată - acestea determină existența unor astfel de cheltuieli.

(3) În aplicarea prevederilor alin. (1), autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația aplicării de reduceri procentuale din sumele solicitate la plată de către beneficiari, în situația în care constată abateri de la aplicarea prevederilor privind procedurile de achiziție, fie în raport cu reglementările naționale în vigoare în domeniul achizițiilor publice, fie cu procedurile specifice de achiziții aplicabile beneficiarilor privați, în conformitate cu prevederile anexei care face parte integrantă din prezenta ordonanță de urgență, cu excepția cazurilor în care:

Art.9 „Pentru cheltuielile incluse în solicitările/cererile de plată ale beneficiarilor care nu respectă condițiile de legalitate, regularitate sau conformitate stabilite prin prevederile legislației naționale și comunitare, identificate de autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene înainte de efectuarea plății, nu se aplică:

a) procedura de constatare a neregulii prevăzută la art. 21;

Văzând aceste prevederi este evident că termenii folosiți de către legiuitor: abateri și nereguli sunt similari. Prin urmare, atâta vreme cât actul normativ nu oferă o definiție a termenului de abatere, acesta fiind similar cu cel de neregulă, interpretarea lui este cea dată de ART. 2:

„(1) În sensul prezentei ordonanțe de urgență, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:

a) neregulă - orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit.”

Ori, prin actul administrativ - Nota privind aplicarea reducerilor procentuale pentru Contractul de finanțare SMIS 7355 beneficiar UAT Municipiul Zalău" nr.61477/14.11.2012, emitentul nu a identificat prejudiciul cauzat sau care ar putea fi cauzat bugetului UE sau că suma solicitată ar fi necuvenită.

Prin urmare, acest act administrativ este nelegal, fiind emis cu încălcarea normei speciale -OUG nr.66/2011. Mai mult, se poate lesne verifica că plata parțială a sumelor solicitate prin cererea de rambursare nr.2 a fost efectuată pe baza unor constatări pur teoretice ale AM POR în calitate de autoritate de gestionare a fondurilor europene, întrucât Nota de aprobare a cheltuielilor eligibile nr.61477 s-a întocmit în data de 25.09.2012 iar Nota de aplicare a reducerilor procentuale cu același nr.61477 în data de 14.11.2012.

Astfel, faptul că li s-a aplicat o sancțiune - o corecție procentuală, motivele aplicării acesteia, respectiv abaterile constatate, ne-a fost adus la cunoștință doar cu ocazia transmiterii invitației la conciliere comunicată prin adresa nr. 86841/19.11.2012 de către Ministerul Dezvoltării regionale și Turismului, la care s-a atașat totodată și Nota privind aplicarea reducerilor procentuale pentru Contractul de finanțare SMIS 7355 beneficiar UAT Municipiul Zalău nr.61477/14.11.2012.

Cu ocazia concilierii, atât prin punctul de vedere nr.57205/06.12.2012 întocmit și transmis AM POR, cât și cu ocazia discuțiilor purtate la întâlnirea din data de 12.12.2012 conform procesului verbal nr.92740/12.12.2012 întocmit, am arătat în mod argumentat cu texte de lege că reducerile procentuale aplicate sunt neîntemeiate.

Astfel, susținerile privind încălcarea legislației din domeniul achizițiilor publice privind documentațiile de atribuire aferente celor doua contracte respectiv a art. 178 alin. 1, art. 179 alin. 1, art.8 alin. 1 din OUG nr.34/2006 privind achizițiile publice, nu sunt întemeiate date fiind următoarele aspecte:

1. În susținerea legalității documentațiilor de atribuire se arată faptul ca acestea au fost verificate, în virtutea prevederilor art. 2, alin. (1), lit. g din HGR 525/2007 cu modificările și completările ulterioare stabilite prin HGR 801/2011, de către Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice evaluând, înainte de transmiterea spre publicare a invitației/anunțului de participare, conformitatea cu legislația aplicabilă din domeniul achizițiilor publice a acestora.

Astfel:

Documentația de atribuire aferentă contractului de lucrări nr.26933/11.06.2012 a fost transmisă în SEAP cu nr. 17487/09.02.2012 în scopul validării acesteia de către ANRMAP. Documentația a fost respinsă în data de 24.02.2012 pentru a fi modificată cu următoarele cerințe:

- La Sect. III.2.3. la Capacitatea tehnică și/sau profesională se vor posta cerințele în coloana din stânga iar în dreapta se vor menționa doar documentele ce vor putea fi prezentate pentru dovedirea îndeplinirii respectivelor cerințe;
- La Sect. General - Documente, din nota privind justificarea alegerii criteriilor de calificare nu reies motivele concrete pentru care autoritatea contractantă a stabilit cerințele minime de calificare în conformitate cu prevederile art.8 alin.2 din HG nr. 925/2006;
- La motivul respingerii se precizează: "Este obligatorie folosirea copiei prezentului formular respins în vederea retransmiterii documentației de atribuire spre aprobare. Orice modificare adusă documentației de atribuire la retransmitere, care nu a făcut obiectul, verificării și/sau observațiile ANRMAP, atrage răspunderea exclusivă a autorității contractante.

Documentația modificată conform cerințelor ANRMAP a fost transmisă în SEAP cu nr. 20887 din 27.02.2012, în scopul validării de către aceasta. Documentația a fost acceptată de către ANRMAP fiind publicată în SEAP cu nr. 321898 din 13.03.2012 ca invitație de participare.

Documentația de atribuire aferentă contractului de servicii nr. 19499/23.04.2012 a fost transmisă în SEAP cu nr. 15141/26.01.2012 în scopul validării acesteia de către ANRMAP. Documentația a fost respinsă în data de 09.02.2012 pentru a fi modificată cu următoarele cerințe:

- La sect. III.2.3.a, chiar dacă contractele nu conțin clauze confidențiale, nu trebuie solicitată/prezentată copia întregului contract, și în această situație se solicită doar copia părților relevante din contract.
- La sect. V.3.7. completare eronată: oferta este valabilă până la încheierea contractului conform art.6, alin.2 din HG nr.925/2006; în formularul privind efectivele medii anuale din ultimii 3 ani, acești ultimi ani sunt 2009-2011.

Se precizează că pentru retransmitere se va folosi copia documentului respins Sect. IV.3., Sect. III.2.3.a, Sect. General-Documente.

Documentația modificată conform cerințelor ANRMAP a fost transmisă în SEAP cu nr. 17733 din 10.02.2012, în scopul validării de către aceasta. Documentația a fost acceptată de către ANRMAP fiind publicată în SEAP cu nr. 320893 din 27.02.2012 ca invitație de participare. Anexăm în copie anunțurile enunțate mai sus, publicate în SEAP.

Prin urmare, prin acceptarea de către ANRMAP a documentațiilor de atribuire, este evident faptul ca acestea au fost întocmite cu respectarea legislației din domeniul achizițiilor publice.

De subliniat este faptul că activitatea de supraveghere și monitorizare a modului de atribuire a contractelor de achiziții revine exclusiv ANRMAP- ului ca unică autoritate care are competențe în acest sens, fiind exclusă competența altor entități sau instituții publice (în speță OI și AM POR) în constatarea și sancționarea abaterilor în procedura reglementată de OUG nr.34/2006. Mai mult documentația de atribuire a celor două contracte a fost verificată de către ANRMAP, fiind conformă cu prevederile „legale în materia achizițiilor”.

Lipsa acestei competențe este recunoscută și de legiuitor întrucât conform prevederilor art. 10 din HG 875/2011 privind normele de aplicare a OUG nr.66/2011, este reglementată posibilitatea AM de a solicita informații și puncte de vedere oricăror instituții/entități publice erau structuri de specialitate abilitate prin lege, în speță ANRMAP.

"Art. 10 (1) În vederea fundamentării Procesului-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare/Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare sau a clarificării unor aspecte referitoare la acesta/aceasta, structura de control sau, după caz, autoritatea cu competențe în gestionarea fondurilor europene poate utiliza rezultatele investigațiilor altor instituții/structuri abilitate prin lege care au identificat abateri privind aplicarea prevederilor legislației naționale, inclusiv în domeniul achizițiilor publice, și poate solicita acestora informațiile suplimentare necesare și, în plus, poate solicita puncte de vedere ori informații oricăror alte entități publice sau structuri de specialitate, în limita prevederilor legale aplicabile; termenul de finalizare a misiunilor de verificare poate fi prelungit cu durata necesară obținerii acestor puncte de vedere/informații, dar cu respectarea prevederilor art. 21 alin. (24) din ordonanță."

2. Un alt aspect important în susținerea legalității conținutului documentațiilor de atribuire este și faptul că desfășurarea procedurii de achiziție publică s-a făcut cu verificarea aspectelor procedurale de către Unitatea pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice din cadrul Ministerului Finanțelor Publice, începând cu transmiterea invitațiilor de participare și până la atribuirea și semnarea contractelor.

În acest sens se menționează că observatorii delegați nu au sesizat nelegalități față de procedurile de achiziție publică, fapt ce rezultă din rapoartele procedurii de achiziție publică, semnate de către aceștia, fără observații. Sunt anexate în copie rapoartele procedurilor de achiziție, cu observațiile observatorilor UCVAP.

3. Cu privire la aspectele de nelegalitate invocate la achiziția CONTRACTULUI DE LUCRĂRI nr. 26933/11.06.2012

I. Referitor la pct. III.2.3 a) capacitatea tehnică și/sau profesională, cerința nr. 1 prin documentația de atribuire s-a solicitat:

„Cerința nr. 1 - Informații privind capacitatea tehnică:

1. Declarație privind lista principalelor lucrări executate și finalizate în ultimii 5 ani, calculate până la data limită de depunere a ofertelor. Lista va conține informații despre cel mult 3 contracte de lucrări similare cu cele supuse achiziției, contracte recepționate parțial, recepționate la terminarea lucrărilor sau recepționate final, în ultimii 5 ani, calculați până la data limită de depunere a ofertelor, cu o valoare totală, fără TVA, de cel puțin 10.500.000 lei."

Acest criteriu nu poate fi considerat unul restrictiv, atâta vreme cât prevederile normelor speciale în domeniul achizițiilor reglementează expres posibilitatea stabilirii acestuia. Facem referire la următoarele prevederi:

- Ordonanța 34/2006, art. 188, alin.3, lit. a „a) o listă a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări. Respectivul certificări indică beneficiarii, indiferent dacă aceștia sunt autorități contractante sau clienți privați, valoarea,

perioada și locul execuției lucrărilor și precizează dacă au fost efectuate în conformitate cu normele profesionale din domeniu și dacă au fost duse la bun sfârșit";

- HG 925/2006, art.9 lit. a conform căreia cerința este restrictivă dacă impune: "a) suma valorilor/cantităților de produse furnizate, servicii prestate și lucrări executate, incluse în contractul/contractele prezentat/prezentate de către operatorul economic ca dovadă a experienței lui similare, să fie mai mare decât valoarea / cantitatea de produse / servicii / lucrări ce vor fi furnizate / prestate / executate în baza contractului care urmează să fie atribuit". Ori, așa cum se poate observa, nu s-a solicitat ca dovadă a experienței similare o sumă a contractelor mai mare decât valoarea contractului ce urma a fi atribuit, potrivit prezentei documentații, aceasta fiind de 10.933.493 lei, fără TVA, conform fișei de date a achiziției.

Ordinul 509/2011- act normativ special privind formularea criteriilor de calificare și selecție - Anexa 1, capitolul contracte de lucrări, coloana 3 - formulări nerestrictive: O listă a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări. Această listă poate fi însoțită de cel puțin 1 document sau un număr maxim de documente (contracte, procese verbale de receptivitate, etc.) prin care să se confirme executarea lucrărilor în valoare de ... și după caz, având o capacitate de...". Ori, numărul maxim de documente prevăzut a fost de 3 contracte de lucrări similare, cu o valoare totală de 10.500.000 lei, fără TVA, astfel încât nu poate fi considerat un criteriu restrictiv.

II. De asemenea referitor la pct. III.2.3 a) capacitatea tehnică și/sau profesională, cerința nr. 2 - capacitatea profesională, prin documentația de atribuire s-a solicitat:

"... 2. Inginer tehnologii și sisteme de telecomunicații pentru care se va prezenta: Diploma de studii în domeniul sus menționat, CV semnat de titular din care să rezulte experiență specifică în domeniu de 3 ani, Dovada de participare în cadrul unui proiect similar

2.3. Inginer sisteme de securitate a comunicațiilor pentru care se va prezenta: Diploma de studii, CV semnat de titular din care să rezulte experiență specifică în domeniu de 3 ani, Dovada de participare în cadrul unui proiect similar, Document de absolvire a unor studii în domeniul securității informațiilor." Acest criteriu nu poate fi considerat unul restrictiv, atâta vreme cât prevederile normelor speciale în domeniul achizițiilor reglementează expres posibilitatea stabilirii acestuia. Facem referire la următoarele prevederi:

- Ordonanța 34/2006, art. 187, alin.3 care reglementează expres posibilitatea aprecierii capacității tehnice/profesionale a ofertantului și în funcție de experiența acestuia, astfel: "(3) Capacitatea tehnică și/sau profesională a unui ofertant/candidat se apreciază în funcție de experiența, aptitudinile, eficiența și eficacitatea acestuia, rezultate în urma analizării informațiilor prezentate pe parcursul procedurii de atribuire "

- Ordonanța 34/2006, art. 188, alin.3, lit. d, care reglementează posibilitatea solicitării de "c) informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru execuția lucrărilor;

- Ordinul 509/2011- act normativ special privind formularea criteriilor de calificare și selecție - Anexa 1, capitolul contracte de lucrări, coloana 3 - formulări nerestrictive - "c) informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru execuția lucrărilor. Se va solicita o declarație cu privire la personalul de specialitate, cu anumite certificări, după caz, în măsura în care există acte normative ce se vor menționa".

Totodată din exemplele menționate în cadrul aceleiași prevederi legale, rezultă fără tăgadă posibilitatea solicitării experienței profesionale dovedită prin participarea la cel puțin un proiect similar. În acest sens a fost formulată și cerința nr. 2 cu privire la experiența similară în proiecte/contracte similare, acestea trebuind să fie de natura celor precizate în fișa de date a achiziției și clarificarea nr. 15725/30.03.2012 și anume care au ca obiect următoarele:

45316210-0 Instalare de echipament de semnalizare
45316200-7 Instalare de echipament de monitorizare a traficului rutier
45314300-4 Instalare de infrastructuri de cabluri
45316212-4 Instalare de semafoare
34923000-3 Echipament pentru controlul traficului rutier.

De asemenea s-a reținut ca fiind abatere faptul că prin clarificarea nr. 15725/30.03.2012 s-a precizat că prin proiect similar se înțelege acele proiecte care sunt de aceeași natură, de același fel cu cele indicate la punctul II. 1.6 din fișa de date a achiziției, la acest punct fiind enumerate codurile CPV.

Ori, întrucât s-a solicitat această clarificare autoritatea contractantă a încercat să definească cât mai clar și într-un sens cât mai larg ce înțelege prin proiect similar, respectiv de aceeași natură, de același fel cu oricare dintre lucrările indicate la punctul II. 1.6 din fișa de achiziții. Aceasta putea fi interpretată ca fiind cerință restrictivă doar dacă se cerea strict lucrările având codurile CPV menționate. În această situație, autoritatea de management a dat dovadă de subiectivitate interpretând greșit o clarificare, o încercare de definire a termenului - proiect similar.

III. Referitor la III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, cerința nr. 1 - capacitatea profesională, prin documentația de atribuire s-a solicitat: "1.2. Copie după atestatul ANRE - tip B „ proiectare și/sau executare de instalații electrice pentru construcții civile și industriale, bransamente aeriene și subterane la tensiune de 0,4 kv" aflată în termen de valabilitate, al operatorului care va executa lucrările de bransamente electrice. "

Acest criteriu nu poate fi considerat unul restrictiv, atâta vreme cât prevederile normelor speciale în domeniul achizițiilor reglementează expres posibilitatea solicitării de acte edificatoare privind atestarea din punct de vedere profesional. Facem referire la următoarele prevederi:

- Ordonanța 34/2006, art. 183: "Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita oricărui operator economic să prezinte documente edificatoare care să dovedească forma de înregistrare ca persoană fizică sau juridică și, după caz, de atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, în conformitate cu prevederile din țara în care ofertantul/candidatul este stabilit."

- Ordinul 509/2011 - act normativ special privind formularea criteriilor de calificare și selecție - Anexa 1, capitolul contracte de lucrări, coloana 3-formulări nerestrictive - „c) - informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru execuția lucrărilor. Se va solicita o declarație cu privire la personalul de specialitate, cu anumite certificări, după caz, în măsura în care există acte normative ce se vor menționa".

- HG 90/2008, care prevede imperativ condițiile în care un operator economic poate executa - racorda utilizatori la rețeaua electrică: art. 2, alin.(2) "Executarea lucrărilor de racordare se realizează de către sau sub supravegherea electricienilor autorizați potrivit legii" și art. 38: "(1) Operatorul de rețea poate executa lucrările din categoriile prevăzute la art. 36 lit. a. și b. (lucrări pentru realizarea instalației de racordare, respectiv a instalațiilor cuprinse între punctul de racordare și punctul de delimitare) cu personal propriu, dacă deține atestat, sau atribuie contractul de achiziție publică pentru executare de lucrări unui operator economic atestat, respectând procedurile de atribuire a contractului de achiziție publică."

- Ordinul nr. 24/2007 privind aprobarea regulamentului pentru atestarea operatorilor economici care proiectează, execută, verifică și exploatează instalațiile electrice din sistemul electroenergetic, art. 2, alin. 1: "(1) În scopul respectării legilor și normelor în vigoare, operatorii economici care desfășoară activități de proiectare și executare de instalații electrice racordate la Sistemul Electroenergetic Național trebuie să dețină atestat emis de Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei, denumită în continuare Autoritatea competentă, în condițiile prezentului regulament.

- Conform art. 12 al aceluiași ordin: „Activitățile supuse atestării sunt: atestat de tip B - proiectare și executare de instalații electrice interioare pentru construcții civile și industriale, bransamente aeriene și care sunt de aceeași natură, de același fel cu cele indicate la punctul II. 1.6 din fișa de date a achiziției, la acest punct fiind enumerate codurile CPV. Ori, întrucât s-a solicitat această clarificare autoritatea contractantă a încercat să definească cât mai clar și într-un sens cât mai larg ce înțelege prin proiect similar, respectiv de aceeași natură, de același fel cu oricare dintre lucrările indicate la punctul II. 1.6 din fișa de achiziții. Aceasta putea fi interpretată ca fiind cerință restrictivă doar dacă se cerea strict lucrările având codurile CPV menționate. În această situație, autoritatea de management a dat dovadă de subiectivitate interpretând greșit o clarificare, o încercare de definire a termenului - proiect similar.

III. Referitor la III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, cerința nr. 1 - capacitatea profesională, prin documentația de atribuire s-a solicitat: "1.2. Copie după atestatul ANRE - tip B „proiectare și/sau executare de instalații electrice pentru construcții civile și industriale, bransamente aeriene și subterane la tensiune de 0,4 kv" aflată în termen de valabilitate, al operatorului care va executa lucrările de bransamente electrice." Acest criteriu nu poate fi considerat unul restrictiv, atâta vreme cât prevederile normelor speciale în domeniul achizițiilor reglementează expres posibilitatea solicitării de acte edificatoare privind atestarea din punct de vedere profesional. Facem referire la următoarele prevederi:

- Ordonanța 34 /2006, art. 183: "Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita oricărui operator economic să prezinte documente edificatoare care să dovedească forma de înregistrare ca persoană fizică sau juridică și, după caz, de atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, în conformitate cu prevederile din țara în care ofertantul/candidatul este stabilit."

- Ordinul 509/2011- act normativ special privind formularea criteriilor de calificare și selecție - Anexa 1, capitolul contracte de lucrări, coloana 3-formulari nerestrictive „c) - informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru execuția lucrărilor. Se va solicita o declarație cu privire la personalul de specialitate, cu anumite certificări, după caz, în măsura în care există acte normative ce se vor menționa".

- HG 90/2008, care prevede imperativ condițiile în care un operator economic poate executa - racorda utilizatori la rețeaua electrică: art. 2, alin.(2) "Executarea lucrărilor de racordare se realizează de către sau sub supravegherea electricienilor autorizați potrivit legii" și art. 38: "(1) Operatorul de rețea poate executa lucrările din categoriile prevăzute la art. 36 lit. a. și b. (lucrări pentru realizarea instalației de racordare, respectiv a instalațiilor cuprinse între punctul de racordare și punctul de delimitare) cu personal propriu, dacă deține atestat, sau atribuie contractul de achiziție publică pentru executare de lucrări unui operator economic atestat, respectând procedurile de atribuire a contractului de achiziție publică."

- Ordinul nr. 24/2007 privind aprobarea regulamentului pentru atestarea operatorilor economici care proiectează, execută, verifică și exploatează instalațiile electrice din sistemul electroenergetic, art. 2, alin. 1: „(1) În scopul respectării legilor și normelor în vigoare, operatorii economici care desfășoară activități de proiectare și executare de instalații electrice racordate la Sistemul Electroenergetic Național trebuie să dețină atestat emis de Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei, denumită în continuare Autoritatea competentă, în condițiile prezentului regulament”. Conform art. 12 al aceluiași ordin: "Activitățile supuse atestării sunt:...

a) atestat de tip B - proiectare și executare de instalații electrice interioare pentru construcții civile și industriale, bransamente aeriene și subterane, la tensiunea nominală de 0,4 kv."

4. Cu privire la aspectele de nelegalitate invocate la achiziția CONTRACTULUI DE SERVICII nr. 19499 din 23.04.2012.

Referitor la cap. III.2) CONDIȚII DE PARTICIPARE, subcap.III.2.4) Standarde de asigurare a calității, cerința nr. 1 - Cerința nr. 1 Informații privind asigurarea calității, prin documentația de atribuire s-a solicitat:

- Cerința nr. 1 Informații privind asigurarea calității: Prezentarea certificatului care să ateste că ofertantul are implementat și menține un sistem de management al calității conform condițiilor din standardul ISO 9001:2008, sau echivalent, aflat în termenul de valabilitate menționat de emitent, în copie." Considerăm că acest criteriu din documentația de atribuire a contractului de servicii nu este unul restrictiv, ci mai mult stabilirea unui astfel de criteriu este posibilă potrivit următoarelor prevederi legale:

- Ordonanța nr. 34 /2006 cap.5 secț.2 paragraful 6 - Standarde de asigurare a calității:

"ART. 191: în cazul în care solicită prezentarea unor certificate, emise de organisme independente, prin care se atestă faptul că operatorul economic respectă anumite standarde de asigurare a calității, autoritatea contractantă trebuie să se raporteze la sistemele de asigurare a calității bazate pe seriile de standarde europene relevante, certificate de organisme conforme cu seriile de standarde europene privind certificarea.

ART. 192: În conformitate cu principiul recunoașterii reciproce, autoritatea contractantă are obligația de a accepta certificate echivalente emise de organisme stabilite în alte state ale Uniunii Europene.

ART. 193: în cazul în care operatorul economic nu deține un certificat de calitate astfel cum este solicitat de autoritatea contractantă, aceasta din urmă are obligația de a accepta orice alte probe sau dovezi prezentate de operatorul economic respectiv, în măsura în care probele/dovezile prezentate confirmă asigurarea unui nivel corespunzător al calității."

După cum se poate observa, pentru îndeplinirea criteriului privind calitatea ofertanții aveau posibilitatea de a prezenta certificatul ISO 9001:2008 sau un alt document echivalent

- Ordinul nr. 509/2011 - act normativ special privind, formularea criteriilor de calificare și selecție, prevede: - art. 10 "Autoritățile contractante nu vor solicita cerințe de calificare și selecție precum: ISO OHSAS 18001:1999 - sistem de management al sănătății și securității ocupaționale, respectiv certificat SA 8000", prin urmare criteriul privind asigurarea calității stabilit în documentația de atribuire nu este de natura celor interzise conform acestor prevederi legale, neputând fi astfel calificat ca fiind restrictiv.

"Anexa 3 - în privința standardelor de asigurare a calității, autoritățile contractante pot solicita, în vederea calificării și selecției operatorilor economici, potrivit dispozițiilor art. 191 -196 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, fără a se limita exclusiv la cele prezentate, standarde precum: ISO 9001 în domeniul calității sau echivalent; ISO 14001 pentru sistemul de management de mediu sau echivalent etc. "

Menționăm că acest criteriu permis de legislația specială în domeniul achizițiilor publice, așa cum am arătat mai sus, a fost formulat din dorința autorității locale care este deținătoare a unui astfel de certificat, de a beneficia de servicii cât mai eficiente, întrucât avantajele certificării sistemului de management al calității sunt:

- de management al calității

- satisfacerea cerințelor clienților, partenerilor de afaceri și a cerințelor legale - creșterea credibilității și a încrederii în calitatea produselor / serviciilor - creșterea satisfacției clienților

- o mai mare înțelegere a proceselor organizației, ce implică angajamentul ferm al managementului, definirea clară a responsabilităților și autorităților, comunicarea internă și

externă îmbunătățită, utilizarea mai eficientă a resurselor și reducerea costurilor de neconformitate

- crearea cadrului pentru îmbunătățirea continuă.

Mai mult, prin adresa nr. 14424/16.11.2012 Organismul de Certificare a Sistemelor de Management - SRAC ne-a confirmat faptul că certificarea sistemului de management atât la persoane juridice cât și la persoane fizice este o garanție a calității serviciilor prestate de către aceștia.

Cu privire la susținerile că ar fi fost mai relevante alte standarde conform IFAC precizăm că acestea reprezintă o condiție de autorizare a auditorului financiar și nu o dovadă a asigurării unor standarde de calitate a serviciilor prestate de către aceștia, așa cum rezultă din prevederile art. 32 lit. d din H.G. nr. 433 din 27 aprilie 2011 pentru aprobarea Regulamentului de organizare și funcționare a Camerei Auditorilor Financiari din România:

"ART. 32. Condițiile de autorizare a auditorului financiar persoană fizică sunt următoarele:

d) să aibă o bună reputație, respectiv un comportament profesional adecvat, cu respectarea cerințelor Codului etic emis de Federația Internațională a Contabililor (IFAC) și adoptat de Cameră.

Referitor la cap. III.2) CONDIȚII DE PARTICIPARE, subcap. 111.2,3) Capacitatea tehnică și/sau profesională, prin cerința nr. 1 Informații privind capacitatea profesională la Modalitatea de îndeplinire și aplicabilitatea în cadrul procedurii punctul J, prin documentația de atribuire s-a solicitat: "3. Ofertantul trebuie să asigure personal minim de specialitate și calificare pentru îndeplinirea contractului: Se va face dovada unui auditor financiar autorizat care să aibă: diplomă de studii superioare în științe economice, specializarea "contabilitate sau finanțe".

Acest criteriu nu poate fi calificat ca fiind unul restrictiv, întrucât această condiție privind studiile superioare sau pregătirea suplimentară cu profil economic a unei persoane licențiate este expres stipulată în regulamentul camerei auditorilor pentru a putea fi autorizat ca auditor financiar, astfel încât nu criteriul stabilit în documentația de atribuire stabilește o restricție în acest sens ci însăși actul normativ ce reglementează această profesie și anume:

H.G. nr. 433 din 27 aprilie 2011 pentru aprobarea Regulamentului de organizare și funcționare a Camerei Auditorilor Financiari din România

"ART. 32: Condițiile de autorizare a auditorului financiar persoană fizică sunt următoarele:

a) să fie licențiată a unei facultăți cu profil economic sau a unei alte facultăți caz în care trebuie să fi urmat un program de pregătire suplimentară cu profil economic. Diploma obținută la absolvirea facultății, respectiv la finalizarea programului de pregătire suplimentară trebuie să fie recunoscută de autoritatea administrației publice centrale cu atribuții în domeniul educației;

b) să fi efectuat un stagiu de pregătire practică, conform normelor pentru desfășurarea programului de pregătire a stagiarilor în activitatea de audit financiar, emise de către Cameră;

c) să fi promovat examenul de competență profesională organizat de către Cameră;

d) să aibă o bună reputație, respectiv un comportament profesional adecvat, cu respectarea cerințelor Codului etic emis de Federația Internațională a Contabililor (IFAC) și adoptat de Cameră."

Ordinul nr. 509/2011 anexa nr. 1 capitolul contracte de servicii - masuri nerestrictive lit. d - act normativ special privind formularea criteriilor de calificare și selecție, prevede că pot fi solicitate:

"Informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru îndeplinirea contractului de servicii. De exemplu: diplomă de inginer/subinginer, studii superioare.

În consecință, reducerea procentuală aplicată celor 2 contracte este nejustificată, întrucât întreaga documentație de atribuire a celor două contracte a fost întocmită cu respectarea normelor legale în vigoare, așa cum am arătat mai sus, astfel încât nici un organism cu atribuții legale de verificare a acestora - ANRMAP și UCVAP nu a apreciat că acestea ar conține criterii de calificare și selecție restrictive. Urmare a concilierii purtate de părți, Municipiul Zalău și Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, prin adresa nr.93400/14.12.2012 s-a comunicat Nota de respingere a pretențiilor beneficiarului nr.93087/13.12.2012.

Această notă se dovedește a fi nelegală, reprezentând chiar un abuz prin menținerea în totalitate a reducerilor procentuale de 10% pentru fiecare din cele două contracte: de lucrări și de servicii, în condițiile în care în această notă se reține expres că două din cele patru criterii restrictive/abateri reținute inițial de către Ministerul Dezvoltării, văzând argumentele invocate de către Municipiul Zalău nu sunt acestea nu constituie abateri de la legislație.

În acest fel Ministerul Dezvoltării Regionale a încălcat flagrant prevederile din anexa nr. 2, nr. crt. 2.3 coloana 3 „Corecție/reducere din OUG nr.66/2011, conform cărora "Rata reducerii/corecției poate fi diminuată la 5%, în funcție de gravitate".

Ori, în condițiile în care inițial AM POR a constatat existența a patru abateri, câte două abateri/flecure contract, aplicând reducerea procentuală ținând cont numărul acestor abateri (așa cum expres menționează în cadrul Notei nr.61477/14.11.2012 la „Corecția aplicată”), iar ulterior cu ocazia concilierii a recunoscut că două dintre acestea nu reprezintă abateri, rămânând astfel invocată câte o abatere/fiecare contract, fiind evidentă o diminuare a gravității așa cum arată prevederile invocate. Cu toate acestea AM POR nu a procedat la diminuarea reducerilor procentuale la 5%, încălcând astfel prevederile legale. Acesta este motivul pentru care am solicitat în subsidiar anularea parțială prin micșorarea reducerilor procentuale proporțional cu reducerea numărului de abateri constatate de pârât.

În concluzie, în virtutea celor mai sus arătate se susține nelegalitatea și netemeinicia actelor administrative prin care s-au aplicat reduceri procentuale de 10% la valoarea contractului de lucrări și a contractului de serviciu cu titlu de sancțiune, solicitând instanței de fond admiterea petitelor formulate în acest sens. În drept, au fost invocate prevederile art.2 alin. 1 lit. a și h, art.6, art.9, anexa nr.2 punctul 2.3 din OUG nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau fondurilor publice naționale aferente acestora, art.2, art. 10, art.27 alin. 1 din HG nr.875/2011 privind normele de aplicare a OUG nr.66/2011, prevederile OUG nr.34/2006 privind achizițiile publice, prevederile Ordinului nr.509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, prevederile Legii nr.554/2004 privind contenciosul administrativ, prevederile art. 1165 și art. 1270 Cod civil.

În cauză a formulat întâmpinare pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE (f. 213-221). În motivarea întâmpinării s-a arătat, în ceea ce privește capătul de cerere referitor la suspendarea executării „Notei privind aplicarea reducerilor procentuale pentru Contractul de finanțare SMIS 7355 beneficiar UAT Municipiul Zalău”, în esență, că reclamanta nu invocă niciun motiv care ar putea crea o îndoială puternică și evidentă asupra prezumției de legalitate pe care se fundamentează caracterul executoriu al actului administrativ; cu privire la paguba iminentă s-a pronunțat și Înalta Curte de Casație și Justiție prin Decizia nr. 5191/27.10.2005, unde instanța supremă reține că: "faptul că suma stabilită prin actul de control depășește cifra de afaceri a societății și că prin executarea silită s-ar perturba în mod grav activitatea economică a reclamantei nu înseamnă că, implicit există și o pagubă iminentă."

Referitor la anularea „Notei privind aplicarea reducerilor procentuale pentru Contractul de finanțare SMIS 7355 beneficiar UAT Municipiul Zalău” se învederează că în cauză s-a săvârșit o

neregula, în sensul art. 2 alin. (1), lit. a) din O.U.G. nr. 66/2011, potrivit căruia neregula reprezintă "orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate" în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezulta dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o suma plătită necuvenit".

Potrivit prevederilor legale mai sus enunțate, pentru a fi în prezența unei nereguli, trebuie să existe o abatere, care constă în acțiunea/inacțiune beneficiarului prin care s-au încălcat prevederile legale în vigoare și ale contractului de finanțare, precum și un prejudiciu ce constă în suma plătită necuvenit.

În speță, neregula constă în acțiunea beneficiarului de a se abate de la dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, precum și de la prevederile contractului de finanțare, prin nerespectarea de către acesta în cadrul procedurii de atribuire a contractului de servicii a prevederilor art. 75 alin. (1) - (4) din O.U.G. nr. 34/2006, acțiune ce a condus la atribuirea contractului fără organizarea unei licitații adecvate. Prin neregula săvârșită s-a adus astfel prejudicii atât bugetului Uniunii Europene, cât și bugetului de stat, prin încasarea de către beneficiar a unor sume plătite necuvenit.

Dispozițiile art. 2 alin. (4) din O.U.G. nr. 66/2011, stipulează că termenii de ... "prejudiciu" ... "au semnificația dată de reglementările incidente și de ghidurile lor de aplicare, emise de Uniunea Europeană/donatorul public internațional". Art. 2 pct. 7. din Regulamentul (CE) nr. 1083/2006 al Consiliului U.E "neregularitatea înseamnă orice încălcare a unei dispoziții a dreptului comunitar care rezultă dintr-un act sau dintr-o omisiune a unui operator economic care are sau ar putea avea ca efect un prejudiciu la adresa bugetului general al Uniunii Europene prin imputarea unei cheltuieli necorespunzătoare bugetului general".

Referitor la „existența sau potențialitatea unui efect prejudiciabil al încălcării/abaterii pentru bugetul general al Uniunii Europene, art. 1 din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2988/95 al Consiliului U.E. din 18 decembrie 1995 privind protecția intereselor financiare ale Comunităților Europene prevede: "(1) în scopul protejării intereselor financiare ale Comunităților Europene, se adoptă prin prezenta o reglementare generală privind controalele uniforme, masurile și sancțiunile administrative privind abaterile de la dreptul comunitar.

(2) Constituie abatere orice încălcare a unei dispoziții de drept comunitar, ca urmare a unei acțiuni sau omisiuni a unui agent economic, care poate sau ar putea prejudicia bugetul general al Comunităților sau bugetele gestionate de acestea, fie prin diminuarea sau pierderea veniturilor acumulate din resurse proprii, colectate direct în numele Comunităților, fie prin cheltuieli nejustificate."

În concluzie, în acord cu legislația europeană, existența abaterii/neregulii/cheltuieli nejustificate presupune implicit potențialitatea/existența prejudicierii bugetului U.E. O neregulă cu impact financiar reprezintă o situație în care s-a realizat plata unor fonduri ce constituie cheltuieli nejustificate, prejudiciindu-se astfel bugetul european. Cheltuielile sunt considerate eligibile dacă sunt în conformitate cu Hotărârea Guvernului nr. 759/2007 privind regulile de eligibilitate a cheltuielilor efectuate în cadrul operațiunilor finanțate prin programele operaționale, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, art. 2, alin. (1), lit. d) din actul normativ mai sus enunțat, se stipulează faptul că; „Pentru a fi eligibilă, o cheltuială trebuie să îndeplinească cumulativ următoarele condiții cu caracter general fără a încălca prevederile alin. (3), art. 3, art. 4 și art. 5 alin. (2); să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare".

Conform celor menționate mai sus, abaterile de la prevederile legislației naționale și comunitare se sancționează, consecința fiind neeligibilitatea acelor cheltuieli. Potrivit dispozițiilor art. 28 din același act normativ, valoarea creanței bugetare stabilită în baza prevederilor art. 27 se calculează prin stabilirea de corecții financiare în conformitate cu prevederile anexei.

Contractul de finanțare este un acord cu termeni specifici, privind furnizarea, în anumite condiții, a finanțării nerambursabile pentru acoperirea parțială a costurilor eligibile efectuate în vederea implementării unui proiect și o condiție esențială pentru ca o cheltuială să fie eligibilă, este ca aceasta să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare.

Se mai subliniază faptul că prin încheierea contractului de finanțare, beneficiarul a acceptat finanțarea nerambursabilă și s-a obligat, potrivit art. 9 alin. (25), să respecte prevederile legislației naționale în domeniul achizițiilor publice, nerespectarea respectării acestor obligații conducând la neeligibilitatea cheltuielilor astfel efectuate.

În ceea ce privește susținerile reclamantei privitoare la verificările efectuate de către ANRMAP, solicită să se aibă în vedere prevederile art. 32* din HG nr. 457/2008 privind cadrul instituțional de coordonare și de gestionare a instrumentelor structurale, potrivit cărora "(1) în cazul în care autoritatea de management consideră că au existat încălcări ale legislației comunitare sau naționale privind achizițiile publice, aceasta stabilește și aplică corecții financiare, în condițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora. (2) în exercitarea atribuției prevăzute la alin. 11 autoritatea de management nu este condiționată în luarea deciziilor de activitățile desfășurate de ANRMAP și UCVAP potrivit dispozițiilor art. 322 și 323".

În plus, independent de precizările altor instituții, autoritatea contractantă este singura care poartă responsabilitatea nerespectării prevederilor legale privind achizițiile publice. Referitor la aspectele de nelegalitate invocate la achiziția contractului de lucrări nr. 26933/11.06.2012, reclamanta a încălcat legislația privind achizițiile după cum urmează:

a) încălcarea prevederilor OUG 34/2006, art. 178 alin 2): „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/ sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire", (în speță s-au solicitat cel puțin 3 contracte de lucrări similare cu cele supuse achiziției în valoare de cel puțin 10.500.000,00 lei fără TVA și, de asemenea, s-a solicitat ca inginerul în domeniul sistemelor și tehnologiilor de telecomunicație și inginerul în domeniul sistemelor de securitate să aibă experiență în proiecte/contracte similare).

b) încălcarea prevederilor OUG 34/2006, art. 179 alin 1): „Criteriile de calificare și selecție stabilite de către autoritatea contractantă trebuie să aibă o legătură evidentă cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit".

c) încălcarea prevederilor HG 925/2006, art. 8 alin, (1), "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care: a) nu prezintă relevanță în raport cu complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit; b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit."

Astfel, în fișa de date a achiziției s-au solicitat cel puțin 3 contracte de lucrări similare cu cele supuse achiziției în valoare de cel puțin 10.500.000,00 lei fără TVA și, de asemenea, s-a solicitat ca inginerul în domeniul sistemelor și tehnologiilor de telecomunicație și inginerul în domeniul sistemelor de securitate să aibă experiență în proiecte/contracte similare.

La pct.II.1.6 din Fișa de date a achiziției se găsește încadrarea pe coduri CPV: 45316200-7 instalare de echipament de semnalizare, 45316210-0 Instalare de echipament de monitorizare a traficului rutier, 45316212-4 Instalare de semafoare, 34923000-3 Echipament pentru controlul traficului rutier, 45314300-4 Instalare de infrastructuri de cabluri, copie după atestatul ANRE-tip B „proiectare și/sau executare de instalații electrice pentru construcții civile și industriale, bransamente aeriene și subterane la tensiune de 0,4 kv” aflată în termen de valabilitate, al operatorului care va executa lucrările de bransamente electrice, în cazul unei asocieri, fiecare asociat este obligat să prezinte aceste formulare.

Referitor la contractul de servicii nr. 19499/23.04.2012, arătăm onoratei instanțe faptul că reclamanta a încălcat legislația privind achizițiile după cum urmează :

a) încălcarea prevederilor OUG 34/2006, art. 178 alin 2): "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire".

b) încălcarea prevederilor OUG 34/2006, art. 179 alin 1): Criteriile de calificare și selecție stabilite de către autoritatea contractantă trebuie să aibă o legătură evidentă cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit;

c) încălcarea prevederilor HG 925/2006, art. 8 alin. (1), "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care: a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit; b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit".

În situația acestui contract, reclamanta a solicitat criterii considerate ca fiind restrictive, astfel: - Certificat ISO 9001:2008 care nu este relevant pentru activitatea de audit de proiecte, în acest caz fiind relevante alte standarde conform IFAC și INTOSAI; Diploma de studii superioare în științe economice, specializarea contabilitate sau finanțe, pentru auditorul financiar autorizat.

Față de toate aceste motive, pârâta solicită să se constate că în mod corect a aplicat instituția pârâtă reducerea procentuală de 10% în baza art. 6 alin. 3 din O.U.G. nr. 66/2011 și, pe cale de consecință, respingerea ca neîntemeiată a plângerii formulate de către reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul Zalău împotriva „Notei privind aplicarea reducerilor procentuale pentru Contractul de finanțare SMIS 7355 beneficiar UAT Municipiul Zalău”. În data de 17.05.2013, reclamantul Municipiul Zalău, prin primar, a formulat „răspuns la întâmpinare”, arătând că susținerile și solicitările acestuia sunt neîntemeiate.

A susținut existența aparenței de nelegalitate a actului administrativ necesară pentru suspendarea actului atacat. Cu privire la condiția prejudiciului iminent, consideră invocarea Deciziei nr. 5191/27.10.2005 a Înaltei Curți de Casație și Justiție ca fiind improprie în speța dedusă judecării întrucât se referă la nerealizarea de profit de către o societate comercială, iar reducerea dispusă prin actul administrativ atacat vizează bugetul unei unități administrativ teritoriale și are ca efect nerealizarea unor investiții propuse sau chiar accesarea unui de credit ce presupune cheltuieli și dobânzi achitate de Municipiul Zalău, sume ce nu mai pot fi recuperate și care constituie în mod clar un prejudiciu.

Pe fond, își menține motivele de drept și de fapt invocate în acțiune și consideră că pârâtul nu a adus argumente legale în sprijinul susținerilor sale de nelegalitate a unor criterii de calificare și selecție din cadrul documentației de atribuire a celor două contracte și nu i-a răspuns punctual criticilor din acțiune. Analizând actele și lucrările dosarului, Curtea reține următoarele:

Reclamantul a încheiat Contractul de finanțare nr. 2660/08.12.2011 - cod SMIS 7355, din cadrul Programului Operațional Regional 2007- 2013 "Sistem de management al traficului în municipiul Zalău", beneficiar UAT Municipiul Zalău.

Cu ocazia verificării Cererii de rambursare nr. 2, emisă de către beneficiarul reclamant, Direcția Generală Autorizare și Plăți Programe din cadrul instituției pârâte a constatat faptul că Autoritatea Contractantă UAT Municipiul Zalău a atribuit contractul de lucrări nr. 26933/ 11.06.2012 către Asocieria dintre SC UTI TRAFIC MANAGEMENT SA București și SC UTI GRUP SA București și contractul de servicii nr. 19499/23.04.2012 către SC PRIM AUDIT SRL.

În cadrul acestei proceduri s-au identificat abateri de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice, aferente contractului de lucrări mai sus menționat și a fost aplicată o reducere procentuală de 10%, în baza art. 6 alin. (3) din O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

Cu privire la modul de atribuire a contractului de lucrări nr. 26933/11.06.2012 s-a constatat că prin clarificarea nr. 15725/30.03.2012 la fișa de date a achiziției Autoritatea Contractantă a precizat ca prin proiect similar/lucrări similare se înțeleg acele proiecte care sunt "de aceeași natură", „de același fel" cu cele indicate la punctul 11.1.6 din fișa de date a achiziției (care prevede încadrarea pe coduri CPV). De asemenea, s-a solicitat la punctul III 2.1.b) din fișa de date copie după atestatul ANRE-tip B, în termen de valabilitate, al operatorului care va executa lucrările de bransamente electrice, precizându-se că în cazul unei asocieri, fiecare asociat este obligat să prezinte aceste formulare.

În privința contractului de servicii nr. 19499/23.04.2012 s-a constatat că a fost restrictivă solicitarea din fișa de date a certificatului ISO 9001:2008, acest certificat nefiind relevant pentru activitatea de audit de proiecte, în acest caz fiind relevante alte standarde conform IFAC și INTOSAI. De asemenea, s-a constatat ca în fișa de date a achiziției s-a solicitat diplomă de studii superioare în științe economice specializarea contabilitate sau finanțe pentru auditorul financiar autorizat (în condițiile în care auditorul financiar autorizat poate fi și un licențiat al unei facultăți alte decât cu profil economic, dacă urmează un program de pregătire suplimentară cu profil economic).

Reclamantul afirmă că în accepțiunea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 există o echivalență între termenii abatere și neregulă și că ar trebui, în aceste condiții, să fie identificat prejudiciul pentru bugetul UE sau împrejurarea ca suma solicitată să fie necuvenită, iar Nota privind aplicarea reducerilor procentuale pentru Contractul de finanțare SMIS 7355 beneficiar UAT Municipiul Zalău nr. 61477/ 14.11.2012, nu face acest lucru.

Nici pârâtul nu neagă existența unei suprapunerii între noțiunile de neregulă și abatere, însă Curtea reține că din acest simplu fapt nu poate rezulta necesitatea unor condiții suplimentare pentru sancționarea neregulilor/abaterilor, fiind suficientă încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice și/sau a prevederilor contractului de finanțare, inclusiv atribuirea contractului fără organizarea unei licitații adecvate.

Pe lângă interpretarea sistematică și de ansamblu a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011, această soluție rezultă și din alte argumente de text. Astfel, cheltuielile sunt considerate eligibile dacă sunt în conformitate cu Hotărârea Guvernului nr. 759/2007 privind regulile de eligibilitate a cheltuielilor efectuate în cadrul operațiunilor finanțate prin programele operaționale, cu modificările și completările ulterioare, care la art. 2, alin. (1), lit. d) prevede că pentru a fi eligibilă, o cheltuială trebuie să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare. Este evident că abaterile de la prevederile legislației naționale și comunitare atrag neeligibilitatea acelor

cheltuieli, iar prin efectuarea unor cheltuieli neeligibile, există prejudiciu și pentru bugetul național și pentru cel european, prin suportarea cheltuielilor care nu trebuiau făcute.

Sub aspectul apărării reclamantului privind existența unor verificări efectuate de către ANRMAP, acestea nu împiedică constatarea neregulilor în procedura prevăzută de OUG nr. 66/2011, după cum expres prevede art. 32 alin. 2 din Hotărârea Guvernului nr. 457/2008 privind cadrul instituțional de coordonare și de gestionare a instrumentelor structurale, potrivit căruia autoritatea de management nu este condiționată în luarea deciziilor de activitățile desfășurate de ANRMAP și UCVAP.

Curtea mai constată că aspectele de nelegalitate sesizate la achiziția contractului de lucrări nr. 26933/11.06.2012, și la contractul de servicii nr. 19499/23.04.2012, sunt corect reținute de către pârâtă, reclamantul nedemonstrând contrariul. Este, într-adevăr, extrem de restrictiv ca, bunăoară, să se solicite certificat ISO 9001:2008 pentru o activitate pentru care relevante sunt standardele IFAC și INTOSAI, sau să se restrângă libera concurență între auditorii financiari autorizați prin eliminarea artificială a celor care nu au alte studii decât economice, deși exercitarea profesiei acestora nu este îngredită în nici un fel de către legiuitor. Se consideră de către municipiul reclamant, ca motiv ales de nelegalitate a actului administrativ atacat, nemișorarea procentului de reducere de 10% aplicat proporțional cu criteriile considerate nerestrictive în urma concilierii.

Sub acest aspect, Curtea reține că pentru aplicarea unor criterii de calificare, de selecție, de atribuire, nelegale, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011 prevede, în anexă, o sancțiune de 10% din valoarea contractului, care poate fi diminuată la 5% în funcție de gravitate. În speță, este suficientă așadar reținerea unei singure nereguli pentru ca procentul de reducere de 10% să fie aplicat, astfel încât nu prezintă importanță, așa cum pretinde reclamanta, faptul că în urma procedurii prealabile organul administrativ a eliminat unele nereguli anterior reținute; în mod evident a rămas o neregulă (de fapt, mai multe chiar), neregulă suficientă și care atrage prin ea însăși procentul de 10%. Reclamanta nu a motivat deloc pe aspectul eventualei gravități reduse, care să justifice eventual o diminuare a procentului, ci pretinde doar diminuarea procentului de reducere automat, ca efect a înlăturării unor nereguli reținute inițial, care nu poate atrage însăși diminuarea prin însuși acest fapt a procentului, după cum s-a arătat deja.

Cu privire la cererea de suspendare a executării „Notei privind aplicarea reducerilor procentuale pentru Contractul de finanțare SMIS 7355 beneficiar UAT Municipiul Zalău” nr. 61477/14.11.2012, Curtea reține că nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 15 raportat la art. 14 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, aparența de nelegalitate neputând fi reținută în condițiile celor mai sus expuse care demonstrează legalitatea actului administrativ atacat. Totodată, nu este întrunită nici cerința existenței unei pagube iminente, cele afirmate de reclamant sub acest aspect rămânând la stadiul de alegații generale, neprecizate, neconcretizate și nedemonstrate. Față de cele de mai sus, în baza art. 10 și 15 din Legea nr. 554/2004, Curtea urmează să respingă acțiunea și cererea de suspendare.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge acțiunea formulată de către reclamantul MUNICIPIUL ZALĂU, cu sediul în Zalău, Piața Iuliu Maniu nr. 3, prin primar, împotriva pârâtului MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI, cu sediul în București, str. Apolodor nr. 17, Latura Nord, Sector 5.

Respinge cererea de suspendare a „Notei privind aplicarea reducerilor procentuale pentru Contractul de finanțare SMIS 7355 beneficiar UAT Municipiul Zalău” nr. 61477/14.11.2012. Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din 03.06.2013

Dosar nr. 1172/33/2013

CURTEA DE APEL CLUJ
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 91
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 03 MARTIE 2014

S-a luat în examinare acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul MUNICIPIUL ZALĂU PRIN PRIMAR, în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, având ca obiect anulare act.

Se constată că mersul dezbaterilor și susținerile orale ale părților au fost consemnate în încheierea de ședință din data de 17.02.2014, când pronunțarea hotărârii s-a amânat pentru termenul din 24.02.2014 pentru a da posibilitate părților de a formula concluzii scrise și ulterior pentru data de azi, încheierile de ședință de la acele date făcând parte integrantă din prezenta hotărâre.

CURTEA

Prin acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul MUNICIPIUL ZALĂU PRIN PRIMAR, în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE se solicită prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună anularea DECIZIEI nr. 90/25.07.2013 emisă de către pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice ca netemeinică și nelegală, și în consecință admiterea contestației formulate de către Municipiul Zalău pentru anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 40529/22.05.2013 emisă cu privire la Contractul de finanțare nr. 2352/13.11.2011 intitulat „Amenajarea peisajeră a parcului central municipal Zalău, Județul Sălaj”, cod SMIS 7356.

În motivare se arată că prin Decizia nr. 90/25.07.2013 emitentul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice a respins ca nefondată contestația formulată de către Municipiul Zalău pentru anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 40529/22.05.2013 emisă cu privire la Contractul de finanțare nr. 2352/13.11.2011 intitulat „Amenajarea peisajeră a parcului central municipal Zalău, Județul Sălaj”.

În urma controlului efectuat de către structura de control din cadrul Serviciului Constatare și Stabilire Nereguli POR al Direcției Generale Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene din cadrul M.D.R.A.P., demarat la recomandarea Autorității de Audit, s-a întocmit Nota de constatare nr. 40529/22.05.2013 prin care s-au constatat "nereguli" menționate la punctul 7. "Motivele de fapt" și s-a aplicat o corecție financiară de 10% din valoarea Contractului de lucrări nr. 13902/20.03.2012 încheiat între Municipiul Zalău și SC ACI Cluj SA.

Cu privire la verificările efectuate, neregulile sesizate și corecțiile propuse spre aplicare, prezentate în Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare s-au precizat următoarele:

Nota de constatare a fost întocmită cu nerespectarea prevederilor art. 21 și următoarele din OUG nr. 66/2011, întrucât echipa de control nu a efectuat un control propriu a aspectelor (suspiciunilor de nereguli) sesizate de către Autoritatea de Audit prin rapoartele întocmite de către aceasta, ci a preluat efectiv, recomandările acesteia.

Drept dovadă mențiunile efectuate la punctul 7 și 12 din Nota de constatare. De asemenea au fost încălcate și prevederile art. 10 din anexa nr. 1 la HG nr. 875/2011 privind normele de aplicare a OUG nr. 66/2011: „(1) în vederea fundamentării Procesului-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare/Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor

financiare sau a clarificării unor aspecte referitoare la acesta/aceasta, structura de control sau, după caz, autoritatea cu competențe în gestionarea fondurilor europene poate utiliza rezultatele investigațiilor altor instituții/structuri abilitate prin lege care au identificat abateri privind aplicarea prevederilor legislației naționale, inclusiv în domeniul achizițiilor publice, și poate solicita acestora informațiile suplimentare necesare și, în plus, poate solicita puncte de vedere ori informații oricăror alte entități publice sau structuri de specialitate, în limita prevederilor legale aplicabile."

Ori, activitatea de supraveghere și monitorizare a modului de atribuire a contractelor de achiziții revine exclusiv ANRMAP-ului, ca unică autoritate care are competențe în acest sens, fiind exclusă competența altor entități sau instituții publice (în speță OI și AM POR) în constatarea și sancționarea abaterilor în procedura reglementată de OUG nr. 34/2006.

Mai mult, procedura s-a desfășurat în conformitate cu prevederile legale, respectiv cu verificarea ei de către U.C.V.AP. Sălaj (Unitatea pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice din cadrul Ministerului Finanțelor Publice - Direcția Județeană Sălaj) - conform Raportului Procedurii nr. 11674/08.03.2012 s-au notat observații în ce privește respectarea legislației achizițiilor publice, al cărui raport, potrivit prevederilor O.U.G. nr. 30/2006 se transmite la A.N.R.M.A.P.

Cu privire la verificarea repetată a aceluiași aspecte ce vizează atribuirea contractului de lucrări, este de neacceptat, lipsită de orice motivație legală și faptică, procedarea la reverificarea aceluiași aspecte privind atribuirea Contractului de lucrări nr. 13902/20.03.2012 încheiat cu SC ACI Cluj SA, atâta vreme cât aceeași entitate cu atribuții de control s-a pronunțat printr-un act administrativ - Nota nr. 69774/19.09.2012 cu privire la aceste aspecte pe care le-a analizat și calificat ca nefiind nereguli, concluzionând că autoritatea locală nu a încălcat prevederile OUG nr. 34/2006 privind achizițiile publice și că pretențiile beneficiarului Municipiul Zalău de anulare a corecției financiare sunt întemeiate.

Acest act administrativ produce efecte atât pentru emitent cât și pentru beneficiar, efectele lui nefiind înlăturate până în prezent de nici un alt act administrativ sau de vreo hotărâre judecătorească.

Încercarea de a justifica derularea acestei noi activități de control prin invocarea "aparității de elemente noi este o susținere pur teoretică, fără nici o susținere practică, atâta vreme cât documentația de atribuire a contractului de lucrări cât și procedura de atribuire a rămas aceeași, neputând interveni nicio modificare ulterioară atribuirii contractului.

Cu privire la aspectele considerate nereguli de către autoritatea de control.

Acestea trebuie analizate strict raportat la prevederile OUG nr. 34/2006, întrucât aprecierea că s-a încălcat principiul egalității de tratament al ofertanților este una pur subiectivă, prevederile legale indicate în nota de constatare fiind greșit interpretate.

În nota de constatare se susține că ofertele clasate pe primele două locuri au fost excluse în diferite etape ale procesului fără ca autoritatea contractantă să solicite ofertanților clarificarea aspectelor pur formale care au condus la eliminarea acestora.

Această afirmație este contrară actului normativ special, întrucât prevederile OUG nr.34/2006 da dreptul autorității contractante să aplice criteriile de calificare și selecție și totodată obligă ofertanții să-și elaboreze oferta conform documentației de atribuire, să prezinte documentele specifice prin care se pot confirma criteriile stabilite, iar oferta acestora trebuie să îndeplinească specificațiile tehnice minime considerate obligatorii așa cum au fost prevăzute prin caietul de sarcini.

De asemenea prevederile legale speciale în materia achizițiilor nu dau voie autorității contractante să solicite în mod discreționar lămuriri și clarificări și mai ales este imposibil (în interpretarea limbii române) să solicite completări sau clarificări la ceva ce nu s-a prezentat, nu există.

În acest sens reiterează următoarele prevederi: "OUG nr. 34/2006: art. 176: Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare numai la: situația personală a candidatului sau ofertantului; capacitatea de exercitare a activității profesionale; situația economică și financiară; capacitatea tehnică și/sau profesională; standarde de asigurare a calității; standarde de protecție a mediului, în cazurile prevăzute la art. 188 alin. (2) lit. f) și alin. (3) lit. e).

Criteriile de calificare și selecție stabilite în cadrul documentației de atribuire, acestea sunt legale, întrucât documentația a fost verificată de către autoritatea competentă în acest sens ANRMAP în sensul respectării tuturor normelor legale în vigoare, iar entitatea de control nu a precizat nici un text de lege care ar fi încălcat prin stabilirea acestor criterii de calificare și selecție.

Astfel prin Fișa de date a achiziției - secțiunea III, cap. III. 2. Condiții de participare, subcap. III.2.3 Capacitatea tehnică și/sau profesională - Cerința 2 Informații privind capacitatea profesională - la punctul 3.3 s-a solicitat "Inginer/subinginer peisagist pentru care se va prezenta: - Diplomă de studii și CV."

Contrar celor arătate în fundamentarea notei de constatare există specializarea peisagistică în cadrul facultăților de horticultură. Horticultura și peisagistica sunt două domenii total distincte, peisagistica fiind un domeniu mult mai complex.

Peisagistica urmărește oferirea unei identități spațiului înconjurător prin folosirea de cunoștințe din urbanism, biologie sau ecologie și este una dintre sarcinile de lucru ale unui arhitect/inginer peisagist.

Peisagistul, nu poate fi confundat cu horticultorul (grădinarul), pentru că el întreprinde activități și din domenii adiacente precum arhitectura, sociologia, biologia, arta sau planificarea teritorială. „Un peisagist este o verigă necesară și lanțul de comunicare dintre arhitecți și ecologiști, dintre profesioniști responsabili de mediul construit și cel natural în care trăim."

Prin urmare, văzând natura lucrărilor atribuite prin acest contract, ce rezultă și din denumirea proiectului "Amenajarea peisajeră a parcului central din Municipiul Zalău" a determinat solicitarea unui specialist în peisagistică.

Astfel, este evidentă eroarea în care se află entitatea de control care face o gravă confuzie între ocupație - stabilite prin COR și specializare - ca formă de învățământ, studii pe de o parte, iar pe de altă parte la fel de evidentă este eroarea dintre specializările horticultor care se ocupă cu cultivarea plantelor și peisagist care se ocupă proiectarea spațiilor verzi. Astfel este greșită aprecierea echipei de control că activitățile urmărite de autoritatea contractantă a fi derulate în cadrul proiectului se circumscriu ocupației de inginer horticol, fiind adevărat inversul acestei afirmații.

Lipsa acestui specialist a determinat eliminarea ca inadmisibilă a ofertei depusă de către SC Consinit SA Zalău potrivit prevederilor art.36 alin. 1 lit. b din HG nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006: "(1) Oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a prezentat, conform prevederilor art. 11 alin. (4) - (5), documente relevante în acest sens."

Cu privire la criticile aduse față de excluderea ofertantului SC Euro Trans Universal SRL, susține în continuare că oferta acestuia este neconformă potrivit prevederilor mai sus menționate și ale art.36 alin.2 lit.a din HG nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006: "(2) Oferta este considerată neconformă în următoarele situații: a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini."

Ofertantul nu a prezentat "conceptul și schițele de realizare a obiectelor de design" ce reprezintă cerința nr.4 din cadrul subcap.IV.4.1 Modul de prezentare a propunerii tehnice din Fișa de date a achiziției, prin urmare nu a îndeplinit una dintre specificațiile tehnice minime obligatorii ce au fost stabilite în documentația de atribuire a contractului, lipsă ce nu poate fi considerată o completare formală în accepțiunea prevederilor 78 din HG nr.925/2006.

În condițiile în care se solicita și permitea acestuia să-și completeze oferta cu aceste specificații lipsă se crea acestuia un avantaj față de ceilalți ofertanți care și-au întocmit corespunzător ofertele. În aceste condiții se putea afirma că s-ar fi încălcat principiul tratamentului egal al ofertanților.

Prin urmare, în procedura de analiză a ofertelor și respectiv de atribuire a contractului de lucrări autoritatea locală a respectat întru totul prevederile legale ale OUG nr.34/2006 privind achizițiile publice și ale HG nr.925/2006 privind normele metodologice de aplicare a OUG nr.34/2006.

Documentația de atribuire aferentă contractului de lucrări a fost transmisă în SEAP cu nr. 9037/07.12.2011 în scopul validării acesteia de către ANRMAP, fiind acceptată cu același număr în 15.12.2011. După validare aceasta a fost publicată în SEAP cu nr.318803/20.12.2011.

Prin urmare, prin acceptarea de către ANRMAP a documentației de atribuire este evident faptul că aceasta a fost întocmită cu respectarea legislației din achizițiile publice, neexistând nici un criteriu care ar duce la încălcarea principiului tratamentului egal al ofertanților. Un alt aspect important în susținerea legalității derulării procedurii de atribuire a contractului este și faptul că desfășurarea procedurii de achiziție publică s-a făcut cu verificarea aspectelor procedurale de către Unitatea pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice din cadrul Ministerului Finanțelor Publice, începând cu transmiterea invitației de participare și până la atribuirea și semnarea contractului.

În acest sens arată că observatorii delegați nu au sesizat nelegalități față de procedura de achiziție publică, fapt ce rezultă din raportul procedurii de achiziție publică, semnat de către aceștia, fără observații.

Cu privire la corecțiile financiare de 10% aplicate de către echipa de control considerăm că acestea sunt nejustificate și sub aspectul cuantumului, fiind astfel încălcat principiul proporționalității reglementat de OUG nr. 66/2011: Orice acțiune întreprinsă în sensul constatării unei nereguli și al stabilirii creanțelor bugetare rezultate din nereguli se realizează cu aplicarea principiului proporționalității, ținându-se seama de natura și de gravitatea neregulii constatate, precum și de amploarea și de implicațiile financiare ale acesteia.

Dacă la o primă verificare, așa cum se arată și în nota de constatare, corecția aplicată ca sancțiune pentru aceleași nereguli a fost de 5%, reducere anulată ulterior de către AMPOR ca nejustificată, cum justifică echipa de control aplicarea dublului procentului de corecție aplicat inițial cum a fost posibil să crească gravitatea aceluiași constatări.

Aceasta dovedește că procentul corecției financiare propuse este nejustificat fiind ales în mod aleatoriu de către echipa de control. În temeiul celor invocate mai sus solicită anularea DECIZIEI nr. 90/25.07.2013 emisă de către pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice ca

netemeinică și nelegală, și în consecință admiterea contestației formulate de către Municipiul Zalău pentru anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 40529/22.05.2013 ca netemeinică și nelegală, și aferentă proiectului „Amenajarea peisageră a parcului central municipal Zalău, Județul Sălaj”, cod SMIS 7356.

Prin întâmpinarea depusă la dosar, MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, solicită respingerea ca neîntemeiată a acțiunii promovată de către Unitatea administrativ teritorială a municipiului Zalău (UATM Zalău). În motivarea întâmpinării se arată că prin intermediul cererii de chemare în judecată, reclamanta a solicitat anularea Deciziei nr. 90/25.07.2013 și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 40529/22.05.2013.

În fapt, în baza Mandatului, nr. 17296/04.03.2013, emis de Șeful AM POR, o echipă de control a procedat la efectuarea unei verificări documentare a cazului de suspiciune de neregulă ce au vizat aspectele menționate în sesizarea nr. VT- 13674/19.02.2013, privind încălcarea prevederilor legale în materie de achiziții publice, în procesul de atribuirea contractului de execuție lucrări nr. 13902/20.03.2012 încheiat cu S.C. ACI CLUJ S.A. Neregula a fost semnalată cu ocazia efectuării misiunii de audit a Autorității de Audit din cadrul Curții de Conturi în Raportul de audit de operațiuni pentru POR nr. 52205/AP/21.02.2012. Suspiciunea de neregulă a fost confirmată, în speță fiind întocmită Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare prin intermediul căreia a fost aplicată o corecție financiară de 10% din valoarea contractului nominalizat mai sus, în conformitate cu dispozițiile punctului 2.4 din Anexa la OUG nr. 66/2011 - încălcarea principiului tratamentului egal.

Valoarea creanței bugetare stabilite în sarcina reclamantei a fost în sumă de 142.892,51 lei, defalcată după cum urmează: - contribuție buget UE: 94.109,94 lei; - contribuție buget de stat: 20.672,56 lei; - TVA: 28.110,01 lei. Împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 40529/22.05.2013 a formulat contestație reclamanta. Contestația a fost soluționată prin intermediul Deciziei nr. 90/25.07.2013, în sensul respingerii acesteia ca nefondată.

În ceea ce privește fondul cauzei, solicită a se constata că motivele cererii de chemare în judecată nu pot fi reținute raportat la următoarele considerente:

Cu privire la verificarea repetată a aceluiași aspecte ce vizează atribuirea contractului de lucrări.

Conform dispozițiilor art. 5 din OUG nr. 66/2011 se prevede că: „Autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația: (...) implementării corespunzătoare și la timp a recomandărilor formulate de organismele de control și audit intern și extern, naționale și europene, în aplicarea prevederilor prezentei ordonanțe de urgență.”

La verificarea cererii de rambursare nr. 1, OI POR NV a identificat abaterea și a aplicat o reducere procentuală de 5% din valoarea cheltuielilor aferente contractului de execuție lucrări nr. 13902/20.03.2012 solicitate la rambursare prin CR nr. 1. Potrivit Informării de plată nr. 48.267/01.08.2012, AMPOR a aplicat reducerea procentuală de 5% la decontarea cheltuielilor solicitate la plată prin CR nr. 1. Ulterior, în cadrul procedurii de conciliere, AMPOR a anulat reducerea procentuală aplicată, potrivit Notei de propunere spre aprobare a pretențiilor beneficiarului nr. 69774/19.09.2012, fără a dispune de probe suplimentare față de cele deja existente la dosarul cererii.

Ca urmare a recomandărilor misiunii de audit, echipa de control, structură de control din cadrul autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene a procedat la constatarea și stabilirea corecțiilor financiare.

Față de cele de mai sus rezultă faptul că nu există la această dată, un alt act de control emis în baza OUG nr.66/2011, care să fi fost emis ca urmare a unei misiuni de control asupra procedurii de cerere de oferte care a fost finalizată cu atribuirea contractului de lucrări nr. 13902/20.03.2012, încheiat de către autoritatea contractantă Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul Zalău cu SC ACI CLUJ SA.

Referitor la invocarea faptului că asupra contractului la care structura de control a AM a dispus corecții, s-ar mai fi pronunțat anterior reprezentanți ai AM POR, precizează că activitatea autorității de management a vizat un eșantion stabilit conform procedurilor proprii și prevederilor legale aferente activității acesteia, iar verificările nu au vizat o procedură anume de achiziție publică, acestea realizându-se prin sondaj. Prin urmare, validarea la plată nu presupune automat că beneficiarul s-a încadrat în prevederile legale în privința atribuirii unui contract de achiziție publică, iar efectuarea unui control nu presupune excluderea unor alte controale efectuate cu respectarea dispozițiilor contractuale și legale incidente.

În acest sens solicită a se avea în vedere următoarele clauze ale contractului de finanțare nr. 2352/13.11.2011, pe care reclamanta și l-a însușit prin semnare: - art. 9 (16): „beneficiarul este obligat să permită, pe întreaga durată de valabilitate a contractului, OI, AMPOR și oricăror alte persoane autorizate în acest sens de către acestea, (...) să realizeze controale/auditori, asupra modului de implementare a proiectelor cofinanțate din instrumente structurale (...);

- art. 9 (17): "După expirarea perioadei de valabilitate a Contractului, se menține obligația Beneficiarului de a păstra și de a pune la dispoziția OI, AM POR, Autorității de Certificare și Plată, autorității de Audit, Comisiei Europene și oricărui alt organism abilitat să efectueze verificări/controale (...) pe o perioadă de 5 ani de la data închiderii oficiale a Programului Operațional Regional 2007-2013.

Cu alte cuvinte, în perioada stabilită prin contractul de finanțare și normele legale incidente, AM, alături de alte organisme abilitate au dreptul de a efectua controale și de a aplica sancțiuni, conform reglementărilor în vigoare la data controlului asupra modului de implementare a proiectului finanțat din fonduri structurale.

"Cu privire la aspectele considerate nereguli de către entitatea de control" Din analiza comparativă a tratamentului aplicat de comisia de evaluare ofertanților, raportat la îndeplinirea aceleași cerințe de calificare, s-a constatat lipsa egalității de tratament și caracterul pur formal al demersurilor reclamantei în evaluarea ofertelor eliminate din competiție, astfel:

Cu privire la ofertantul - S.C. Consinit SA Zalău

Potrivit scrisorii de comunicare a rezultatului procedurii nr. 6686/09.02.2012, ofertantul care a propus prețul cel mai scăzut a fost exclus pe motiv că nu a făcut dovada „asigurării persoanei având calitatea de inginer/subinginer peisagist deținând diplomă de studii în specializarea peisagistică emisă de instituțiile de învățământ de profil, specializarea prezentată de dvs. fiind horticultura.”

Aprecierea comisiei de evaluare a fost considerată eronată în raport cu cerința de referință din documentația de atribuire. Astfel, potrivit cerinței nr. 2 din Capitolul. III.2.3 din fișa de date a achiziției, ofertanții urmau „să facă dovada asigurării a cel puțin următorului personal necesar:

"3.3 Inginer/subinginer - peisagist pentru care se va prezenta: - Diplomă de studii, CV"

Cerința reclamantei trebuie analizată în concordanță cu dispozițiile COR (clasificația ocupațiilor din România) adoptate prin Ordinul nr. 1832/856/2011, potrivit cărora nu există ocupația de inginer/subinginer peisagist, ci numai aceea de inginer horticol, prin urmare pentru această poziție autoritatea contractantă ar fi trebuit să accepte ocupații care demonstrează că dețin potențialul de

a derula viitorul contract. Este de menționat faptul că specializarea prezentată de ofertantul exclus - „horticultura” - este o ramură a facultății de horticultura, iar activitățile urmărite de reclamantă a fi derulate în viitorul proiect se circumscriu ocupației de inginer horticol.

UATM Zalău nu a analizat, înainte de excluderea ofertei, dacă tipul de studii, experiența anterioară și disponibilitatea persoanei sunt corespunzătoare în raport cu tipul de activitate pentru care era destinată poziția din echipă, limitându-se doar la a compara conținutul/forma documentului care atestă calificarea/studiile promovate de expert; în același timp, ofertantul câștigător a prezentat: contract de prestări servicii lucrări de peisagistică; diplomă de studii în horticultura, specializarea peisagistică; contract de muncă cu ofertantul - expert inginer horticol.

Astfel, din moment ce SC Consinit SA Zalău a prezentat o diplomă de studii în domeniul horticol, singura emisă de către Facultatea de Horticultura, reclamanta avea obligația prevăzută de art. 35 din HG nr. 925/2006 de a solicita clarificări. Această obligație a fost respectată în raport cu ofertantul declarat câștigător dar nu și cu ofertantul menționat mai sus, care avea prețul cel mai mic.

Prin urmare, din analiza comparativă a documentelor depuse de către cei 2 ofertanți, rezultă că ambii aveau aceeași profesie - cea de inginer horticol - obținută prin absolvirea aceleiași facultăți, respectiv Facultatea de Horticultura, în schimb unul a fost descalificat (din acest motiv), iar celălalt declarat câștigător.

În condițiile în care fiecare dintre ofertanți au nominalizat experți care îndeplinesc aceeași funcție (inginer horticol), era de interes pentru reclamantă să verifice, înainte de excluderea ofertei, dacă calificarea și experiența expertului corespund necesităților sale, cu atât mai mult cu cât un astfel de demers ar fi putut aduce o economie substanțială în utilizarea fondurilor bugetare, prețul propus de ofertantul exclus fiind cu aproximativ 30% mai mic decât prețul adjudecat al contractului. Pe cale de consecință, autoritatea contractantă avea obligația să clarifice aceste aspecte, înainte de a dispune excluderea ofertei.

Cu privire la ofertantul - SC Euro Trans Universal SRL:

Ofertantul II în ierarhia prețului propus a fost exclus din competiție pe motiv de neconformitate a ofertei. Potrivit adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 11683/08.03.2012, motivul excluderii ofertei care propunea un preț cu 7% mai mic decât ofertantul câștigător a constat în faptul că propunerea tehnică era incompletă, „lipsind partea constând în conceptul și schițele de realizare a obiectelor de design ce constituie parte integrantă a propunerii tehnice.” S-a reținut faptul că reclamanta nu a solicitat clarificări ofertantului înainte de a dispune excluderea ofertei.

Raportat la prevederile art. 78 din HG 925/2006 comisia de evaluare avea obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale necesare pentru evaluarea ofertei. Comisia de evaluare a justificat lipsa demersurilor sale de a clarifica aspectele de natură tehnică prin imposibilitatea de a le încadra în categoria completărilor formale.

Față de susținerea reclamantei, s-a observat că ofertantul exclus a prezentat în cadrul ofertei inițiale informații cu privire la obiectele de design atât în cadrul formularului F4 (la obiectul 110 - mobilier urban - sub-obiectul obiecte de design) precum și în cadrul fișei tehnice nr. 15 - obiecte de design din care rezultă „corespondența propunerii tehnice cu specificațiile tehnice impuse prin caietul de sarcini” .

Prin urmare UATM Zalău avea la dispoziție suficiente informații incluse în oferta inițială al căror conținut indică corespondența propunerii tehnice cu specificațiile tehnice ale obiectelor de design stabilite prin caietul de sarcini. În această situație, solicitarea de clarificări nu ar fi determinat un

avantaj ofertantului, scopul său fiind acela de a clarifica aspecte de natură tehnică susținute în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant.

Raportat la aspectele de mai sus, aprecierea comisiei de evaluare conform căreia lipsesc integral părți ale propunerii tehnice a fost considerată eronată, întrucât într-o astfel de situație, se impunea clarificarea aspectelor în discuție.

Menționează că încadrarea în categoria completărilor formale trebuie analizată și prin prisma importanței documentelor lipsă în raport cu volumul, complexitatea și obiectul contractului.

Astfel, potrivit pct.II. 1.5 din fișa de date a achiziției, scopul contractului constă în „reabilitarea aleii principale, aleilor secundare și executarea aleilor pentru ciclism; reabilitarea și extinderea sistemului de iluminat; realizarea unei cascade multiple; renovarea fântânii arteziene; extinderea rețelei de apă în vederea racordării cișmele de apă, a fântânii arteziene și a cascadei multiple; realizarea unui perete de cățărăt (panou de alpinism); amenajarea locului de joacă pentru copii; sistematizarea pe verticală (rigole pentru colectarea și evacuarea apelor de suprafață, amenajarea locuri pentru animale de companie, terasări cu borduri de calcar, extrageri de arbori și arbuști degradați, plantări, replantări, gazonare, curățirea terenului, nivelarea terenului, tratamente fitosanitare, întreținere), împrejmuirea parcului; lucrări de renovare și modernizare a scârilor și a amfiteatrului, acoperirea amfiteatrului; achiziționare și amplasare de mobilier urban (bănci, coșuri de gunoi), concepție, realizare și montare obiecte de design; realizarea unei terase de șah; achiziționare și montare 2 buc. antene wireless” .

S-a constatat astfel că raportat la complexitatea lucrărilor care fac obiectul contractului, concepția obiectelor de design reprezintă o parte infimă, în timp ce oferta declarată câștigătoare prezintă un număr de 4 schițe din totalul de 35 de obiecte de design propuse a fi realizate, fără a prezenta un concept concret de realizare a acestora. S-a reținut de asemenea faptul că ofertantul SC Euro Trans Universal SRL a mai fost respins de la aceeași procedură, pentru motive de calificare, însă prin decizia nr. 477/C3/400 din 24.02.2012, CNSC a dispus reevaluarea ofertei, motivat de demersul pur formal al autorității contractante în evaluarea ofertei, „fără clarificarea efectivă a informațiilor obținute”.

Coroborând informațiile anterioare, se constată că demersul autorității contractante în evaluarea ofertei tehnice a fost pur formal, limitându-se la analizarea formei documentelor și nu la verificarea efectivă a propunerii tehnice.

Respectarea principiului tratamentului egal presupune aplicarea, în mod nediscriminatoriu, a criteriilor de calificare prevăzute în cadrul fișei de date a achiziției și cerințelor prevăzute în caietul de sarcini tuturor ofertanților, astfel încât orice executant de lucrări să aibă șanse egale în competiția pentru atribuirea contractului, fapt care în speță nu a fost respectat.

Mai mult, conform dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, autoritatea contractantă are obligația de a stabili oferta câștigătoare, pe baza criteriului de atribuire precizat în anunțul de participare și în documentația de atribuire, în condițiile în care ofertantul respectiv îndeplinește criteriile de selecție și calificare impuse. Pentru o mai bună perspectivă a aspectelor prezentate, solicită să se rețină că în speță, atribuirea contractului 13902/20.03.2012 s-a făcut în baza criteriului "prețul cel mai scăzut" , dar: Oferta câștigătoare a propus un preț de 2.784.174 lei; Oferta SC. Consinit SA Zalău (ofertant eliminat) a propus un preț de 1.986.375,43 lei; Oferta SC Euro Trans Universal SRL (ofertant eliminat) a propus un preț de 2.590.343,41 lei.

Subliniază de asemenea faptul că eficiența utilizării fondurilor publice presupune atribuirea contractelor de achiziție publică pe baze competiționale, în vederea obținerii raportului optim între calitate și preț. Efectul vizat de acest principiu este obținerea celei mai bune valori pentru fondurile publice, întotdeauna considerate ca fiind suficiente în raport cu necesitățile.

În ceea ce privește afirmațiile reclamantei vizând necompetență MDRAP de a constata și sancționa abaterile în procedura reglementată de OUG 34/2006, precum și invocarea "controlului" ANRMAP și UCVAP: "Art. 20 - (1) Activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare/corecțiilor financiare se efectuează de către autoritățile cu competente în gestionarea fondurilor europene, prin structuri de control organizate în acest scop în cadrul acestora."

Prevederile art. 324 din H.G. nr. 457/2008 privind cadrul instituțional de coordonare și de gestionare a instrumentelor structurale, care stabilesc următoarele: în cazul în care autoritatea de management consideră că au existat încălcări ale legislației comunitare sau naționale privind achizițiile publice, aceasta stabilește și aplică corecții financiare, în condițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora. în exercitarea atribuției prevăzute la alin. 11). Autoritatea de management nu este condiționată în luarea deciziilor de activitățile desfășurate de ANRMAP și UCVAP potrivit dispozițiilor art. 322 și art. 333".

Mai mult decât atât, afirmațiile reclamantei omit clauzele contractului de finanțare nr. 2352/13.11.2011, pe care reclamanta și l-a însușit prin semnare, respectiv prevederile art. 9 alin. 16-17 (care au fost prezentate anterior) precum și art. 19 alin 22:

"În scopul atribuirii contractelor de servicii, furnizare, execuție de lucrări necesare pentru implementarea Proiectului care face obiectul prezentului Contract, Beneficiarul, în calitate de Autoritate Contractantă, are obligația de a respecta prevederile legislației naționale în domeniul achizițiilor publice. Nerespectarea acestei obligații conduce la neeligibilitatea cheltuielilor astfel efectuate".

Având în vedere cele prezentate, solicită a se constata că Decizia nr. 90/25.07.2013 și Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 40529/22.05.2013 au fost emise cu respectarea prevederilor legale incidente și pe cale de consecință solicită respingerea ca neîntemeiată a acțiunii promovată de către UATM Zalău.

Municipiul Zalău prin răspunsul la întâmpinarea pârâtului Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, arată că această este neîntemeiată, atât sub aspectul motivațiilor, cât și sub aspectul solicitărilor. Față de susținerile pârâtului invocate în întâmpinarea formulată reiterează aspectele de fapt și de drept, prin care a susținut nelegalitatea deciziei emise de pârât și în consecință a netemeinicii aplicării de corecții financiare beneficiarului Municipiul Zalău.

Analiza acțiunii introductive de instanță raportat la pretențiile deduse judecății și apărările formulate evidențiază următoarele: Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, Prin Decizia nr. 90/25.07.2013 a respins ca nefondată contestația formulată de către Municipiul Zalău pentru anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 40529/22.05.2013 emisă cu privire la Contractul de finanțare nr. 2352/13.11.2011 intitulat "Amenajarea peisajeră a parcului central municipal Zalău, Județul Sălaj".

Subsecvent controlului efectuat de către structura de control din cadrul Serviciului Constatare și Stabilire Nereguli POR al Direcției Generale Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene din cadrul M.D.R.A.P., demarat la recomandarea Autorității de Audit, s-a întocmit Nota de constatare

nr.40529/22.05.2013 prin care s-au constatat "nereguli" menționate la punctul 7. "Motivele de fapt" și s-a aplicat o corecție financiară de 10% din valoarea Contractului de lucrări nr.13902/20.03.2012 încheiat între Municipiul Zalău și SC ACI Cluj SA.

Primul motiv de nelegalitate a actului administrativ atacat vizează faptul că nota de constatare a fost întocmită cu nerespectarea prevederilor art.21 și următoarele din OUG nr.66/2011, întrucât echipa de control nu a efectuat un control propriu a aspectelor (suspiciunilor de nereguli) sesizate de către Autoritatea de Audit prin rapoartele întocmite de către aceasta, ci a preluat efectiv, recomandările acesteia, având în vedere mențiunile efectuate la punctul 7 și 12 din Nota de constatare.

Contrar celor afirmate de reclamantă, controlul a fost realizat în baza Mandatului nr. 17296/04.03.2013, emis de Șeful AM POR, de o echipa de control care a procedat la efectuarea unei verificări documentare a cazului de suspiciune de neregulă ce au vizat aspectele menționate în sesizarea nr. VT- 13674/19.02.2013, privind încălcarea prevederilor legale în materie de achiziții publice, în procesul de atribuirea contractului de execuție lucrări nr. 13902/20.03.2012 încheiat cu S.C. ACI CLUJ S.A.

Sușinerile reclamantei privind lipsa unei împrejurări care să justifice un nou control nu poate fi primită întrucât neregula a fost semnalată cu ocazia efectuării misiunii de audit a Autorității de Audit din cadrul Curții de Conturi în Raportul de audit de operațiuni pentru POR nr. 52205/AP/21.02.2012. Verificarea ulterioară a determinat confirmarea suspiciunii de neregulă a fiind întocmită Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 40529/22.05.2013 prin intermediul căreia a fost aplicată o corecție financiară de 10% din valoarea contractului nominalizat mai sus, în conformitate cu dispozițiile punctului 2.4 din Anexa la OUG nr. 66/2011 - încălcarea principiului tratamentului egal, contestată de reclamantă.

Reclamanta invocă de asemenea ca motiv de nelegalitate și faptul că, în viziunea sa au fost încălcate și prevederile art. 10 din anexa nr. 1 la HG nr.875/2011 privind normele de aplicare a OUG nr.66/2011.

Textul invocat statuează: În vederea fundamentării Procesului-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare/Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare sau a clarificării unor aspecte referitoare la acesta/aceasta, structura de control sau, după caz, autoritatea cu competențe în gestionarea fondurilor europene poate utiliza rezultatele investigațiilor altor instituții/structuri abilitate prin lege care au identificat abateri, aplicarea prevederilor legislației naționale, inclusiv în domeniul achizițiilor și poate solicita acestora informațiile suplimentare necesare și, în plus, poate solicita puncte de vedere ori informații oricărui alte entități publice sau structuri de specialitate, în limita prevederilor legale aplicabile.

Interpretarea dată de reclamantă textului în sensul că activitatea de supraveghere și monitorizare a modului de atribuire a contractelor de achiziții revine exclusiv ANRM-ului, ca unică autoritate care are competențe în acest sens, fiind exclusă competența altor entități sau instituții publice (în speță OI și AM POR) în constatarea și sancționarea abaterilor în procedura reglementată de OUG nr.34/2006 nu poate fi primită. Astfel, corect a evidențiat autoritatea pârâtă că potrivit dispozițiilor art. 5 din OUG nr. 66/2011 era autoritatea îndreptățită să procedeze la efectuarea controlului care s-a finalizat cu emiterea actului contestat.

Autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația: (...) implementării corespunzătoare și la timp a recomandărilor formulate de organismele de control și audit intern și extern, naționale și europene, în aplicarea prevederilor prezentei ordonanțe de urgență, potrivit dispozițiilor art. 5 din OUG nr. 66/2011 astfel că excluderea autorității pârâte din sfera autorităților îndreptățite să ia orice fel de măsuri, chiar și de control apare ca fiind fără temei legal.

Activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare/corecțiilor financiare se efectuează de către autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene, prin structuri de control organizate în acest scop în cadrul acestora conform art 20 alin. (1) din OUG nr. 66/2011, și în consecință aserțiunile reclamantei sunt paralizate de chiar textul legal fără a fi nevoie chiar și de interpretarea acestuia.

Contrar celor afirmate de reclamantă se reține că au fost parcurse etapele instituite de lege la momentul realizării controlului și subsecvent la întocmirea actelor de constatare și sancționare.

Etapele privind elaborarea rapoartelor de audit, procedura contradictorie și implementarea recomandărilor formulate de Autoritatea de Audit se desfășoară conform regulamentului care se aprobă de Plenul Curții de Conturi, în condițiile art. 11 din Legea nr. 94/1992 privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi, republicată, cu modificările ulterioare conform dispozițiilor art. 24 din OUG nr. 66/2011.

Faptul că verificarea autorității a fost realizată anterior de către U.C.V.AP. Sălaj fiind întocmit Raportul Procedurii nr. 11674/08.03.2012 nu echivalează cu paralizarea dreptului autorității de a exercita atribuțiile de control stabilite de lege. Textele legale evidențiate relevă că nu poate fi admisă teza reclamantei că nu există motivație legală și faptică pentru reverificarea aceluiași aspecte privind atribuirea Contractului de lucrări nr. 13902/20.03.2012 încheiat cu SC ACI Cluj SA, întrucât în fapt există reglementare expresă.

Nu poate fi reținută nici susținerea că întrucât o entitate cu atribuții de control s-a pronunțat printr-un act administrativ - Nota nr.69774/19.09.2012 cu privire la aceste aspecte pe care le-a analizat și calificat ca nefiind nereguli, nu poate echivala cu un atestat de legalitate care să confirme că autoritatea locală nu a încălcat prevederile OUG nr.34/2006 privind achizițiile publice, întrucât verificările pot viza aspecte diferite ce intră în sfera de control a entităților cu atribuții distincte.

Cu privire la aspectele considerate nereguli de către entitatea de control, este adevărat că acestea trebuie analizate strict raportat la prevederile OUG nr.34/2006. Constatarea organelor de control că s-a încălcat principiul egalității de tratament al ofertanților este confirmată de documentele prezentate ce au fost depuse în decursul derulării procedurii de achiziție publică, prevederile legale indicate în nota de constatare fiind corect indicate.

Corect s-a evidențiat prin nota de constatare că ofertele clasate pe primele două locuri au fost declarate neconforme în diferite etape ale procesului fără ca autoritatea contractantă să solicite ofertanților clarificarea aspectelor care au condus la descalificarea agentului economic ofertant.

Teza reclamantei potrivit căreia corelativ dreptului autorității contractante de a aplica criteriile de calificare și selecție corespunde obligația ofertanților de a elabora oferta conform documentației de atribuire, și de prezenta documentele specifice prin care se pot confirma criteriile stabilite este corectă. Autoritatea reclamantă însă ignoră valențele altor prevederi legale respectiv ale art. 178 din OUG 34/2006 potrivit căror: „în cazul în care, pentru criteriile de natura celor prevăzute la art. 176 lit . c) și d), autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați, atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate, conform principiului transparenței, în cadrul invitației/anunțului de participare”.

Textul evidențiat relevă că în raport de cele solicitate și claritatea cerințelor nu apare obligatorie solicitarea de clarificări însă dacă anumite cerințe au un grad de incertitudine dedusă din varietatea documentelor prezentate se impune solicitarea de clarificări.

Astfel, pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de ofertanți/candidați pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate.

Totodată trebuie reținut că autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat ori în condițiile validării unor documente și invalidării altora cu conținut identic nu se poate reține că nu se impunea solicitarea de clarificări.

Împrejurarea că anterior autoritatea reclamantă a fost verificată de către autoritatea competentă în acest sens, ANRMAP în sensul respectării tuturor normelor legale în vigoare, iar entitatea de control nu a precizat nici un text de lege care ar fi încălcat prin stabilirea acestor criterii de calificare și selecție nu poate primi alte valențe decât cele care au fost asignate interpretării celui alt document care n-a fost validat ca un act care atestă irevocabil legalitatea.

Fisa de date a achiziției - secțiunea III, cap.III. 2. Condiții de participare, sub cap. III. 2.3 Capacitatea tehnică și/sau profesională - Cerința 2 Informații privind capacitatea profesională - la punctul 3.3 s-a solicitat "Inginer/subinginer peisagist pentru care se va prezenta: - Diplomă de studii si CV".

Reclamanta susține că, contrar celor arătate în fundamentarea notei de constatare există specializarea peisagistică în cadrul facultăților de horticultură. Horticultura și peisagistica sunt două domenii total distincte, peisagistica fiind un domeniu mult mai complex.

Înscrisurile prezentate, atât în etapa evaluării ofertelor cât și ulterior în diferitele etape de control și contestare a actelor de control relevă o realitate diferită de cea susținută de reclamantă, întrucât diplomele prezentate evidențiază că titularii acestora se aflau în situații echivalente iar autoritatea contractantă nu avea temei pentru a aplica măsuri diferite, în sensul descalificării unora și validării pentru ceilalți ofertanți.

Teza erorii în care se află entitatea de control care face o gravă confuzie între ocupație - stabilite prin COR și specializare - ca formă de învățământ, studii pe de o parte, nu poate fi susținută întrucât în raport de cele evidențiate prin Fisa de date a achiziției o astfel de distincție nu este permisă.

Cu privire la criticile aduse față de excluderea ofertantului SC Euro Trans Universal SRL, se susține că oferta acestuia este neconformă potrivit prevederilor art. 36 alin. 2 lit. a din HG nr.925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Oferta este considerată neconformă între alte situații, atunci când nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.

Reclamanta susține că ofertantul descalificat SC Euro Trans Universal SRL nu a prezentat "conceptul și schițele de realizare a obiectelor de design" ce reprezintă cerința nr. 4 din cadrul subcap.IV.4.1 Modul de prezentare a propunerii tehnice din Fisa de date a achiziției, prin urmare nu a îndeplinit una dintre specificațiile tehnice minime obligatorii ce au fost stabilite în documentația de atribuire

a contractului, lipsă ce nu poate fi considerată o completare formală în accepțiunea prevederilor 78 din HG nr.925/2006.

Contrar susținerilor reclamantei dacă i se solicita și permitea acestuia să-si completeze oferta cu aceste specificații lipsă nu se crea acestuia un avantaj față de ceilalți ofertanți.

Respectarea principiului tratamentului egal presupune aplicarea, în mod nediscriminatoriu, a criteriilor de calificare prevăzute în cadrul fișei de date a achiziției și cerințelor prevăzute în caietul de sarcini tuturor ofertanților, astfel încât orice executant de lucrări să aibă șanse egale în competiția pentru atribuirea contractului, fapt care în speță nu a fost respectat.

Cu privire la corecțiile financiare de 10% aplicate de către echipa de control reclamanta consideră că acestea sunt nejustificate și sub aspectul cuantumului, fiind astfel încălcat principiul proporționalității reglementat de OUG nr.66/2011.

Orice acțiune întreprinsă în sensul constatării unei nereguli și al stabilirii creanțelor bugetare rezultate din nereguli se realizează cu aplicarea principiului proporționalității, ținându-se seama de natura și de gravitatea neregulii constatate, precum și de amploarea și de implicațiile financiare ale acesteia potrivit art 17 din OUG nr.66/2011.

Împrejurarea că la o primă verificare, corecția aplicată ca sancțiune pentru aceleași nereguli a fost de 5%, nu reprezintă un criteriu de verificare a respectării principiului proporționalității.

Autoritatea de control a apreciat în concret, în raport de natura și de gravitatea neregulii constatate, respectiv de împrejurarea că au fost afectate prin nereguli pe de o parte agenții economici implicați iar pe de altă parte bugetul prin atribuirea în favoarea unei oferte nefavorabile sub aspect financiar precum și de amploarea și de implicațiile financiare asupra entităților menționate anterior .

Reține Curtea ca fiind corectă afirmația autorității pârâte că validarea la plată nu presupune automat că beneficiarul s-a încadrat în prevederile legale în privința atribuirii unui contract de achiziție publică, iar efectuare unui control nu presupune excluderea unor alte controale efectuate cu respectarea dispozițiilor contractuale si legale incidente.

Considerentele enunțate au relevat că acțiunea reclamantei este neîntemeiată, actul atacat fiind emis de autoritatea îndreptățită, cu respectarea prevederilor legale referitoare la competențele stabilite de legiuitor, cu aplicarea riguroasă a normelor stabilite ca incidente astfel că potrivit art. 18 din Legea nr. 554/2004, Curtea va respinge acțiunea.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge cererea formulata de reclamantul MUNICIPIUL ZALĂU PRIN PRIMAR cu sediul în Zalău, Piața Iuliu Maniu nr. 3, în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE cu sediul în București, str. Apolodor nr. 17, latura Nord sector 5.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Cererea de recurs se va depune, sub sancțiunea nulității, la Curtea de Apel Cluj. Pronunțată în ședința publică din 03.03.2014.

Dosar nr. 118/57/2012

TRIBUNALUL SIBIU
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 4142/CA
ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 07 OCTOMBRIE 2013

Pe rol judecarea cauzei Contencios administrativ și fiscal privind pe reclamantul JUDEȚUL SIBIU și pe pârâții MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI - DIRECȚIA CONTROL ȘI VERIFICĂRI UTILIZARE FONDURI COMUNITARE, GUVERNUL ROMÂNIEI. MINISTERUL ECONOMIEI ȘI FINANȚELOR PUBLICE și D.G.F.P. SIBIU, având ca obiect, anulare act de control taxe și impozite declinat.

La apelul nominal făcut în ședința publică se prezintă avocat C.L, pentru reclamant, lipsă fiind pârâții. Procedura legal îndeplinită. S-a tăcut referatul cauzei de către grefierul de ședință, după care,
Nemaifiind alte cereri de formulat, instanța acordă cuvântul pe fond.

Avocat C.L, pentru reclamant, solicită admiterea acțiunii așa cum a fost formulată, și în consecință anularea deciziei nr. 3/06.01.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării și Turismului. Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare. Arată că în urma verificărilor privind contractul de finanțare nr.622/0404.02.2010, echipa de control din cadrul Direcției control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare a constatat în baza documentelor justificative verificate că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 11 alin.7 din HG nr.925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii referitor la contractul nr.3364/07.04.2010 având ca obiect servicii de audit.

Prin nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 82512/04.11.2011 s-a dispus ca măsură plata sumei de 850,34 lei de către Județul Sibiu ca autoritate competentă în gestionarea fondurilor europene.

Împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA-82512/04.11.2011 s-a formulat în termen legal contestație administrativă conform art.47 din OUG nr.66/2011.

„Modernizarea DJ 106D Rășinari - Poplaca - Olar intersecția DJ 106 E, Km 17+95 1+31+727, inclusiv pod intersecția cu DJ 106 A” iar eventualii subcontractanți trebuiau să îndeplinească condițiile de integritate și etică profesională. În realitate nu au fost impuse criteriile de calificare pentru subcontractanți, ci doar am solicitat informații care nu pot conduce la concluzia încălcării dispozițiilor art. 11 alin. 7 din HG 925/2006. Dimpotrivă acestea au avut menirea de a respecta prevederile imperative ale OUG 34/2006 și ale HG 925/2006. Considerăm că au fost respectate dispozițiile legale incidente domeniului achizițiilor publice în speță cele care privesc procedura cerere de ofertă.

Din documentația de atribuire rezultă cu prisosință că principiile nediscriminării, a tratamentului egal, al transparenței, al eficienței utilizării fondurilor publice au guvernat toate etapele achiziției publice, iar cerințele de calificare nu au fost restrictive și nu au îngreunat participarea la procedura de achiziție publică.

Mai mult, așa cum rezultă din dosarul achiziției publice, din procesul verbal de deschidere al ofertelor nr. 2333 din data de 10.03.2010 se poate constata că la procedura de achiziție publică au participat 2 operatori economici dar nici unul dintre aceștia nu au avut subcontractanți.

Fără cheltuieli de judecată. Față de actele dosarului și concluziile pe fond ale părților, instanța găsește cauza în stare de judecată și o reține vederea pronunțării.

TRIBUNALUL,

Prin cererea de chemare în judecată intitulată „contestație” înregistrată la Curtea de Apel Alba Iulia, reclamantul Județul Sibiu a solicitat anularea deciziei nr. 3/06.01.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării și Turismului și a notei de constatare și stabilire a corecțiilor, pentru suma de 850,34 lei.

În fapt, reclamantul precizează că în urma verificării de către autoritatea pârâtă privind contractul de finanțare nr. 622/04.02.2010. s-a constatat că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 11 alin. 7 din HG nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a OUG nr. 37/2006. referitor la contractul nr. 3364/07.04.2010, având ca obiect servicii de audit. Prin nota de constatare nr. CA-82512/04.11.2011 s-a dispus plata sumei de 850,34 lei de către Consiliul Județean Sibiu, ca autoritate competentă în gestionarea fondurilor europene, împotriva acestei note s-a formulat contestație, respinsă prin decizia nr. 3/06.01.2012. Actele administrative atacate sunt netemeinice și nelegale pârâta considerând în mod eronat că au fost încălcate dispozițiile art. 11 alin. 7 din H.G nr. 925/2006. Dispozițiile mai sus amintite trebuie interpretate coroborat cu cele ale art. 180 și 181 din OUG nr. 34/2006. În realitate, nu au fost impuse criterii de calificare pentru subcontractanți ci s-au stabilit condiții de integritate și etică profesională. De altfel, în procedura de achiziție publică contractantă, nu au existat subcontractanți.

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 180, 181 din OUG nr. 34/2006, HG nr. 925/2006, OUG nr. 66/2011 și ale Legii nr. 554/2004. Pentru susținerea acțiunii, au fost anexate: decizia nr. 3/06.01.2012, actele întocmite în procedura achiziției publice. Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului a formulat întâmpinare și a solicitat respingerea acțiunii reclamantei, susținând că nota de constatare și decizia au fost emise cu respectarea dispozițiilor art. 11 alin. 7 din HG nr. 925/2006 iar autoritatea contractantă nu avea dreptul de a impune criterii de calificare pentru eventualii contractanți. Prin cererea înregistrată la data de 23.03.2012, reclamantul a invocat excepția de nelegalitate a dispozițiilor art. 11 alin. 7 din HG nr. 925/2006 și a solicitat soluționarea litigiului tară a se ține seama de aceste dispoziții.

La data de 18.04.2013, Autoritatea Națională pentru Reglementarea Achizițiilor Publice a formulat cerere de intervenție în interesul Guvernului României și a solicitat respingerea excepției de nelegalitate invocată de reclamantă. Guvernul României, prin întâmpinare a solicitat respingerea excepției de nelegalitate. Reclamantul, în ședința publică din data de 14.05.2012, a renunțat la excepția de nelegalitate iar instanța, prin încheiere a constatat renunțarea la excepție și a respins ca rămasă fără obiect cererea de intervenție a ANRMAP.

La termenul de judecată din data de 11 iunie 2012 instanța a pus în discuția părților excepția de necompetență iar prin sentința nr. 224/2012 a admis această excepție și a declinat competența soluționării cauzei în favoarea Tribunalului Sibiu - Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal.

Analizând cererile și susținerile părților, actele administrative atacate, actele de control, documentele întocmite în procedura achiziției publice, instanța reține starea de fapt pe care o vom prezenta mai jos. În perioada 07.10.2011-07.11.2011 reclamanta a fost verificată asupra contractului de finanțare nr. 622/04.02.2010 pentru proiectul Modernizare DJ 106D Rășinari-

Poplaca-Orlat, iar prin nota de constatare a neregulilor și stabilirea corecțiilor financiare s-a reținut că au fost încălcate dispozițiile HG nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a OUG nr. 34/2006 respectiv art. 11 alin. 7 din norme.

Constatându-se nereguli în aplicarea procedurilor de achiziții publice, s-a aplicat corecția financiară, în baza pct. 2.3 din Anexa 1 la OUG nr. 66/2011. Autoritatea contractantă a formulat contestație împotriva notei de constatare, contestația fiind respinsă prin decizia nr. 3/6.01.2012. Reclamantul a formulat acțiune în contencios administrativ și a solicitat anularea notei de constatare și a deciziei pronunțate în procedura administrativ juridicțională. Acțiunea reclamantului, este întemeiată și urmează a fi admisă, iar actele atacate anulate.

Așa cum rezultă, atât din neta de constatare, cât și din decizia nr. 3/2012 emise de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, corecția financiară a fost aplicată în baza dispozițiilor O.G. nr. 66/2011, act normativ care nu era în vigoare la data încheierii procedurii de achiziție publică pentru proiectul Modernizarea DJ 106 A și la data încheierii contractului de finanțare nr. 622/04.02.2010.

Potrivit dispozițiilor art.15 alin. 2 din Constituția României, legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile. În speță, situația juridică ce formează obiectul cauzei a fost creată în anul 2010 când s-a desfășurat procedura de achiziție publică, încheiată la 10.03.2010 și când a fost semnat contractul de finanțare. Pentru o eventuală neregulă în procedura de achiziție publică, nu putea fi aplicată o sancțiune financiară reglementată de un act normativ intrat în vigoare în iunie 2011. Sancțiunea corecției financiare aplicată în pct. 2.3 din Anexa nr. 1 la OUG nr. 66/2001 nu era precizată de vechea reglementare în noțiunile Ordonanței Guvernului nr. 79/2003.

Pe de altă parte, chiar dacă ar fi aplicabile dispozițiile OUG nr. 66/2011 sancțiunea corecției financiare nu ar putea fi aplicată având în vedere dispozițiile art. 2 din Ordonanța amintită care definind noțiunea de nereguli prevăd că acestea reprezintă orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și de la prevederile contractelor și altor angajamente legal încheiate, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene, bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit. Autoritatea de control nu a invocat, și nu a dovedit un prejudiciu urmare a unei nereguli intervenite în procedura achiziției publice. Așa fiind, nu poate fi aplicată în sarcina autorității contractante sancțiunea corecției financiare. În sfârșit, raportat la situația de fapt, autoritatea contractantă nu a încălcat dispozițiile art. 11 alin. 7 din HG nr. 915/2006. Criteriile de clasificare reținute de autoritatea de control ca materializare a neregulii în procedura de achiziție, se refereau la subcontractanți. Așa cum s-a stabilit la deschiderea ofertelor la procedura de achiziție publică au participat doi ofertanți fără a exista subcontractanți.

Față de aceste considerente, în temeiul art. 18 alin. 1 din Legea nr. 554/2004, acțiunea reclamantului va fi admisă, iar nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 82512/04.11.2011 și Decizia nr. 3/2012 anulată.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Admite acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul UAT Județul Sibiu, cu sediul în Sibiu, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului. Anulează decizia nr. 3/06.01.2012 emisă de pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului și nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 82512/04.11.2011. Cu drept de recurs, în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică, azi 07 Octombrie 2013.

Dosar nr. 404/57/2013

**CURTEA DE APEL ALBA IULIA
SECȚIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA Nr. 198/2013
ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 26 Iunie 2013**

Pe rol se află pronunțarea asupra cauzei formulată de reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL SIBIU în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE. Se constată că s-au depus la dosar prin serviciul registratură al instanței, concluzii scrise din partea reclamantei UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL SIBIU. Mersul dezbaterilor și concluziile părților au fost consemnate în încheierea de ședință din data de 17 iunie 2013 care face parte integrantă din prezenta sentință.

CURTEA DE APEL ASUPRA CAUZEI DE FAȚĂ:

Prin cererea înregistrată pe rolul Curții de Apel Alba Iulia sub dosar nr. 404/57/2013, reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL SIBIU a solicitat în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE următoarele:

- Suspendarea executării Deciziei nr. 111/02.04.2013 și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA - 5096/22.01.2013, până la soluționarea definitivă și irevocabilă a cauzei;
- Anularea Deciziei nr. 111/02.04.2013 și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA - 5096/22.01.2013, ambele emise de pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRATEI PUBLICE.

În ceea ce privește cererea de anulare: în motivarea cererii s-a arătat că la momentul săvârșirii presupusei fapte ilicite era în vigoare OG 79/2003, iar acest act normativ sancționa doar faptele care generau un prejudiciu, spre deosebire de OUG 66/2011 care sancționează și faptele care au un potențial pericol de a produce prejudicii.

Prevederile acestui act normativ erau diferite de prevederile OUG 66/2011, atât în ceea ce privește conținutul noțiunii de „neregulă”, cât și în ceea ce privește sancțiunea ce putea fi aplicată în cazul săvârșirii unei nereguli. Având în vedere că pretinsa faptă ilicită a fost săvârșită în perioada 2009-2010 aceasta nu putea fi sancționată conform prevederilor unui act normativ care a intrat în vigoare ulterior săvârșirii faptei, respectiv în anul 2011. Se mai arată că verificările au vîdat contractul de execuție de lucrări nr. 14562/14.12.2010 și contractul de dirigenție de șantier nr. 10.126/18.08.2009. În ceea ce privește contractul de execuție de lucrări se arată următoarele: în anunțul de participare publicat în SEAP apare cerința autorității contractante cu privire la dovada deținerii unui laborator de încercări de gradul II, astfel încât nu poate fi reținută concluzia pârâtei conform căreia ar fi existat diferență între documentația de atribuire și anunțul publicat în SEAP; greșit s-a reținut că autoritatea contractantă ar fi impus cerințe restrictive în fișa de date a achiziției publice; astfel în anul 2010, data întocmirii documentației de atribuire și a organizării procedurii, nu exista nici o prevedere legală care să interzică solicitarea unor certificate de atestare eliberate de o anumită asociație profesională; mai mult era reglementat dreptul autorității contractante de a solicita oricărui operator economic să prezinte documente edificatoare care să dovedească atestarea sau apartenența din punct de vedere profesional;

Specificul, volumul și complexitatea lucrărilor ce urmau a fi executate de către ofertantul câștigător au determinat autoritatea contractantă să solicite informații privind utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice de care poate dispune operatorul economic; în plus, faptul că au fost

depose 7 oferte, demonstrează că este nereală constatarea autorității de management conform căreia s-ar fi restricționat participarea operatorilor economici la licitație;

Au fost respectate dispozițiile legale și în ceea ce privește cerința autorității contractante cu privire la garanția de participare deoarece în cadrul anunțului de participare s-a prevăzut că garanția de participare poate fi asigurată printr-un instrument de garantare emis de o societate bancară sau o societate de asigurări;

În ceea ce privește contractul de dirigenție de șantier se arată următoarele:

- în mod greșit s-a reținut că autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și /sau la capacitatea tehnică și profesională care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire;

- Invocarea în actul de control a dispozițiilor art. 178 din OUG 34/2006 este greșită, aceste dispoziții legale neavând nici o legătură cu susținerile cuprinse în nota de constatare; cerința referitoare la media cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani cuprinsă în fișa de date a achiziției publice coincide cu cele înscrise în anunțul de participare;

- Deși în cadrul anunțului de participare nu apare expres menționat faptul că trebuie prezentat formularul nr. 5, acest aspect rezultă din fișa de date a achiziției publice.

În ceea ce privește cererea de suspendare a executării actelor administrative se arată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 14 din Legea 554/2004, respectiv cazul bine justificat și paguba iminentă, astfel încât se impune admiterea sa.

În drept s-au invocat prevederile art. 50, 51, 42 din OUG 66/2011, art. 2 din OUG 34/2006, art. 8, 10, alin. 1 ind. 1, 11, 14 și 15 din Legii 554/2004 și ale HG 925/2006. În susținerea acțiunii reclamanta a depus următoarele înscrisuri: nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 142698/26.10.2012, decizia nr. 111/02.04.2013, contestația administrativă și anunțul de participare. Prin răspunsul la adresa de clarificări depus în data de 17.05.2013 reclamanta a arătat că în probațiune înțelege să se folosească de proba cu înscrisurile indicate în cuprinsul adresei.

Pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE a formulat întâmpinare prin care a solicitat respingerea acțiunii având ca obiect anularea actelor administrative, ca neîntemeiată. În ceea ce privește cererea de suspendare a executării actelor administrative s-a solicitat respingerea acesteia, în speță nefiind îndeplinite condițiile prevăzute de art. 14 din Legea 554/2004. În motivarea întâmpinării se arată că neregulile constau în acțiunea beneficiarului de a se abate de la dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, precum și de la prevederile contractului de finanțare prin nerespectarea de către aceasta în cadrul procedurii de atribuire a contractului a prevederilor art. 177 alin. 2, 188, alin. 2 și 3, 56, 178, alin. 1, 45, alin. 2 din OUG 34/2006, art. 8 alin. 1, 86, alin. 1,11, alin. 1 din HG 925/2006 acțiune ce a condus la atribuirea contractelor fără organizarea unei licitații adecvate.

Astfel, s-au adus prejudicii atât bugetului Uniunii Europene cât și bugetului de stat prin încasarea de către beneficiar a unor sume plătite necuvenit. În drept, se invocă dispozițiile art. 205, alin. 2 NCP. La data de 04.06.2013 reclamanta a depus răspuns la întâmpinare, în probațiune, instanța a încuviințat și administrat proba cu înscrisuri.

Analizând cererea reclamantei instanța reține următoarele:

Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare au fost efectuate verificări referitoare la respectarea condițiilor legale și contractuale de către autoritatea

contractantă în ceea ce privește procedura de atribuire a contractului de execuție de lucrări nr. 14562/14.12.2010 și a contractului de dirigenție de șantier nr. 10.126/18.08.2009. Controlul a vizat verificarea documentațiilor de atribuire aferente contractelor menționate anterior.

În urma controlului s-a constatat că: nepublicând în SEAP toate criteriile de calificare și selecție autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 11, alin. 1 din HG 925/2006, că prin impunerea unor cerințe minime restrictive a restrâns participarea operatorilor economici la procedura de achiziție publică încălcând dispozițiile art. 188, alin. 3 din OUG 34/2006, că a limitat modalitatea de constituire a garanției de participare încălcând prevederile art. 186, alin. 1 din HG 925/2006, că existând neconcordanțe între cerințele referitoare la subcontractanți cuprinse în nota justificativă, anunțul de participare și documentația de atribuire s-au încălcat dispozițiile art. 178, alin. 1 și 45, alin. 2 din OUG 34/2006 și dispozițiile art. 11, alin. 1 din HG 925/2006.

S-a mai reținut că datorită includerii unor criterii de calificare restrictive, procedura de achiziție publică apare ca fiind accesibilă unui grup restrâns de practicieni în domeniu și că deși autoritatea contractantă poate introduce anumite cerințe de calificare, trebuie să fie preocupată ca exigențele instituite să fie îndeajuns de rezonabile încât să nu constituie o restrângere excesivă a dreptului operatorilor economici de a concura la câștigarea contractului. Astfel, s-a stabilit o creanță datorată autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene în sumă de 3.463.159,57 lei.

În ceea ce privește legalitatea verificării:

Verificarea la care a fost supusă reclamanta s-a efectuat în temeiul O.U.G. 66/2011.

O.U.G. 66/2011 reglementează activitățile de prevenire, de constatare a neregulilor, de stabilire și de recuperare a creanțelor bugetare rezultate din neregulile apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, precum și de raportare a neregulilor către Comisia Europeană sau către alți donatori internaționali.

Potrivit art. 64 din OUG 66/2011 la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se abrogă Ordonanța Guvernului nr. 79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător, iar potrivit art. 66 numai activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare.

Din interpretarea acestor dispoziții legale rezultă că activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care au loc ulterior intrării în vigoare a OUG 66/2011 se realizează în conformitate cu prevederile acestui act normativ.

Analizând definiția dată noțiunii de “neregulă” de către cele două acte normative, se constată că aceasta are un conținut identic (potrivit art. 2 din OUG 66/2011 prin neregulă se înțelege orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit); potrivit art. 2, lit. a din OG 79/2003 neregula reprezintă orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile legale naționale și/sau comunitare, precum și cu prevederile contractelor ori ale altor angajamente legale încheiate în baza acestor dispoziții, care prejudiciază bugetul general al Comunității Europene și/sau bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, precum și bugetele din care provine cofinanțarea aferentă printr-o cheltuială necuvenită).

În aceste condiții nu se poate susține că fapta imputată reclamantei nu putea fi calificată ca neregulă și în temeiul Ordonanței Guvernului nr. 79/2003. Curtea reține pe de o parte că posibilitatea aplicării corecțiilor financiare sau a declarării unor cheltuieli ca neeligibile în cazul nerespectării de către beneficiar a legislației în domeniul achizițiilor publice exista și în temeiul contractului de finanțare prin Programul Operațional Regional 2007-2013 nr. 24 (f. 253-274 dosar), beneficiar reclamanta, art. 14, pct. 1, 2, 5 și 9, art. 9, pct. 23; astfel, coroborând textele legale enunțate rezultă că printre măsurile pe care le putea lua Organismul intermediar se aflau și stabilirea corecțiilor financiare).

De asemenea, OG 79/2003 permitea stabilirea unor creanțe bugetare definite ca sume de recuperat ca urmare a utilizării necorespunzătoare a fondurilor comunitare și a sumelor de cofinanțare aferente sau ca urmare a obținerii necuvenite a acestor sume. Actul normativ menționat anterior nu prevedea modalitatea de stabilire a creanțelor bugetare. Așadar, atât actul normativ menționat anterior, cât și contractul de finanțare prevedeau sancțiuni în cazul constatării unor nereguli.

Pe de altă parte, Curtea reține că OUG 66/2011 a fost adoptată pentru implementarea principiului proporționalității, în absența căruia au fost deja și pot fi în continuare stabilite debite excesive în sarcina beneficiarilor fondurilor europene, inclusiv a instituțiilor publice finanțate de la bugetul de stat și că sancțiunea aplicată potrivit acestui act normativ este mai puțin severă decât cea care s-ar fi aplicat în conformitate cu prevederile reglementărilor anterioare.

Astfel, deși fapta imputată reclamantei a fost săvârșită până la intrarea în vigoare a legii noi, ea a căpătat eficiență juridică numai după intrarea în vigoare a legii noi, astfel încât aceasta din urmă este pe deplin aplicabilă în ceea ce privește efectele produse ulterior intrării sale în vigoare (în speță, aplicarea sancțiunii). Așadar, prin aplicarea sancțiunii prevăzute de OUG 66/2011 reclamantei nu i-a fost creat niciun prejudiciu. Instanța mai reține că aspectele verificate au fost analizate în raport cu prevederile legale în vigoare la data inițierii și finalizării procedurilor de achiziție publică și că actul OUG 66/2011 reglementează doar aspecte care țin de modul de realizare a procedurii de control.

Raportat la cele menționate anterior, Curtea reține că nu poate fi vorba despre o aplicare retroactivă a actului normativ menționat anterior, astfel încât criticile reclamantei nu pot fi primite. Curtea mai reține că nota de constatare a cărei anulare se cere a fost întocmită cu respectarea prevederilor art. 20 și 21 din OUG 66/2011.

În ceea ce privește temeinicia celor reținute în nota de constatare:

Cu privire la contractul de execuție de lucrări:

În actul de control s-a reținut că următoarele cerințe minime impuse de autoritatea contractantă sunt restrictive: prezentarea unui certificat de atestare pentru execuția de lucrări de drumuri, poduri și construcții aferente eliberat de Asociația Profesională de Drumuri și Poduri din România, dovada că dețin un anumit număr de utilaje, echipamente tehnice sau mașini și precizarea anumitor parametri pe care acestea să le îndeplinească, coordonatorul de proiect să aibă o experiență de 6 ani în derularea unor proiecte similare ca natură, mărime și complexitate, iar șeful de șantier să aibă o experiență de cel puțin 10 ani vechime.

În ceea ce privește prezentarea unui certificat de atestare pentru execuția de lucrări de drumuri, poduri și construcții aferente eliberat de Asociația Profesională de Drumuri și Poduri din România: Potrivit art. 176 din OUG 34/2006 autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare numai la: situația personală a candidatului sau ofertantului, capacitatea de exercitare a activității profesionale, situația economică și financiară, capacitatea

tehnică și/sau profesională, standarde de asigurare a calității și standarde de protecție a mediului, în cazurile prevăzute la art. 188 alin. (2) lit. f) și alin. (3) lit. e).

Alin. 1 al art. 177 prevede că operatorii economici au dreptul de a prezenta certificate emise de către o autoritate publică competentă sau de către un organism de drept public sau privat care respectă standarde europene de certificare, pentru demonstrarea îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate în conformitate cu prevederile art. 176, alin. 2 stabilind că autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune candidaților/ofertanților obligativitatea prezentării unei certificări specifice, aceștia din urmă având dreptul de a prezenta, în scopul demonstrării îndeplinirii anumitor cerințe, orice alte documente echivalente cu o astfel de certificare sau care probează, în mod concludent, îndeplinirea respectivelor cerințe.

Din dispozițiile legale menționate anterior rezultă cu claritate că autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune ofertanților obligativitatea prezentării unor certificate emise numai de către o anumită entitate, aceștia având dreptul de a proba îndeplinirea unei anumite cerințe cu orice document echivalent. În speță, solicitând participanților la procedură să prezinte un certificat emis de o anumită asociație profesională, autoritatea contractantă a încălcat prevederile legale menționate anterior. În ceea ce privește cerința ca participanții să prezinte dovada că dețin un anumit număr de utilaje, echipamente tehnice sau mașini și precizarea anumitor parametri pe care acestea să le îndeplinească și ca coordonatorul de proiect să aibă o experiență de 6 ani în derularea unor proiecte similare ca natură, mărime și complexitate, iar șeful de șantier să aibă o experiență de cel puțin 10 ani vechime:

Potrivit art. 188, alin. 3 din OUG 34/2006 în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de lucrări, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea lucrărilor ce urmează să fie executate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

- informații referitoare la personalul/organismul tehnic de specialitate de care dispune sau al cărui angajament de participare a fost obținut de către candidat/ofertant, în special pentru asigurarea controlului calității;
- informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru execuția lucrărilor;
- declarație referitoare la efectivele medii anuale ale personalului angajat și ale cadrelor de conducere în ultimii 3 ani;
- declarație referitoare la utilajele, instalațiile, echipamentele tehnice de care poate dispune operatorul economic pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului de lucrări.

Potrivit art. 8, alin. 1 din HG 925/2006 autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care, fie nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, fie sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, alin. 2 prevăzând că atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției.

Așadar, analizând prevederile legale enunțate anterior rezultă că acestea nu interzic autorității contractante să solicite ofertanților informații referitoare la utilajele, instalațiile, echipamentele tehnice de care dispune operatorul economic pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului de lucrări.

De asemenea, acestea permit introducerea unor cerințe minime de calificare cu condiția însă ca acestea să fie relevante, să nu fie disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului și ca autoritatea contractantă să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă. Analizând nota justificativă elaborată de reclamantă (f.275) se poate observa că autoritatea contractantă nu a motivat de ce a impus cerințe minime referitoare la utilajele, instalațiile, echipamentele tehnice de care trebuie să dispună operatorul economic.

De asemenea, aceasta nu a motivat de ce este necesar ca personalul de specialitate să aibă o anumită vechime sau pregătire. Or, în lipsa acestei motivări a autorității contractante instanța nu poate verifica nici îndeplinirea celorlalte două condiții enunțate anterior.

Procedând în acest fel și impunând condiții de natura celor enunțate anterior autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 178, alin. 2 din OUG 34/2006 care prevăd că autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire. Situația este identică și în ceea ce privește impunerea unor condiții minime pentru personalul de specialitate în cazul contractului de dirigenție de șantier.

În ceea ce privește garanția de participare:

Potrivit art. 86 alin. 1 din HG 925/2006 „garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări, care se prezintă în original, în cuantumul și pentru perioada prevăzută în documentația de atribuire”. Stabilind că garanția de participare se constituie doar prin „scrisoare de garanție bancară” reclamanta a încălcat prevederile legale menționate anterior.

În ceea ce privește contractul de servicii, cu privire la impunerea unor condiții restrictive:

În actul de control se menționează că există neconcordanță între informațiile cuprinse în fișa de date a achiziției publice (există cerințe privind subcontractanții) și anunțul de participare (nici în anunțul de participare publicat în SEAP, nici în cel publicat în Jurnalul Oficial nu există date privind subcontractanții). Potrivit art. 178, alin. 1 din OUG 34/2006 „în cazul în care, pentru criteriile de natura celor prevăzute la art. 176 lit. c) și d), autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați, atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate, conform principiului transparenței, în cadrul anunțului de participare”.

Și dispozițiile art. 11, alin. 1 din HG 925/2006 sunt în același sens. Or, neindicând cerințele referitoare la subcontractanți și în anunțul de participare este evident că autoritatea contractantă a încălcat prevederile legale menționate anterior. Pentru aceste motive instanța va respinge acțiunea reclamantei, ca neîntemeiată.

În ceea ce privește cererea de suspendare:

Una din situațiile în care instanța competentă de contencios administrativ poate dispune suspendarea actului administrativ, este aceea în care actul administrativ se află în fața instanței de contencios ce a fost sesizată cu acțiune în anularea sau modificarea acestuia.

Astfel, potrivit art. 15 din Legea nr. 554/2004 „suspendarea executării actului administrativ unilateral poate fi solicitată, pentru motivele prevăzute la art. 14. și prin cererea adresată instanței competente, pentru anularea, în tot sau în parte a actului atacat”.

Suspendarea executării actului administrativ poate fi dispusă numai cu îndeplinirea cumulativă a condițiilor prevăzute de lege: existența cazului bine justificat și necesitatea prevenirii unei pagube iminente.

În sensul legii, cazurile bine justificate reprezintă acele împrejurări legate de starea de fapt și de drept, care sunt de natură să creeze o îndoială serioasă în privința legalității actului administrativ, iar paguba iminentă constă în prejudiciul material viitor și previzibil sau, după caz, perturbarea previzibilă gravă a funcționării unei autorități publice sau a unui serviciu public, astfel cum se prevede prin art. 2 lit.t) și ș).

Îndeplinirea condițiilor cazului bine justificat și a iminenței unei pagube sunt supuse aprecierii judecătorului, care efectuează o analiză sumară a aparenței dreptului, pe baza circumstanțelor de fapt și de drept ale cauzei. Acestea trebuie să ofere indicii suficiente de răsturnare a prezumției de legalitate și să facă verosimilă iminența producerii unei pagube în cazul particular supus evaluării.

Acestor două condiții li se adaugă o a treia, de ordin procedural, dedusă din interpretarea logică a prevederilor analizate, și anume condiția ca reclamantul să facă dovada declanșării procedurii prealabile administrative sau a declanșării fazei judiciare a controlului de legalitate a actului administrativ.

În speță, reclamanta a făcut dovada îndeplinirii condiției de ordin procedural, respectiv aceasta a făcut dovada declanșării fazei judiciare a controlului de legalitate a actului administrativ.

Aspectele reținute anterior referitoare la temeinicia notei de constatare și la aplicarea corectă a dispozițiilor OG 66/2011 nu sunt de natură a crea o îndoială serioasă în privința legalității actului administrativ atacat, astfel încât nu este îndeplinită condiția cazului bine justificat.

Având în vedere că neîndeplinirea condiției referitoare la cazul bine justificat instanța apreciază că nu se mai impune a fi analizată și condiția pagubei iminente.

Pentru aceste motive instanța va respinge cererea de suspendare a executării Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA - 5096/22.01.2013.

Cererea de suspendare a executării Deciziei nr. 111/02.04.2013 este inadmisibilă și va fi respinsă întrucât aceasta nu este un act administrativ susceptibil de a fi pus în executare silită.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL SIBIU, cu sediul în Sibiu, str. G-ral Magheru, nr. 14, jud. Sibiu, în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, cu sediul în București, str. Apolodor, nr. 17 Latura Nord, sector 5, ca neîntemeiată.

Respinge cererea de suspendare a executării Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 5096/02.04.2013 și a deciziei nr. 111/02.04.2013.

Cu drept de recurs în 5 zile de la comunicare în ceea ce privește cererea de suspendare și în 15 zile de la comunicare în ceea ce privește acțiunea în anulare. Cererea pentru exercitarea căii de atac se va depune la Curtea de Apel Alba Iulia. Pronunțată în ședința publică, azi 26.06.2013.

Dosar nr. 745/57/2013

CURTEA DE APEL ALBA IULIA
SECȚIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA Nr. 48/2014
ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 18 FEBRUARIE 2014

Pe rol se află pronunțarea asupra acțiunii formulate de reclamantul Județul Sibiu prin Președinte în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, având ca obiect anulare act administrativ. Mersul dezbaterilor a fost consemnat în încheierea de amânarea pronunțării din data de 11.02.2014, care face parte integrantă din prezenta sentință.

CURTEA DE APEL, ASUPRA CAUZEI DE FAȚĂ:

Prin acțiunea în contencios administrativ înregistrată la Curtea de Apel Alba Iulia sub dosar nr.745/57/2013, reclamantul Județul Sibiu a chemat în judecată pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice solicitând să se dispună anularea Deciziei nr. 10/22.01.2013 și a Notei de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr.CA - 87815/22.11.2013 emise de către pârât.

În motivarea acțiunii, reclamantul a arătat în esență că actul este nelegal, fiind emis cu încălcarea principiului neretroactivității legii civile referitor la Sesizarea nr. VT 59061/08.08.2013 - Contractul de lucrări nr. 10723/28.09.2013. Procedura de achiziție publică în legătură cu care a fost reținută pretinsa abatere s-a derulat de către reclamantă în luna septembrie 2010, deci înainte de intrarea în vigoare a O.U.G.nr.66/2011, respectiv înaintea datei de 03.07.2011.

O.G.nr.79/2003 sancționează doar fapta care genera un prejudiciu, prin O.U.G.nr.66/2011 se sancționează și faptele care au un potențial pericol de a produce prejudicii. De altfel, O.G.nr.79/2003 nu cuprinde în conținutul său noțiunea de „corecție”, sens în care, pentru o pretinsă faptă a fi fost săvârșită în anul 2010, nu poate fi aplicată o sancțiune nou introdusă în anul 2011.

Corecția aplicată prin nota de constatare este în opinia reclamantului nelegală pentru că cerința pretinsă a încălca legislația achizițiilor publice inclusă în documentația de atribuire a fost verificată de ANRMAP fără a exista obiecțiuni cu ocazia publicării anunțului de participare în SEAP, cerința era necesară având în vedere că imobilul ce a făcut obiectul contractului este situat în zona de protecție a monumentelor istorice.

Cerința solicitată de autoritatea contractantă ca inginerul de construcții civile specialist atestat MCPN să fie absolvent al unei instituții de învățământ superior cu cel puțin 10 ani de experiență profesională generală în domeniul studiilor, nu este o cerință restrictivă, deoarece inclusiv pentru obținerea atestării de către Ministerul Culturii, în cadrul art.9 lit.b și c din Ordinul nr. 2398/2008 privind reorganizarea activității de atestare a specialiștilor, experților și verificatorilor tehnici în domeniul protejării monumentelor istorice și pentru aprobarea normelor metodologice privind atestarea acestora, calitatea de specialist autorizat MCPN se poate îndeplini în următoarele condiții: pregătire de specialitate „pentru specialist 3 ani de activitate efectivă în domeniul protejării monumentelor istorice”, iar ca experiență „participarea ca întocmitor a minimum două lucrări de investigare, cercetare ori inventariere de monumente istorice aprobate, însușite sau avizate, după caz, ori a două proiecte din domeniul monumentelor istorice avizate de Ministerul Culturii și Cultelor sau participarea la executarea, dirigențarea a minimum două lucrări de conservare, consolidare, restaurare, reabilitare a unor monumente istorice, încheiate prin procese -

verbale de terminare a lucrărilor favorabile ori minimum 5 ani de avizare, cumulată cu proiecte și/sau cu lucrări executate”, rezultă că trebuie pentru a putea fi atestat minim 8 ani experiență. Autoritatea contractantă a solicitat 10 ani experiență generală în domeniul studiilor, ceea ce presupunea ca inginerul specialist după ce-a obținut atestarea din partea MCPN, să mai fi prestat 2 ani de activitate.

De asemenea, în cadrul art. 188 alin.3 lit.b și c din cadrul O.U.G.nr.34/2006 se specifică faptul că autoritatea contractantă are dreptul de a solicita operatorilor economici informații cu privire la personalul tehnic de specialitate de care dispune ofertantul, precum și informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului responsabil pentru execuția lucrării.

În drept: art.50, art.51, art.42 din O.U.G.nr.66/2011; art.8, art. 10 alin.1 ind.1, art.11 din Legea nr.554/2004; O.U.G.nr.34/2006; H.G.nr.925/2006. În probațiune s-au depus înscrișuri: Nota de constatare nr.CA - 87815/2013, Decizia nr. 10/2013 și contestația Consiliului Județean Sibiu nr. 17623/2012.

Prin **întâmpinare**, pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice a invocat excepția necompetenței teritoriale a instanței de fond, invocând o prorogare convențională de competență în temeiul art.23 din contractul de finanțare.

Pe fond s-a apreciat că nota de constatare este legală, nefiind întocmită cu încălcarea principiului neretroactivității, invocând prevederile art.66 din O.U.G.nr.66/2011 care înlătură aplicarea O.G.nr.79/2003 pentru contractele care nu erau în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a O.G.nr.66/2011, controlul fiind efectuat după intrarea în vigoare a O.U.G.nr.66/2011. O.U.G.nr.66/2011 a fost adoptată tocmai pentru a da eficiență principiului proporționalității, aplicându-se corecții procentuale, ori prin măririle reglementate de O.G. nr.79/2003 în cazul constatării neregulilor era retrasă întreaga finanțare. S-a invocat și jurisprudența curților de apel.

Susține că, în cauză reclamantul a săvârșit o neregulă în sensul art.2 alin.1 lit.a din O.U.G.nr.66/2011 și art.2 pct.7 al Regulamentului nr. 1083/2006 al Consiliului Uniunii Europene, reclamanta obligându-se prin art.9 din contractul de finanțare să respecte prevederile legislației naționale în domeniul achiziției publice. În ce privește apărările reclamantului privind legalitatea cerinței impuse, susține că publicarea anunțului de participare în SEAP nu atestă legalitatea cerinței, cât timp controlul ANRMAPP nu are caracter absolut conform art.49 alin.2 ind.3 din O.U.G.nr.34/2006.

Pârâța susține că reclamantul a încălcat prevederile art. 178 alin.2 din O.U.G.nr.34/2006 și art.8 alin.2 din H.G.nr.925/2006, din nota justificativă nr.8426/2.08.2010 nu reiese justificarea impunerii acestei cerințe. S-au depus în probațiune actele care au stat la baza emiterii notei de constatare. Prin **răspunsul la întâmpinare**, reclamantul a solicitat respingerea excepției necompetenței teritoriale a instanței, iar pe fond a reiterat apărările din acțiune. Prin încheierea din 10.12.2013 (fila 218), instanța a **respins excepția necompetenței teritoriale** a Curții de Apel Alba Iulia.

Analizând actele și lucrările dosarului, instanța reține următoarele:

Între părți s-a încheiat contractul de finanțare nr.747/2010 (filele 186 - 216) având ca obiect acordarea finanțării nerambursabile de către AMPOR pentru implementarea Proiectului 2229 intitulat „Reabilitarea, modernizarea, dezvoltarea și echiparea Ambulatoriului nr. 1 al Spitalului Clinic Județean Sibiu, în valoare de 7.572.196,10 lei, valoare eligibilă 6.035.190 lei.

Prin nota de constatare din 19.11.2012, în urma sesizării de nereguli (fila 72), pârâțul a constatat săvârșirea de către reclamant a unei nereguli în implementarea contractului de finanțare prin nerespectarea prevederilor art. 178 alin.2 din O.U.G.nr.34/2006 și art.8 alin.2 din H.G.nr.925/2006

la atribuirea contractului de execuție lucrări nr. 10723/28.09.2010 prin impunerea unei cerințe restrictive în fișa de date a achiziției, constând în includerea ca și criterii de calificare și selecție la capitolul „informații privind personalul” a cerinței de experiență specifică pentru inginer construcții civile atestat MCPN și cel puțin 10 ani experiență generală în domeniul studiilor, experiența profesională specifică în derularea a trei contracte în domeniul atestării”. S-a aplicat o corecție de 10% din valoarea contractului de lucrări, stabilindu-se o creanță bugetară rezultată din aplicarea corecției financiare de 123.977,83 lei (86.378 lei contribuție din fonduri UE, 86.378 lei din bugetul de stat și 24.389 lei TVA).

Contestația formulată de reclamant a fost respinsă prin Decizia nr. 10/22.01.2013 a pârâtului (fila 65). La art.9 pct.24 și apoi 25 din contractul modificat prin actul adițional, reclamantul s-a obligat ca în atribuirea contractelor de servicii, furnizare execuție lucrări necesare pentru implementarea proiectului să respecte prevederile legislației naționale în domeniul achizițiilor publice sub sancțiunea neeligibilității cheltuielilor efectuate sau aplicarea de corecții financiare conform legislației în vigoare.

Instanța apreciază acțiunea ca nefondată și urmează a înlătura apărările reclamantului privind aplicarea retroactivă a O.U.G.nr.66/2011, întrucât prin contractul de finanțare (art.9 pct.24 din contractul inițial și art.9 pct.25 din contractul modificat prin actul adițional) reclamantul s-a obligat să atribuie contractele necesare implementării proiectului prin respectarea legislației naționale în materia achizițiilor publice sub sancțiunea neeligibilității cheltuielilor sau a aplicării unor corecții financiare potrivit legislației în vigoare. Actul adițional prin care se modifică art.9 pct.24 din contractul de finanțare s-a încheiat la 23.08.2012.

Obligația de a atribui contractele cu respectarea legislației achizițiilor publice - O.U.G.nr.34/2006 - era reglementată în același mod atât prin contractul inițial, cât și prin actul adițional. Astfel că nu se poate reține că reglementarea abaterii constatată prin Nota din 19.11.2012 presupune o aplicare retroactivă a O.U.G.nr.66/2011.

De asemenea, noțiunea de „neregulă” a fost definită prin art. 14 din contract, modificat apoi prin act adițional, incluzând și un potențial prejudiciu. În ce privește sancțiunea aplicabilă, instanța apreciază că la data încheierii notei de constatare, contractul era modificat și părțile prin acordul lor de voință au convenit pentru aplicarea unor sancțiuni de natura corecțiilor financiare potrivit legislației în vigoare, astfel încât în temeiul contractului să se aplice beneficiarului o sancțiune mai ușoară a unei corecții financiare determinată procentual din valoarea contractului.

În consecință, actul atacat face o aplicare a corecțiilor procentuale reglementată prin legislația în vigoare - O.U.G.nr.66/2011 - în temeiul convenției părților. Instanța va stabili dacă cerința impusă de reclamant la atribuirea contractului de lucrări privind personalul angrenat în executarea contractului ca inginerul construcții civile atestat MCPN „să aibă cel puțin 10 ani experiență generală în domeniul studiilor” este restrictivă sau nu.

Această cerință a fost solicitată de reclamantă în temeiul art. 188 alin.3 din O.U.G.nr.34/2006, care dă posibilitatea autorității contractante în cazul aplicării unui contract de lucrări în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, să solicite acestora, în funcție de volumul și de complexitatea lucrărilor ce urmează a fi executate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea persoanelor responsabile pentru executarea lucrărilor.

Acest drept trebuie exercitat însă în limitele art. 178 alin.2, cerințele minime nu trebuie să fie de natură a impune restricționarea participării la procedură, așa cum sunt definite în art.8 alin.2 din H.G.nr.925/2006.

Reclamantul deși a întocmit nota justificativă (filele 101 - 103) nu a motivat în nici un fel impunerea acestei cerințe. La procedură a participat un singur ofertant conform Raportului procedurii (fila 121).

Instanța apreciază că specificul, volumul și complexitatea lucrărilor ce urmau a fi executate, cât și relevanța informațiilor solicitate în ce privește capacitatea profesională trebuiau a fi arătate în nota justificativă și în argumentarea cerinței, ne reprezentând relevanță argumentele aduse prin acțiunea care ar justifica impunerea cerinței.

În ce privește apărarea reclamantului privind caracterul prezumat legal al cerinței ca urmare a controlului exercitat de ANRMAP, instanța apreciază că este de asemenea nefondată, întrucât prin art.49 alin.2 din O.U.G.nr.34/2006 se permite acestei autorități să exercite un control al încălcării art.293 lit.i, care prevede încălcarea principiului proporționalității prin utilizarea unor criterii de calificare și selecție ca mijloc de a restricționa concurența.

Prin urmare, chiar dacă cerința a fost inclusă în anunțul de participare care a fost verificat de ANRMAP înainte de publicare în SEAP și nu au fost detectate erori, nu verificarea instituției prezumția absolută de legalitate asupra cerinței inclusă în anunț, cât timp chiar art.49 din O.U.G.nr.34/2006 permite verificarea ulterioară în situația în care cerința ar fi restrictivă. În consecință, se va respinge acțiunea reclamantului ca nefondată. Pârâțul nu a solicitat cheltuieli de judecată.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII, DECIDE:

Respinge acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul Județul Sibiu prin Președinte cu sediul în Sibiu, împotriva pârâțului Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice cu sediul în București.

Cu drept de recurs în 15 zile de la comunicare. Recursul se depune la Curtea de Apel Alba Iulia.

Dosar nr. 848/57/2012

CURTEA DE APEL ALBA IULIA
SECȚIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA nr. 68/2013
Ședința publică de la 19 februarie 2013

Pe rol se află pronunțarea asupra cauzei în contencios administrativ privind acțiunea formulată de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială a Județului Sibiu în contradictoriu cu pârâții Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului și Curtea de Conturi a României, având ca obiect anulare act administrativ. Mersul dezbaterilor și concluziilor părților au fost consemnate în încheierea inițială de amânare a pronunțării, din data de 5.02.2013, care împreună cu încheierea ulterioară de amânare a pronunțării, face parte integrantă din prezenta sentință.

CURTEA DE APEL, ASUPRA CAUZEI DE FAȚĂ

Prin acțiunea în contencios administrativ înregistrată la această instanță sub dosar nr. 848/57/2012, reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Sibiu a solicitat ca în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună:

- anularea Deciziei nr. 49/19.04.2012 emisă în soluționarea contestației împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 13679 din 22.02.2012 încheiată de MDRT;
- anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 13679 din 22.02.2012 încheiată de MDRT;
- obligarea pârâtului la plata cheltuielilor de judecată.

În motivarea acțiunii reclamanta arată că în urma verificărilor privind încheierea contractului de lucrări nr. 11007/14.09.2009, atribuit Asocierii de ofertanți Contram SA - SC Drumuri și Prestări în Construcții SA - SC Construcții SA - SC CON-A SRL, echipa de control din cadrul MDRT, a reținut o pretinsă neregulă constând în aceea că beneficiarul - structura verificată nu a respectat termenul cuprins între data publicării anunțului de participare și data limită de depunere a ofertelor, încălcându-se astfel dispozițiile art. 75 din OUG nr. 34/2006 privind achizițiile publice și ale articolului 38 alineatul 4 din Directiva 2004/18/CE.

În nota de constatare s-a reținut faptul că există o suspiciune de neregulă care vizează publicarea anunțului de intenție fără respectarea condițiilor pentru a permite reducerea termenului de la 52 de zile la 32 de zile, cuprins între publicarea anunțului de participare și data limită de depunere a ofertelor.

Normele legale incidente, desfășurării acestei etape din procesul achiziției publice sunt cuprinse în OUG nr. 34/ 2006 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare și Directiva nr. 2004/18/CE/31 martie 2004 a Parlamentului European și a Consiliului privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii.

În scopul de a beneficia de posibilitatea oferită de normele legale incidente, autoritatea contractantă reclamantă a decis publicarea anunțului de intenție. Succesiunea în timp a datelor chemării la competiție a fost următoarea:

- în data de 10.02.2009 a fost publicat în SEAP anunțul de intenție nr. 14733.
- în data de 21.05.2009 a fost publicat în SEAP anunțul de participare nr. 77766.

În momentul publicării acestor anunțuri art. 75 din OUG nr. 34/2006 avea următoarea formă:

(1) Fără a aduce atingere prevederilor art. 71, în cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este mai mare decât cea prevăzută la art. 55 alin. (2) perioada cuprinsă între data transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și data limită de depunere a ofertelor trebuie să fie de cel puțin 52 de zile.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă a publicat un anunț de intenție referitor la contractul de achiziție publică ce urmează a fi atribuit, aceasta are dreptul de a reduce perioada prevăzută la alin. 1 până la 36 de zile.

(3) Reducerea prevăzută la alin.(2) este permisă în cazul în care anunțul de intenție a conținut toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare - în măsura în care acestea sunt cunoscute la data publicării anunțului de intenție și a fost transmis spre publicare cu cel mult 12 luni și cu cel puțin 52 de zile înainte de data transmiterii spre publicare a anunțului de participare.

(4) În cazul în care anunțul de participare este transmis în format electronic, spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, perioada prevăzută la alin. (1) sau, după caz, la alin. (2), se poate reduce cu 7 zile.

(5) În cazul în care autoritatea contractantă publică în SEAP întreaga documentație de atribuire și permite, începând cu data publicării anunțului de participare, accesul direct și nerestricționat al operatorilor economici la această documentație, atunci aceasta are dreptul de a reduce perioada prevăzută la alin.(1), precum și cele rezultate în urma aplicării prevederilor alin. (4) cu 5 zile.

(6) Reducerea prevăzută la alin. (5) este permisă numai în cazul în care anunțul de participare conține precizări privind adresa de internet la care documentația de atribuire este disponibilă.

La aceeași dată, art. 38 alin. 4 din Directiva 2004/18/ CE a Parlamentului European și a Consiliului prevede:

Termenul redus menționat la primul paragraf este permis cu condiția ca anunțul de informare prealabilă să fi cuprins toate informațiile necesare pentru anunțul de participare prevăzut de anexa VII A, dacă respectivele informații sunt disponibile în momentul publicării anunțului și dacă respectivul anunț de informare prealabilă a fost trimis spre publicare cu minim 52 de zile înainte de data trimiterii anunțului de participare.

În urma controlului s-a aplicat o corecție financiară în sumă de 2.943.611,43 lei. Susținând încălcarea principiului neretroactivității legii civile, reclamanta arată că în cauză se pune problema legalității constatării unei creanțe bugetare generate de o faptă pretins ilicită, săvârșită și consumată anterior intrării în vigoare a prevederilor OUG nr. 66/2011.

Important de reținut este că obligația sa de plata a unei corecții financiare este caracterizată ca fiind o SANȚIUNE (deci implică existența unei răspunderi juridice) și că răspunderea juridică operează în funcție de regimul sancționator existent în momentul săvârșirii unei presupuse fapte ilicite. Or la momentul săvârșirii presupusei fapte ilicite era în vigoare Ordonanța de Urgență 79/2003 și nu prevederile OUG 66/2011, iar în aceste două acte normative definiția "neregulii" este structural diferită.

Dacă OG 79/2003 sancționa doar fapta care genera un prejudiciu, prin OUG 66/2011 se sancționează și faptele care au un potențial pericol de a produce prejudicii. De altfel, OUG 79/2003 nu cuprinde în conținutul său noțiunea de "corecție" sens în care prin actele atacate se aplică pentru o prezumtivă încălcare a procedurii de atribuire săvârșită în anul 2009 o sancțiune nou introdusă în legislație în anul 2011. În subsidiar reclamanta invocă lipsa de fundament a susținerilor cuprinse în Nota de constatare și în Decizia atacate. Arată că au fost respectate condițiile impuse de art. 75 aliniatul 3 din OUG 34/2006.

Susține că problema care stă la baza contenciosului este: (i) acea dacă în calitate de autoritate contractantă avea dreptul de a face aplicarea articolului 75 aliniatul 2 al OUG 34/2006, respectiv de a reduce la 32 de zile termenul „standard” de 52 de zile între data transmiterii anunțului de

participare și data limită de depunere a ofertelor, precum și (ii) faptul dacă reducerea termenului de depunere a ofertelor a generat un prejudiciu care să fie sancționat prin aplicarea corecției financiare cuantificate de organul de control la suma de 2.943.611,43 lei.

Condițiile de exercitare a acestui drept de către autoritatea contractantă sunt în mod expres și limitativ stabilite în prevederile speciale ale articolului 75 aliniatul 3 din OUG 34/2006, respectiv:

- a) Să fi fost publicat un anunț de intenție
- b) Anunțul de intenție să fi fost transmis spre publicare cu cel mult 12 luni și cu cel puțin 52 zile înainte de data transmiterii spre publicare a anunțului de participare.
- c) Anunțul de intenție să conțină toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare - în măsura în care acestea sunt cunoscute la data publicării anunțului de intenție.

Susține că a respectat toate aceste condiții legale, astfel:

La data de 10.02.2009 a fost publicat în SEAP anunțul de intenție nr. 14733, iar anunțul de participare s-a publicat la data de 21.05.2009. S-a respectat astfel condiția menționată la punctul b) de mai sus.

Anunțul de intenție a fost întocmit în baza prevederilor anexei 3A din OUG 34/2006 și cuprinde toate informațiile care au fost cunoscute la data publicării anunțului de intenție.

Decizia atacată reține că autoritatea contractantă a încălcat principiul transparenței prin reducerea termenului de primire a ofertelor, deși nu au fost îndeplinite condițiile prevăzute de Directiva 2004/18/CE la art. 38, alin. 4 și că „autoritatea contractantă a transmis anunțul de intenție 77766/10/02.2009 care însă nu conține toate informațiile prevăzute pentru a putea beneficia de reducerea termenului, conform art. 75 alin. 2 și 3 din OUG 34/2006 și art. 38 alin. 4 din Directiva 2004/18/CE.

Această argumentație este nelegală în opinia reclamantei deoarece reține și aplică doar în mod parțial și trunchiat prevederile art. 75 alin. (2) și ale Directivei 2004/18/CE, în sensul că se raportează exclusiv la prevederea potrivit căreia “anunțul de intenție să conțină toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare” fără însă să ia în considerare textul legal complet care conține precizarea expresă că aceste informații vor fi inserate “în măsura în care acestea sunt cunoscute la data publicării anunțului de intenție”.

Ori reglementarea completă a art. 75 alin (3) din OUG 34/2006 și a art. 38 aliniatul 4 din Directiva 2004/18/CE nu dispune în mod imperativ și absolut ca anunțul de intenție să conțină toate informațiile pe care le conține și anunțul de participare. Dimpotrivă textul normativ în cauză prevede ca informațiile prevăzute pentru anunțul de participare să fie conținute în anunțul de intenție doar în măsura în care au fost cunoscute la momentul publicării anunțului de intenție. Anunțul de intenție este un anunț de informare prealabilă, al cărui conținut se raportează la elementele care sunt cunoscute autorității contractante în momentul publicării acestuia, calificate de dreptul european ca fiind „informații disponibile”.

Acest lucru este firesc dat fiind momentul diferit și scopul diferit al celor două tipuri de documente (anunț de intenție versus anunț de participare). Așa cum se arată expres atât în legislația internă cât și în Directiva CE 18/2004 anunțul de intenție se publică foarte devreme, imediat după definitivarea programului general de achiziții și scopul său este strict unul de informare prealabilă și generală, respectiv de a face cunoscut operatorilor economici din piață faptul că în cadrul programului de achiziții aprobat pentru anul respectiv o autoritate contractantă intenționează în viitor să efectueze o achiziție publică (art. 52 aliniatul 2 din OUG 34/2006).

Obligația de a insera în anunțul de informare prealabilă doar informațiile disponibile în momentul publicării anunțului este în mod expres prevăzută și în art. 38 din Directiva CE nr. 18/2004 care precizează că: "Termenul redus menționat la primul paragraf este permis cu condiția că anunțul de informare prealabilă să fi cuprins toate informațiile necesare pentru anunțul de participare prevăzut la anexă VII A, în cazul un care respectivele informații sunt disponibile în momentul publicării anunțului și în care respectivul anunț de informare prealabilă a fost trimis spre publicare cu minimum 52 de zile și maximum 12 zile înainte de dată trimiterii anunțului de participare".

Chiar dacă în cauză ar fi aplicabile prevederile OUG 66/2011, din interpretarea art. 27, 28 coroborate cu definiția noțiunii de neregulă din art. 2 rezultă că premisa aplicării unei corecții financiare în conformitate cu prevederile anexei la ordonanță, constă în existența unei abateri de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu prevederile privind achizițiile publice și prin această abatere să se fi cauzat un prejudiciu sau abaterea să fie aptă de a produce un asemenea prejudiciu printr-o suma plătită necuvenit.

Din chiar cuprinsul actelor atacate rezultă însă că nu s-a putut identifica niciun prejudiciu. Astfel, se arată că „în ceea ce privește impactul pe care l-a avut utilizarea acestui criteriu în procesul de atribuire a contractului, din analiza efectuată s-a constatat că la procedura au participat un număr de 12 ofertanți din România, din care 6 oferte au fost inadmisibile și o ofertă considerată neconformă, nu se poate aprecia impactul pe care l-a avut reducerea nelegală a termenului de depunere a ofertelor asupra procesului de achiziție publică, respectiv asupra posibilității de depunere a ofertelor de către operatori economici care operează în statele membre”.

Deci nu se reține și nu se probează în niciun fel existența unui prejudiciu, efectiv sau viitor dar cert. Nici nu s-ar putea reține un efect restrictiv în contextul în care am arătat că la procedura de achiziție au participat un număr semnificativ de operatori economici, respectiv 12.

De asemenea învederează reclamanta faptul dacă anumiți operatori ar fi considerat termenul de depunere a ofertelor că fiind insuficient pentru pregătirea documentației necesare, există posibilitatea legală de a adresa o cerere autorității contractante pentru a prelungi termenul fixat în anunțul de participare și în Fișa de Date a Achiziției. Or nu a existat nicio cerere din partea operatorilor economici de prelungire a termenului de depunere a ofertei, fapt care conduce la concluzia că termenul de depunere a ofertelor specificat în anunțul de participare a fost suficient pentru asigurarea unei concurențe normale în cadrul procedurii.

Nu există deci niciun indiciu sau proba că unul sau altul dintre agenții economici activi în piață ar fi fost prejudiciat de reducerea termenului de depunere a ofertelor până la limita legală permisă de OUG 34/2006. În acest context consideră că cerință legală a existenței unui prejudiciu nu este îndeplinită și nu este dovedită în niciun mod.

Concluzionând, arată reclamanta că nu există nicio abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, astfel încât nu există, în temeiul OUG 66/2011 nicio neregulă. În drept au fost invocate prevederile art. 15 alineatul 2 din Constituția României; art. 51 alineatul 2 din OUG 66/2011; OUG 34/2006 - art. 178 și 188, alin. 274 C proc. civ. Prin întâmpinare pârâtul a solicitat respingerea acțiunii că neîntemeiată.

În ce privește aplicabilitatea în cauză a OUG nr. 66/2011 arată că din interpretarea per a contrario a prevederilor art. 66 din OUG nr. 66/2011 rezultă că activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare începute după intrarea în vigoare a ordonanței se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor OUG nr. 66/2011.

În speță, activitatea de control s-a desfășurat în baza Raportului de Audit al Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.2011, echipa de control încheind titlul de creanță la data de 22.02.2012, la

aproximativ 8 luni de la intrarea în vigoare a ordonanței, astfel că rezultă că acest act normativ nu a fost aplicat retroactiv.

Abaterile de la prevederile legislației naționale și comunitare sunt sancționate în baza legii specifice aplicabile la dată efectuării controlului, însă calificarea abaterii se realizează prin raportare la dispozițiile legale incidente în momentul la care faptele și actele juridice s-au produs.

În ce privește fondul cauzei, pârâtul arată că potrivit prevederilor art. 2 alin. 1 lit. a din OUG nr. 66/2011, pentru a fi în prezența unei nereguli, trebuie să existe o abatere, care constă în acțiunea/inacțiunea beneficiarului prin care s-au încălcat prevederile legale în vigoare și ale contractului de finanțare, precum și un prejudiciu ce constă în suma plătită necuvenit.

Conform dreptului comunitar, existența abaterii/neregulii/cheltuielii nejustificate presupune implicit potențialitatea/existența prejudicierii bugetului U.E. „în speță, neregula constă în acțiunea beneficiarului de a se abate de la dispozițiile legale în materia achizițiilor publice și de la prevederile contractului de finanțare, prin nerespectarea de către acesta în cadrul procedurii de atribuire a contractului a prevederilor art. 75 alin. 1-4 din OUG nr. 34/2006, acțiune ce a condus la atribuirea contractului fără organizarea unei licitații adecvate. Prin neregulă săvârșită s-au adus astfel prejudicii atât bugetului UE cât și bugetului de stat, prin încasarea de către beneficiar a unor sume plătite necuvenit.”

La termenul de judecată din 13.11.2012 a fost introdusă în cauză în calitate de pârâtă Curtea de Conturi a României. Prin întâmpinare pârâtă Curtea de Conturi a invocat excepția lipsei calității procesuale pasive, iar cu privire la fondul cauzei a solicitat respingerea acțiunii ca neîntemeiată. Analizând în prealabil excepția lipsei calității procesuale pasive ridicată de pârâta Curtea de Conturi, Curtea reține că este întemeiată pentru următoarele considerente: Din conținutul dispozițiilor art. 1 din Legea nr. 554/2004 rezultă faptul că în contencios administrativ, ca regulă, are calitate procesuală pasivă emitentul actului administrativ ce se atacă în litigiul de față, instanța a fost investită cu o acțiune ce are ca obiect anularea unei note de constatare și a deciziei în soluționarea contestației administrative, ambele emise de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului.

Aceste considerente generale ale instanței sunt dublate și de dispozițiile OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora. Astfel, conform cap. V din OUG nr. 66/2011, titlul de creanță se poate contesta la autoritatea emitentă, în speță pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, care emite o decizie, act administrativ ce se contesta în contencios administrativ. Ori, în speță, că urmare a emiterii notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare și, respectiv a deciziei contestate, ambele emise de pârât, a luat naștere un raport juridic de drept administrativ între reclamantă și pârât.

În plus, conform art. 20 din OUG nr. 66/2011, activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare/corecțiilor financiare se efectuează de către autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene, prin structuri de control organizate în acest scop în cadrul acestora. Ori, conform prevederilor art. 14 alin. 5 din Legea nr. 94/1992 autoritatea de audit are competență să emită recomandări. Prin urmare nu trebuie confundate conținutul și efectele raportului de audit emis de Curtea de Conturi pe de o parte și cele ale notei de constatare și ale deciziei emise de pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, pe de altă parte, nota de constatare fiind emisă ca urmare a controlului propriu efectuat de pârât și având efecte directe asupra reclamantei, în sarcina căreia au fost stabilite anumite obligații. În schimb verificările autorității de audit s-au finalizat cu emiterea unor recomandări. Așa fiind, caracterul de accesoriutate raport audit - notă de constatare nu se susține, iar în contencios administrativ anularea unui act nu atrage implicit și anularea actului subsecvent, ci trebuie analizate motive

intrinseci de nelegalitate pentru fiecare act. Reclamanta nu a arătat că înțelege să conteste și raportul de audit.

Pentru aceste considerente, Curtea urmează să admită excepția lipsei calității procesuale pasive a Curții de Conturi și să respingă acțiunea în contradictoriu cu această. Analizând actele și lucrările dosarului instanța reține următoarele: între reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Sibiu și Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, în calitate de Autoritate de Management pentru Programul Operațional Regional 2007-2013 s-a încheiat contractul de finanțare cod proiect SMIS 1206 „Modernizarea drumului județean 106 Sibiu-Comatel-Altâna-Berghis-Agnita”.

În procedura de realizare a implementării proiectului s-a derulat procedura de achiziție publică a lucrărilor de execuție în baza OUG nr. 34/2006, finalizată cu încheierea contractului de lucrări nr. 11007 din dată de 14.09.2009 între reclamanta în calitate de autoritate contractantă și Asocieria S.C. Contram S.A. - S.C. Drumuri și Prestări în Construcții S.A. - S.C. Construcții S.A. - S.C. CON-A S.R.L. În baza Ordinului nr. 264/07.02.2012 emis de Ministrul Dezvoltării Regionale și Turismului s-a procedat la efectuarea unor verificări asupra proiectului menționat anterior, urmare a sesizării nr. VT-7324/31.01.2012 de la Serviciul Verificare Conformitate Programe și Gestionare Nereguli - DGMAPOR. Prin Notă de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-13679/22.02.2012 echipa de control a constatat încălcarea legislației privind achizițiile publice și pe cale de consecință abaterea de legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile HG nr. 925/2006, fiind astfel identificată o neregulă în conformitate cu prevederile art. 2 alin. 1 lit.a din OUG nr. 66/2011.

Astfel, s-a reținut că în cazul contractului de lucrări nr. 11007 din data de 14.09.2009 atribuit Asocierii S.C. Contram S.A. - S.C. Drumuri și Prestări în Construcții S.A. - S.C. Construcții S.A. - S.C. CON-A S.R.L., autoritatea contractantă a încălcat principiul transparenței prin reducerea termenului de primire a ofertelor prevăzut de art. 75 alin. 1 din OUG nr. 34/2006 de la 52 zile la 32 zile, deși nu au fost îndeplinite condițiile prevăzute de Directiva 2004/18/CE la art. 38, alin. 4 respectiv „anunțul de informare prealabilă să fi cuprins toate informațiile necesare pentru anunțul de participare prevăzut de anexă VII A, în cazul în care respectivele informații sunt disponibile în momentul publicării anunțului și dacă respectivul anunț de informare prealabilă a fost trimis spre publicare cu minim 52 de zile înainte de data trimiterii anunțului de participare.”

S-a mai reținut că autoritatea contractantă a transmis anunțul de intenție 77766/10.02.2009 care însă nu conține toate informațiile prevăzute pentru anunțul de participare pentru a putea beneficia de reducerea termenului, conform art. 75 alin 2 și 3 din OUG 34/2006 și art. 38 alin. 4 din Directiva 2004/18/CE. În anunțul de intenție nu sunt prevăzute informații cu privire la procedura de atribuire aplicată, criteriile de atribuire a contractului, condiții de participare. În conformitate cu OUG nr. 66/2011, Anexa 1 pct. 1, subpct. 1.12 s-a aplicat o corecție financiară de 10% din valoarea contractului, fiind determinată valoarea creanței bugetare în suma de 2.943.611,43 lei. Contestăția reclamantei în procedura prealabilă a fost respinsă prin decizia nr. 49 din 19.04.2012, că neîntemeiată.

Susținerea reclamantei privind încălcarea principiului neretroactivității legii civile este fondată. Procedura de achiziție publică în legătură cu care a fost reținută pretinsă abatere de la aplicarea prevederilor naționale în această materie a fost desfășurată de către reclamanta în intervalul 10.02.2009 - 14.09.2009, anterior intrării în vigoare a OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

În mod corect a apreciat reclamanta că pârâțul a aplicat retroactiv dispozițiile OUG nr. 66/2011 când a stabilit creanță bugetară prin aplicarea „corecției financiare” în conformitate cu prevederile

anexei ordonanței, sancțiune neprevăzută de vechea reglementare în materie - OG nr. 79/2003. În respectarea principiului neretroactivității legii civile consacrat de art. 15 alin. 2 din Constituția României, o lege nu se poate aplica asupra faptelor prin care se constituie sau se sting situații juridice, nici asupra efectelor acestor situații, care s-au consumat înaintea intrării în vigoare a legii noi.

Excepția instituită de textul constituțional nu este incidența în cauza în condițiile în care nu se pune în aplicare o lege penală sau contravențională. Astfel, în cauză sunt aplicabile doar normele de procedura din cuprinsul OUG nr. 66/2011, respectiv cele referitoare la constatarea neregulilor, la termenele de prescripție sau procedurale, la stabilirea autorităților administrative competențe, la conținutul actelor administrative, la executarea cailor de atac, etc., nu și normele sancționatorii. În acest context, susținerea pârâtului în sensul că abaterile de la prevederile legislației naționale și comunitare sunt sancționate în baza legii specifice aplicabile la dată efectuării controlului este neîntemeiată în condițiile în care principiul aplicării imediate a legii noi este regulă care cere ca legea nouă să se aplice faptelor pendente și celor viitoare, întrucât numai ce se petrece sub legea nouă trebuie să i se supună.

Dispozițiile art. 66 din OUG nr. 66/2011 stabilesc ultraactivitatea normelor de procedura cuprinse în OG nr. 79/2003 în ce privește activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la dată intrării în vigoare a legii noi, astfel că interpretarea per a contrario a acestor prevederi făcută de pârât în apărare apare că superfluă din moment ce este știut că legea de procedura este de imediată aplicare. Pe de altă parte, instanța reține temeinicia apărărilor reclamantei și din perspectiva fondului cauzei. Potrivit art. 27 din OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora „în cazul în care se constată nereguli în aplicarea de către beneficiari a prevederilor privind procedurile de achiziție publică, fie în raport cu reglementările naționale în vigoare în domeniul achizițiilor publice, fie cu procedurile specifice de achiziții aplicabile beneficiarilor privați, se emit note de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, cu aplicarea corespunzătoare a prevederilor art. 20 și 21.”

Conform art. 28 din același act normativ „valoarea creanței bugetare stabilită în baza prevederilor art. 27 se calculează prin stabilirea de corecții financiare în conformitate cu prevederile anexei. ” Art. 2 din OUG nr. 66/2011 definește noțiunea de neregulă că fiind „orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit”.

Rezultă din cele ce preced că premisa aplicării de corecții financiare, în conformitate cu prevederile anexei ordonanței constă în existența unei abateri de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu prevederile privind achizițiile publice, iar prin această abatere să se fi cauzat un prejudiciu sau să fie aptă de a produce un asemenea prejudiciu, printr-o suma plătită necuvenit. În speță, s-a imputat reclamantei că a redus termenul de primire a ofertelor prevăzut de art. 75 alin. 1 din OUG nr. 34/2006 deși nu au fost îndeplinite condițiile prevăzute de Directiva 2004/18/CE la art. 38, alin. 4, respectiv anunțul de intenție nu conținea toate informațiile prevăzute pentru anunțul de participare, și anume informații cu privire la procedura de atribuire aplicată, criteriile de atribuire a contractului, condiții de participare. Reclamanta nu contestă lipsa acestor informații din anunțul de intenție, însă susține că nu i-au fost cunoscute la dată publicării anunțului, situație în care avea dreptul de a reduce termenul de primire a ofertelor.

Potrivit art. 75 din OUG nr. 34/2006, în formă în vigoare în anul 2009:

(1) Fără a aduce atingere prevederilor art. 71, în cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este mai mare decât cea prevăzută la art. 55 alin. (2), perioada cuprinsă între dată transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și dată limita de depunere a ofertelor trebuie să fie de cel puțin 52 de zile.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă a publicat un anunț de intenție referitor la contractul de achiziție publică ce urmează a fi atribuit, această are dreptul de a reduce perioada prevăzută la alin. 1 până la 36 de zile.

(3) Reducerea prevăzută la alin.(2) este permisă în cazul în care anunțul de intenție a conținut toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare în măsură în care acestea sunt cunoscute la dată publicării anunțului de intenție și a fost transmis spre publicare cu cel mult 12 luni și cu cel puțin 52 de zile înainte de dată transmiterii spre publicare a anunțului de participare.

(4) În cazul în care anunțul de participare este transmis în format electronic, spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, perioada prevăzută la alin. (1) sau, după caz, la alin. (2), se poate reduce cu 7 zile.

(5) În cazul în care autoritatea contractantă publică în SEAP întreaga documentație de atribuire și permite, începând cu dată publicării anunțului de participare, accesul direct și nerestricționat al operatorilor economici la această documentație, atunci această are dreptul de a reduce perioada prevăzută la alin. (1), precum și cele rezultate în urmă aplicării prevederilor alin. (4) cu 5 zile.

(6) Reducerea prevăzută la alin. (5) este permisă numai în cazul în care anunțul de participare conține precizări privind adresa de internet la care documentația de atribuire este disponibilă.

În aceeași perioadă, art. 38 alin. 4 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului prevedea: Termenul redus menționat la primul paragraf este permis cu condiția că anunțul de informare prealabilă să fi cuprins toate informațiile necesare pentru anunțul de participare prevăzut de anexă VII A, dacă respectivele informații sunt disponibile în momentul publicării anunțului și dacă respectivul anunț de informare prealabilă a fost trimis spre publicare cu minim 52 de zile înainte de dată trimiterii anunțului de participare. Rezultă din textele legale enunțate că inserarea în anunțul de intenție a tuturor informațiilor prevăzute pentru anunțul de participare, constituie condiție de exercitare a dreptului autorității contractante de a reduce termenul de primire a ofertelor, numai în cazul în care informațiile îi sunt cunoscute/disponibile la momentul publicării anunțului. Așa fiind, apărarea reclamatei este întemeiată, iar în aceste condiții, nu se poate reține în sarcina să neregulă identificată de organul de control pârât.

În raport de cele ce preced, acțiunea reclamantei formulată în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului se dovedește a fi întemeiată, urmând a fi admisă în consecință. În baza art. 174 alin. 1 Cod pr.civilă va obliga pârâtul la plata în favoarea reclamantei a sumei de 7.444,3 lei cu titlu de cheltuieli de judecată reprezentând taxa de timbru, timbru judiciar și onorariu avocat.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Admite excepția lipsei calității procesuale pasive a Curții de Conturi a României și respinge în consecință acțiunea reclamantei Unitatea Administrativ Teritorială Județul Sibiu în contradictoriu cu aceasta. Admite acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Sibiu, cu sediul în Sibiu, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului cu sediul în București, și drept urmare:

Anulează Notă de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 13679/22.02.2012 încheiată de pârât și decizia nr. 49/19.04.2012 adoptată urmare a soluționării

conestației reclamantei. Obligă pârâtul la plata în favoarea reclamantei a sumei de 7.444,3 lei cu titlu de cheltuieli de judecată.

Cu drept de recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică de la 19 Februarie 2013.

Dosar nr. 897/57/2013

CURTEA DE APEL ALBA IULIA
SECȚIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV SI FISCAL
SENTINȚA NR. 26/2014
ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 05 FEBRUARIE 2014

Pe rol se află soluționarea cauzei de contencios administrativ formulată de reclamanta UAT Județul Sibiu în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, având ca obiect anulare act administrativ.

La apelul nominal tăcut în ședința publică se constată lipsa părților. Procedura de citare este legal îndeplinită. S-a făcut referatul cauzei de către greșier care învederează că a fost parcursă procedura prealabilă fixării primului termen de judecată conform art. 200 și 201 NCPC. Având în vedere că s-a solicitat judecarea cauzei în lipsă Curtea, verificându-și competența potrivit art. 131 NCPC raportat la art. 96 NCPC și art. 10 din Legea nr. 554/2004 constată că este competentă material să soluționeze prezenta cauză.

Curtea constată că s-a invocat excepția necompetenței teritoriale, prin întâmpinare, de către pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, excepție pe care o respinge, față de împrejurarea că dispozițiile art. 23 din Contractul de finanțare nu sunt incidente cauzei, având în vedere caracterul specific al procedurii prevăzute de OUG nr. 66/2011. Reținând că nu au mai fost formulate alte cereri în probațiune în afara actelor deja depuse, estimează durata procesului, potrivit art. 238 NCPC la termenul de astăzi, iar potrivit art. 244 NCPC declară încheiată cercetarea judecătorească. Față de actele dosarului și față de dispozițiile art. 223 alin. 2 NCPC, Curtea reține cauza în pronunțare.

CURTEA DE APEL

Prin acțiunea în contencios administrativ înregistrată pe rolul acestei instanțe sub dosar nr. 897/57/2013, reclamantul UAT Județul Sibiu a solicitat ca în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția Generală, Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, prin sentința ce se va pronunța să se dispună:

Anularea Deciziei nr. 81/19.03.2013 emisă de către Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - prin Comisia de soluționare a contestației; Anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA nr. 95888/21.12.2012 .

În motivare se arată că prin decizia atacată pârâtul respinge contestația administrativă formulată de către UAT Județul Sibiu împotriva notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA nr. 95888/21.12.2012 privind proiectul cod SMIS 2347 cu titlul Modernizare DJ 105 G Sadu - Râu Sadului - Sădurel, km 21+250-41+425", beneficiar UAT Județul Sibiu, prin care se stabilește un debit total de 4885 lei și TVA de 1172,40 lei, ca urmare a aplicării unei corecții de 5% la valoarea contractului de servicii de audit nr. 4950/11.05.2010 încheiat cu SC Expert Contabil Minda SRL.

Un prim argument de nelegalitate îl reprezintă principiul neretroactivității legii civile față de care reclamanta susține că definiția neregulii, așa cum aceasta rezultă din cuprinsul art. 2 alin. 1 din OUG 66/2011 precum și sancțiunile cuprinse în acest act normativ nu erau în vigoare la momentul încheierii celor două contracte.

Referitor la cerința de calificare privind demonstrarea experienței similare prin prezentarea unui contract de servicii de audit în cadrul unui proiect finanțat din fonduri europene nerambursabile, reclamanta apreciază că aceasta nu are ca efect restricționarea participării la procedură a potențialilor ofertanți ci a fost impusă raportat la specificul serviciilor de audit pentru proiecte finanțate prin fonduri europene, astfel că dispozițiile art. 178 alin. 2 și art. 179 din OUG 34/2006 au fost intrutotul respectate.

Această cerință a fost verificată sub aspectul legalității de către ANRM MAP, potrivit art. 331 din OUG 34/2006, la momentul publicării ei pe SEAP. Pe de altă parte, întreaga procedură de achiziție a fost monitorizată de UCVAP, în conformitate cu prevederile art. 3 din OUG 30/2006 iar aceștia nu au sesizat nici o neregulă. Pârâta a depus întâmpinare prin care a solicitat respingerea ca nefondată a contestației și menținerea ca legale și temeinice a actelor atacate.

Analizând actele și lucrările dosarului, instanța reține următoarele:

UAT Județul Sibiu a derulat proiectul cod SMIS 2347 cu titlul „Modernizare DJ 105 G Sadu - Rău Sadului - Sădurel, km 21+250-41+425”, beneficiar UAT Județul Sibiu în cuprinsul acestuia, în urma finalizării procedurii de achiziție publică desfășurată potrivit OUG 34/2006 a fost încheiat contractul de servicii de audit nr. 4950/11.05.2010 cu SC Expert Contabil Minda SRL, în valoare de 97.700 lei, fără TVA.

Derularea proiectului a avut la bază contractul de finanțare nr. 624/04.02.2010 încheiat de UAT Județul Sibiu cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice în calitate de Autoritate de Management pentru Programul Operațional Regional 2007-2013 prin Agenția pentru Dezvoltare Regională Centru în calitate de Organism Intermediar pentru Programul Operațional Regional 2007-2013, prin care a fost acordată suma maximă de 44.328.710 lei + TVA finanțare nerambursabilă, din care pentru serviciile de auditare au fost alocați 97.700 lei + TVA în cuantum de 23.448 lei.

Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Regional formulează sesizarea VT-67463/12.09.2012 cu privire la suspiciunea de neregulă, sesizare pe baza căreia Serviciul Constatăre și Stabilire Nereguli - POR din cadrul Direcției Generale Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene întocmește Nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 95888/21.12.2012 (f. 18-26) prin care s-au aplicat corecții de 5% în valoarea totală de 4885 lei și TVA în valoare de 1172,40 lei.

Reclamantul a formulat contestație însă prin Decizia 81/19.03.2013 (f.8-14) a Comisiei de soluționare a contestației din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice aceasta a fost respinsă, astfel că la data de 08.10.2013 a sesizat instanța de contencios administrativ. Relativ la critica de nulitate privind neregularitatea extrinsecă a actului administrativ curtea apreciază că susținerea reclamantei nu este întemeiată.

Astfel, este adevărat că la momentul derulării procedurii de achiziție, respectiv la momentul încheierii contractului 04.02.2010, erau în vigoare prevederile OG 79/2003. Însă, la momentul controlului - 21.12.2012 erau în vigoare prevederile OUG 66/2011 iar față de prevederile art. 66 din acest act normativ reiese în mod neîndoielnic că dispozițiile privind procedura de realizare a controlului, respectiv actele administrative ce urmează a se încheia în această etapă și căile de atac sunt cele ale noului act normativ. Fiind vorba despre o normă de procedură principiul general, valabil la acel moment (art. 725 din Codul de procedură civilă 1865), era cel al imediatei aplicări.

Pe de altă parte, descrierea neregulii din art. 2 alin. 1 lit. a) din OUG 66/2011 se regăsea atât în legislația națională cât și în cea supranațională (ait. 2 pct. 7 din Regulamentul CE nr. 1083/2006 respectiv art. 1 alin. 2 din Regulamentul CE, EURATOM nr. 2988/1995), în vigoare și direct aplicabilă, la momentul încheierii contractului.

În fine, în ceea ce privește *conținutul concret al neregulii* constatate, acesta vizează încălcarea prevederilor art. 178 alin. 1 și 2, respectiv art. 179 alin. 1, acte normative în vigoare la data încheierii contractului 4950/11.05.2010. Față de cele ce preced Curtea conchide că nu a fost încălcat principiul neretroactivității legii, astfel că nu exista vicii extrinseci de nelegalitate care să afecteze valabilitatea actelor administrative atacate.

Soluționarea conflictului dedus judecătii presupune analizarea legalității stabilirii cerinței de calificare în ceea ce privește experiența în prestarea serviciilor de audit pentru proiecte finanțate prin fonduri europene, respectiv încadrarea acestora în noțiunea de „neregulă” astfel cum aceasta este definită de OUG 66/2011 în art. 2 alin. 1 lit. a), respectiv orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit.

Condiția experienței similare stipulată prin Fișa de date a achiziției *paragraful IV.4:*

- *experiență similară* (f.39 și 109) impunea ca cerință minim obligatorie pentru a demonstra capacitatea tehnică și/sau profesională, derularea în ultimii 3 ani a cel puțin un contract de audit financiar/ audit pentru proiecte eu finanțare nerambursabilă a căror valoare cumulată să fie de minim 100.000 lei dovedită cu contractele de lucrări.

Pârâta susține că această condiție este restrictivă întrucât hotărâtor ar trebui să fie pregătirea profesională individuală dublată de experiență individuală, toate acestea fiind probate de implicarea în diverse activități specifice. Demonstrarea experienței similare nu trebuie să fie determinată de natura sursei de finanțare ci mai degrabă de abilitățile persoanelor implicate, de competențele aprobate ale acestora și de experiența individuală a fiecăruia.

Instanța apreciază că această cerință a fost impusă potrivit nevoilor concrete ale autorității contractante tocmai datorită *specificului* serviciilor de audit finanțate din fonduri europene. Ceea ce a fost determinant în alegerea criteriului nu a fost *sursa de finanțare* ci *aspectele concrete derogatorii* pentru serviciile de audit respective.

Având în vedere specificul activității pentru care se organizează procedura de achiziție și în acord cu îndrumările metodologice acordate de ANRMAR potrivit competențelor recunoscute de potrivit art. 2 lit. d) și e) și art. 3 lit. e) din OUG 74/2005 și art. 2 alin. 1 lit. m) din HG 525/2007, reclamanta a emis nota justificativă 2130/03.03.2010 (f. 46- 48) în care a introdus cerința de calificare privind prestarea unui serviciu de audit financiar al unui proiect cu finanțare europeană.

Faptul că pârâta susține că hotărâtor ar trebui să fie criteriul privind pregătirea profesională individuală dublată de experiență individuală, nu poate constitui temei pentru aprecierea ca restrictivă a cerinței autorității contractante atâta timp cât. pe de o parte, pârâta nu a detaliat, în concret, ce criterii profesionale individuale ar fi putut fi avute în vedere, raportat la necesitățile concrete ale autorității contractante iar pe de altă parte, indicarea sursei de finanțare s-a realizat pentru a 11 scoase în evidență *caracteristicile* serviciilor cerute și nu în considerarea bugetului din care vor fi făcute plățile.

În acest profil instanța apreciază că nu este restricționată participarea la procedură în sensul art. 178 alin. 1 și 2, respectiv art. 179 alin. 1 din OUG 34/2006 întrucât aceste cerințe au fost precizate, conform principiului transparenței, în cadrul fișei de date a achiziției și au o justificare obiectivă,

existând o legătură evidentă cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit, respectă principiul proporționalității precum și nivelul cerințelor minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească, nefiind de natură să conducă la restricționarea participării la procedura de atribuire.

De altfel, *pretinsa restricționare* a accesului la procedură este pur speculativă și lipsită de elemente probatorii. În atare condiții este dificil de acceptat că ar putea exista un **prejudiciu cert** în bugetul UE și implicit că am putea discuta despre o **neregulă** care să întrunească toate elementele constitutive prevăzute de art. 2 alin. 1 lit. a) din OUG 66/2011. Față de cele de mai sus, față de prevederile art. 18 din Legea 554/2004 raportat la art. 51 alin. 2 din OUG 66/2011, se va admite acțiunea reclamantei UAT Județul Sibiu, se vor anula actele atacate.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Admite acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamanta UAT Județul Sibiu, cu sediul în Județul Sibiu, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare, cu sediul în București, în consecință:

Anulează Nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 95888/21.12.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare.

Anulează Decizia nr. 81/19.03.2013 emisă de Comisia de soluționare a contestației din cadrul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Recursul se va depune la grefa Curții de Apel Alba Iulia. Pronunțată în ședința publică, azi 05 februarie 2014.

Dosar nr. 8852/85/2012

TRIBUNALUL SIBIU
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 4688/2013
ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 19 NOIEMBRIE 2013

Pentru astăzi fiind amânată pronunțarea cauzei Contencios administrativ și fiscal privind pe reclamant UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL SIBIU și pe pârâta MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI, având ca obiect anulare act de control taxe și impozite. La apelul nominal nu se prezintă părțile. Procedura completă. Cauza a fost dezbătută în fond la data de 5.11.2013 când cei prezenți au pus concluzii ce s-au consemnat în încheierea din aceeași zi, încheiere ce face parte integrantă din prezenta sentință.

INSTANȚA

Constată că prin acțiunea în contencios administrativ înregistrată pe rolul Tribunalului Sibiu sub nr.8852/85/2012 reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL SIBIU a solicitat în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI ca prin sentința ce se va pronunța să se dispună anularea Deciziei nr. 45/18.04.2012 emisă de pârâta, precum și anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA - 13612/22.02.2012 emisă de MDRT. Cu cheltuieli de judecată.

În motivarea acțiunii reclamanta a invocat faptul că prin Decizia nr.45/18.04.2012 pârâțul a respins contestația administrativă formulată împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA-13612/22.02.2012 emisă de MDRT aferentă contractului de finanțare nr.624/4.02.2010, cod SMIS 2347 proiect „Modernizarea DJ 105 G Sadu - Râu Sadului - Sădurel km 21+250 -41 +425”, prin care s-a stabilit obligația reclamantei la plata unei corecții financiare în cuantum de 148.939,22 lei.

Pentru a hotărî astfel pârâțul a apreciat o pretinsă încălcare, de către autoritatea contractantă, a prevederilor legislației achizițiilor publice cu ocazia achiziționării contractului de execuție lucrări încheiat de reclamantă cu Asocieria Geiger Transilvania SRL- Contram SA, faptă constând în aceea că procedura de atribuire a restricționat în mod nejustificat participarea, prin impunerea unor cerințe disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică, încălcându-se astfel prev.art.8 alin 2 din HG 925/2006 raportat la art.2 alin 2 lit. a și b din OUG 34/2006. Aceasta deoarece, prin anunțul de participare și prin documentația de atribuire s-a solicitat ca ofertantul să prezinte certificat că este atestat pentru execuția de lucrări de drumuri, poduri și construcții eliberat de Asociația profesională de drumuri și poduri din România.

În aplicarea OUG 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora pârâțul a stabilit obligația reclamantei la plata unei corecții financiare în sumă de 148.939,22 lei.

Reclamanta UAT a jud. Sibiu a invocat însă, față de concluziile organului de control reținute în actele administrative atacate excepția neretroactivității OUG nr. 66, având în vedere că procedura de achiziție publică în legătură cu care a fost reținută pretinsa abatere s-a derulat în perioada 15.04.2010 (data publicării anunțului de participare nr.97974) - 25.08.2010 (data semnării contractului de vânzare-cumpărare), deci anterior intrării în vigoare a OUG 66/2011.

Așa fiind, în respectarea principiului neretroactivității legii civile consacrat de art. 15 alin 2 din Constituția României, o lege nu se poate aplica asupra faptelor prin care se constituie sau se sting

situații juridice, nici asupra efectelor acestor situații care s-au consumat înaintea intrării în vigoare a legii noi.

Ori, în cauză este incidentă problema legalității constatării unei creanțe bugetare generată de o faptă - pretins ilicită, săvârșită și consumată anterior intrării în vigoare a prev. OUG 66/2011. Pe de altă parte, reclamanta invocă nelegalitate și netemeinicia actelor administrative atacate și pe considerentul că la data organizării procedurii de atribuire era în vigoare reglementarea prev. de art. 183 din OG 34/2006, conform căreia se conferea dreptul autorității contractante de a solicita oricărui operator economic să prezinte documente edificatoare care să dovedească atât forma de înregistrare ca persoană fizică sau juridică, și, separat atestarea sau apartenența din punct de vedere profesional.

Drept urmare, în anul 2010 când s-a elaborat documentația de atribuire și de organizare a procedurii nu exista nici o prevedere legală care să interzică solicitarea certificatului de atestare pentru execuția de lucrări de drumuri, poduri și construcții aferente. În ceea ce privește existența vreunui prejudiciu efectiv sau viitor, dar cert, reclamanta invocă faptul că, din chiar cuprinsul actelor atacate nu s-a putut identifica existența acestuia. Pârâtul a depus întâmpinare la fila 30 dosar prin care a invocat, pe cale de excepție necompetența teritorială a Tribunalului Sibiu și respectiv tardivitatea formulării acțiunii, excepții asupra cărora instanța s-a pronunțat, în sensul respingerii acestora, prin încheierea dată în ședința publică din 2.07.2013 depusă la fila 63 dosar.

În ceea ce privește excepția neretroactivității OUG 66/2011 pârâtul a făcut referire la conținutul prev.art.66 din actul normativ invocat în sensul că dispozițiile OG 79/2003 aprobată cu modificări prin Lg. 529/2003 cu modificările și completările ulterioare se aplică doar pentru „activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență”.

Pe fondul cauzei, pârâtul a solicitat respingerea acțiunii motivat de faptul că, potrivit art. 183 din OUG 34/2006 autoritatea contractantă are dreptul de a solicita oricărui operator economic să prezinte documente edificatoare care să dovedească forma de înregistrare ca persoană fizică sau juridică, și după caz, de atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, în conformitate cu prev. din țara în care este stabilit ofertantul.

Aceste dispoziții se coroborează însă cu art. 178 alin. 1 din OG 66/2011, conform căruia „autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției”. În ceea ce privește existența prejudiciului pârâtul a invocat faptul că față de prevederile contractului de finanțare este evident că nerespectarea procedurilor de achiziții constituie o neregulă, prejudiciu fiind în acest caz prezumat prin nerespectarea clauzelor contractuale. Analizând probatoriul administrat în cauză instanța va reține următoarele: în baza Ordinului Ministrului dezvoltării regionale și turismului nr.274/8.02.2012 s-a dispus verificarea, în perioada 15.04.2010 -25.08.2010, efectuarea unor verificări asupra proiectului cod SMIS 2347 „modernizare DJ 105G Sadu-Rău Sadului-Sădurel km 21+250-41+425”, ca urmare a sesizării privind impunerea de către reclamantă a unor criterii de calificare pentru potențialii subcontractanți participanți la procedura de achiziție publică.

Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-13612/22.02.2012, echipa de control din cadrul Direcției Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare a constatat încălcarea legislației privind achizițiile publice reglementate de OUG 34/2006 în sensul că „autoritatea contractantă a stabilit cerințe minime de calificarea restrictive și a încălcat principiul nediscriminării și tratamentul egal prin solicitările din fișa de date a achiziției”.

Drept urmare s-a reținut faptul că, potrivit documentației de atribuire , în cadrul Fișei de date a achiziției la punctul V Criterii de calificare și/sau selecție - punctul V.2 capacitatea de exercitare a activității profesionale (înregistrare), s-a menționat ca și cerință obligatorie 2” certificat de atestare pentru execuția de lucrări de drumuri, poduri și construcții aferente eliberat de asociația profesională de drumuri și poduri din România”.

Pe cale de consecință, echipa de control, preluând constatările, concluziile și recomandările autorității de audit din raportul de audit și operațiuni pentru POR al Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.2011, transmis la MDRT cu adresa nr. 94973/22.12.2011, în temeiul prevederilor OUG 66/2011 și a normelor de aplicare a acesteia, respectiv HG 875/2011, a aplicat corecția financiară de 5% din valoarea contractului, respectiv 148.939,22 lei.

Împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare (fila 16dosar) reclamanta a formulat contestație care a fost respinsă prin Decizie nr.45 din 18.04.2012 a Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului motivat de faptul că în executarea contractului nr.624/4.02.2010 reclamanta a încălcat prev.art.8 alin 2 din HG 925/2006 și art.2 alin 2 lit. a și b din OUG 34/2006 constând în aceea că în procedura de atribuire a restricționat în mod nejustificat participarea, prin impunerea unor cerințe disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție.

S-a considerat că cerința minimă solicitată ofertanților de a prezenta „certificat de atestare pentru execuția de lucrări de drumuri, poduri și construcții aferente eliberat de Asociația profesională de drumuri și poduri din România, deși s-a solicitat și certificat de înregistrare de la Oficiul Registrului Comerțului din care să rezulte obiectul de activitate corespunzător codului CAEN 4211, este restrictivă întrucât în România deținerea acestui certificat nu este obligatorie pentru executarea lucrărilor care se realizează prin contractul de achiziție publică.

Având în vedere aceste considerente instanța urmează a reține că procedura privind achizițiile publice referitor la contractul nr.624/4.02.2010 s-a derulat începând cu data de 15.04.2010, când s-a publicat anunțul de participare nr.97974 și până la data de 25.08.2010 când s-a semnat contractul de v/c, perioadă anterioară intrării în vigoare a OUG 66/2011.

Aceasta înseamnă că prin actele administrative atacate, emise în date de 22.02.2012 și respectiv 18.04.2012, s-a constatat existența unor nereguli pentru perioada 15.04.2010-25.08.2010, în executarea contractului nr.624/4.02.2010, nereguli ce au fost reținute de către echipa de control din cadrul Direcției control și verificare utilizare fonduri comunitare constituită în baza art.27 din OUG 66/2011, act normativ care a intrat în vigoare în data de 30.06.2011 și publică în MO nr.461/30.06.2011.

Mai mult decât atât, organul de control a reținut încălcarea de către reclamantă a prev.art.8 alin 2 din HG 925/2006 și art.2 alin 2 lit. a și b din OUG 34/2006 constând în aceea că în procedura de atribuire a restricționat în mod nejustificat participarea, prin impunerea unor cerințe disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție, aplicând corecția financiară pentru contractul de executare lucrări de 5%, respectiv 148.939,22 lei în baza aceluiași text de lege care nu era în vigoare la data încheierii contractului 624/4.02.2010 și pe cale de consecință nu se putea pune problema respectării procedurii prevăzută de un act normativ ale căror dispoziții nu pot retroactiva.

Rezultă așadar, că pârâțul a aplicat retroactiv disp. OUG 66/2011 când a stabilit creanța bugetară prin aplicarea „corecției financiare” în conformitate cu prevederile anexei ordonanței, sancțiune neprevăzută de vechea reglementare în materie, respectiv OG nr.79/2003.

Respectarea principiului neretroactivității legii este prevăzut și de art. 15 alin 2 din Constituția României, conform căruia o lege nu se poate aplica asupra faptelor prin care se constituie sau se sting situații juridice și nici asupra efectelor acestor situații care s-au consumat înaintea intrării în vigoare a legii noi.

Pe de altă parte, instanța va reține și temeinicia susținerilor formulate de reclamant pe fondul cauzei, motivat de faptul că la data elaborării documentației de atribuire și a organizării procedurii de licitație (anul 2010) nu exista vreo prevedere legală care să interzică solicitarea depunerii certificatului de atestare pentru execuția de lucrări de drumuri, poduri și construcții aferente, eliberat de Asociația profesională de drumuri și poduri din România.

Pe de altă parte, în art. 183 din OUG 34/2006 aplicabil la data organizării licitației legiuitorul nu a tăcut mențiunea împrejurării că documentele de atestare trebuie să fie emise exclusiv de către entități în baza unor regulamente aprobate prin acte normative. Drept urmare, reclamanta avea dreptul, la data organizării procedurii de atribuire, de a solicita oricărui operator economic să prezinte documente edificatoare care să dovedească, atât forma de înregistrare ca persoană fizică sau juridică, cât și atestarea sau apartenența din punct de vedere profesional.

Cu toate că organul de control a imputat reclamantei faptul că a solicitat ofertanților să prezinte certificat de atestare profesională pe lângă certificatul de înregistrare de la Oficiul Registrului Comerțului, din care să rezulte obiectul de activitate corespunzător codului CAEN 4211 (lucrări de construcții), această măsură este infirmată de chiar disp.art.183 din OUG 34/2006, conform cărora se prevede, în mod distinct, dovada formei de înregistrare, pe de o parte, care se face cu certificatul de înregistrare emis de ORC, și atestarea sau apartenența din punct de vedere profesional, pe de altă parte.

Nu în ultimul rând, este de reținut și faptul că modalitatea de respectare de către reclamantă a legislației achizițiilor publice a fost supusă validării și acceptării în procedura de verificare prealabilă publicării în SEAP, verificare și validare efectuată de autoritățile publice investite cu aceste obligații, respectiv ANRMAP și UCVAP.

În ceea ce privește producerea vreunui prejudiciu de către reclamantă, chiar dacă în cauză ar fi fost incidente prev. OUG 66/2011, din cuprinsul actelor administrative atacate nu s-a putut identifica existența vreunui prejudiciu efectiv sau viitor. Având în vedere considerentele expuse mai sus și textele legal citate, instanța va dispune admiterea acțiunii așa cum a fost formulată și pe cale de consecință va anula Decizia nr.45/18.04.2012 precum și Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA - 13612/22.02.2012 emise de MDRT. În baza art.274 Cpc se va dispune obligarea pârâtei la plata cheltuielilor de judecată către reclamantă în sumă de 4340 lei reprezentând onorariu avocat, conform facturii depuse la fila 136 dosar.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Admite acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială jud. Sibiu cu sediu în Sibiu, jud. Sibiu în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI, DIRECȚIA CONTROL ȘI VERIFICARE UTILIZARE FONDURI COMUNITARE cu sediul în București: Dispune anularea Deciziei nr.45/18.04.2012 precum și a anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA - 13612/22.02.2012 emise de MDRT.

Obligă pârâta la plata cheltuielilor de judecată către reclamantă în sumă de 4.340 lei. Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică de la 19 Noiembrie 2013.

Dosar nr. 8851/85/2012

TRIBUNALUL SIBIU
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 3139/CA
ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 21 IUNIE 2013

Pentru azi fiind amânată pronunțarea cauzei privind pe reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ A JUDEȚUL SIBIU și pe pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI, având ca obiect anulare act de control taxe și impozite. Cauza a fost dezbătută în fond la data de 17.06.2013 când cei prezenți au pus concluzii ce s-au consemnat în încheierea din aceeași zi, încheiere ce face parte integrantă din prezenta sentință

TRIBUNALUL,

Prin cererea de chemare în judecată înregistrată la această instanță, reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ A JUDEȚUL SIBIU a solicitat, în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI, anularea notei de constatare a neregulilor și de stabilire a financiare nr. CA 13607/22.02.2012 și a deciziei nr. 41/12.04.2012 a Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului prin care s-a respins contestația împotriva notei de constatare amintite.

În fapt, reclamantul motivează că prin actele atacate s-a reținut o pretinsă încălcare de către autoritatea contractantă a prevederilor legislației achizițiilor publice cu ocazia contractării lucrărilor cu Asociera Contram SA - Geiger Transilvania SRL fapt sancționat prin intrarea în vigoare a prevederilor OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora. Aceste fapte s-ar materializa în aceea că în procedura de atribuire s-a restricționat în mod nejustificat participarea la licitație prin impunerea unor cerințe care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului, respectiv s-a solicitat ca ofertantul să prezinte certificat că este atestat pentru execuția de lucrări de drumuri și poduri iar inginerul de drumuri - coordonator proiect să dovedească faptul că are experiență în implementarea de contracte executate în sistem FIDIC. În aplicarea dispozițiilor OUG nr. 66/2011 s-a stabilit în sarcina reclamantei o contribuție financiară de 91.473,53 lei. Măsura a fost dispusă cu încălcarea principiului neretroactivității legii, prevăzută de dispozițiile art. 15 alin. 2 din Constituția României, întrucât procedura de achiziție publică a început la data de 07.04.2010 și s-a încheiat la data de 16.08.2010 prin semnarea contractului. În momentul desfășurării procedurii era în vigoare O.G. nr. 79/2013, care sancționa doar fapta care genera un prejudiciu și care nu cuprinde noțiunea de „corecție”.

În ceea ce privește cerința restrictivă, numai în anul 2011, prin ordinul ANRMAP au fost stabilite corecțiile respective. Actele normative în vigoare pe parcursul desfășurării procedurii, nu interziceau înscrierea cerințelor sancționate. Pe de altă parte, nu a fost identificat nici un prejudiciu. Pentru susținerea acțiunii, au fost anexate: note de constatare a rapoartelor nr. 13607 și decizia nr. 41/12.04.2012 a Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului. Pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice a formulat întâmpinare și a solicitat respingerea acțiunii reclamantei și a solicitat introducerea în cauză a Curții de Conturi a României. Întrucât nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare a fost emisă în baza auditului realizat de această autoritate publică. Întrucât controlul s-a desfășurat în perioada în care era în vigoare O.U.G. nr. 66/2011, acest act normativ este aplicabil în speță.

Analizând cererile și susținerile părților, actele administrative atacate, celelalte mijloace de probă administrate în cauză, instanța reține starea de fapt pe care o vom prezenta mai jos. La data de 22.02.2012 Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul Ministerului

Dezvoltării Regionale și Turismului a emis nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA/3607, privind contractul de finanțare nr. 622/04.02.2010 pentru proiectul „Modernizarea DJ 106 D Rășinari - Poplaca - Orlat”, reținând că autoritatea contractantă Consiliul Județean Sibiu a încălcat principiul tratamentului egal și nediscriminării prin fișa de date a achiziției și prin anunțul de participare, a aplicat o corecție financiară de 91.473,53 lei.

Autoritatea contractantă a formulat contestație împotriva notei mai sus amintite, contestație respinsă prin decizia nr. 41/12.04.2012. Unitatea Administrativ Teritorială Județul Sibiu a formulat acțiune în contencios administrativ și a solicitat anularea notei de constatare și a deciziei emise în procedura administrativ - jurisdicțională. Acțiunea reclamantei este întemeiată, urmând a fi admisă, iar nota de constatare a neregulilor și stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-13607/22.02.2012, precum și decizia nr. nr. 41/2012 a Ministerului Dezvoltării Regionale Și Turismului anulată, pentru motivele pe care le vom prezent mai jos.

Procedura de achiziție publică pentru proiectul supus controlului s-a desfășurat în perioada 07.04.2010 - data publicării anunțului de participare și 16.08.2010 - data semnării contractului de finanțare. Respectarea procedurii de către autoritatea contractantă și eventualele abateri trebuiau contractate cu luare în considerare a actelor normative în vigoare la data desfășurării procedurii, potrivit regulii „*tempus regit actum*”. Nota de constatare și aplicare a sancțiunii corecției fiscale sunt motivate pe dispozițiile OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente, act normativ care a intrat în vigoare ulterior încheierii procesului de achiziție publică. Constatând abateri și aplicând sancțiuni în baza unui act normativ care a intrat în vigoare ulterior încheierii procesului de achiziție publică, autoritatea emitentă a încălcat principiul neretroactivității legii consacrat de dispozițiile art. 15 alin. 2 din Constituția României. Anterior intrării în vigoare a OUG nr. 66/2011 nu era reglementată normativ posibilitatea aplicării corecțiilor financiare pentru abateri comise de autoritatea contractantă în cursul procedurii de achiziție publică. Autoritatea contractantă nu știa și nu trebuia să știe, că printr-un act normativ adoptat ulterior încheierii procedurii, pot fi apreciată și sancționate ca abateri anumite activități sau fapte care nu erau sancționate de actele normative în vigoare.

Sușinerile pârâtului, potrivit cu care față de dispozițiile art. 66 din OUG se aplică actul normativ în vigoare la data efectuării controlului, nu pot fi reținute. Așa cum am arătat mai sus, actul normativ aplicabil este cel de la data săvârșirii abaterii, în speță din perioada desfășurării procesului de achiziție, respectiv 07.04.-16.08.2010. Față de aceste considerente, în temeiul art. 18 alin. 1 din Legea nr. 554/2004, acțiunea reclamantului va fi admisă, iar nota de constatare nr. CA - 13607/2012 și decizia nr. 41/2012 anulată. Având în vedere dispozițiile art. 274 din Codul de Procedură Civilă, pârâtul va fi obligat la plata cheltuielilor de judecată.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Admite acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială A Județul Sibiu, cu sediul în Sibiu, jud. Sibiu, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale Și Administrației Publice (fost Ministerul Dezvoltării Regionale Și Turismului), cu sediul în București .

Anulează nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-13607/22.02.2012 și decizia nr. 41/12.04.2012, emise de fostul Minister al Dezvoltării Regionale și Turismului. Obligă pârâtul la plata sumei de 3.720 lei, cheltuieli de judecată.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică, azi 21 Iunie 2013.

Dosar nr. 6202/2/2013

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 4157
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 20.12.2013

Pe rol pronunțarea acțiunii în contencios administrativ formulată de *reclamanta* UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ - MUNICIPIUL SIBIU, în contradictoriu cu *pârâtul* MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, având ca obiect „*anulare act administrativ*”. Dezbaterile și susținerile părților au avut loc în ședința publică din data de 06.12.2013, fiind consemnate în încheierea de ședință de la acea dată, când Curtea, în temeiul art. 396 alin. 1 Noul Cod de procedură civilă, având nevoie de timp pentru a delibera și pentru a da părților posibilitatea să depună concluzii scrise, în temeiul art. 394 alin. 2 Noul Cod de procedură civilă, a amânat succesiv pronunțarea la data de la data de 13.12.2013 și, apoi, la data de 20.12.2013 pentru când a hotărât următoarele:

CURTEA, DELIBERÂND ASUPRA ACȚIUNII CIVILE DE FAȚĂ,

Prin acțiunea civilă înregistrată la această instanță la data de 13.09.2013, sub nr. 6202/2/2013, reclamanta Unitatea Administrativ - Teritorială - Municipiul Sibiu a chemat în judecată pe pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice pentru ca prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună:

1) Anularea Deciziei nr. 71/15.07.2013 emise de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Serviciul Soluționare Contestații Nereguli Fonduri Europene de respingere a Contestației nr. 36694/12.06.2013 împotriva: Notei de neconformitate a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare din data de 05.04.2013 emise de DAP și DGPE din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, înregistrată cu nr. 36.383/11.06.2013 și a Informării privind plata cheltuielilor aprobate în cererea de rambursare nr. 1 având numărul 21434/15.05.2013 înregistrată la Primăria Municipiului Sibiu cu nr. 30321/16.05.2013 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția Generală Programe Europene.

2) Anularea Notei de neconformitate a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare din data de 05.04.2013 emise de DAP și DGPE din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, înregistrată cu nr. 36.383/11.06.2013

3) Anularea Informării privind plata cheltuielilor aprobate în cererea de rambursare nr. 1 având numărul 21434/15.05.2013 înregistrată la Primăria Municipiului Sibiu cu nr. 30321/16.05.2013 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția Generală Programe Europene.

4) În subsidiar, modificarea Notei de Neconformitate FN întocmită în data de 05.04.2013 și a informării privind plata cheltuielilor aprobate în cererea de Rambursare nr.1 având numărul 21.434/15.05.2013, în sensul diminuării corecției financiare de 25% cu respectarea principiului proporționalității prevăzut de art. 17 din OUG nr. 66/2011.

5) Obligarea pârâtei la plata (rambursarea) sumei de 9.224,25 lei și TVA în cuantum de 2259 lei, în total suma de 11.483,25 lei (inclusiv TVA) reprezentând valoarea corecției reținută din cererea de rambursare nr. 1, precum și la plata ratei dobânzii de referință a Băncii Naționale a României calculată la suma solicitată, de la data reținerii acestei sume (30.04.2013) și până la data efectivă a plății.

În motivarea acțiunii s-au arătat în esență următoarele:

Între Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului în calitate de Autoritate de Management pentru Programul Operațional Regional 2007-2013, denumit AM POR, prin Agenția pentru Dezvoltare Regională Centru în calitate de Organism Intermediar pentru Programul Operațional Regional 2007-2013, Axa prioritară 1 "Sprijinirea dezvoltării durabile a orașelor - poli urbani de creștere" Domeniul major de intervenție 1.1 "Planuri integrate de dezvoltare urbană" și Unitatea Administrativ Teritorială a Municipiului Sibiu s-a încheiat contractul de finanțare nr. 3053/16.05.2012 având ca obiect acordarea finanțării nerambursabile de către Autoritatea de Management pentru implementarea Proiectului nr. 36154 SMIS intitulat "Modernizare strada 9 Mai".

În vederea implementării proiectului cu COD SMIS 36154, intitulat: „Modernizare strada 9 Mai”, din cadrul Programului Operațional Regional 2007-2013, Axa prioritară 1 "Sprijinirea dezvoltării durabile a orașelor - poli urbani de creștere" Domeniul major de intervenție 1.1 "Planuri integrate de dezvoltare urbană", Municipiul Sibiu, în calitate de autoritate contractantă a publicat în Sistemul Electronic al Achizițiilor Publice (SEAP), invitația de participare nr. 270293/27.10.2010, împreună cu documentația aferentă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Modernizare strada 9 Mai” - FAZA (P.T.+D.D.E.), procedura finalizată prin încheierea contractului de achiziție nr. 68/29.11.2010, încheiat cu SC SCA.MO.TER SRL.

În cadrul documentației de atribuire, publicată în Sistemul Electronic al Achizițiilor Publice (SEAP) autoritatea contractantă a publicat în cadrul Fișei de Date a Achiziției toate cerințele care trebuiau îndeplinite de către operatorii economici interesați.

De la data publicării invitației de participare nr. 270293 din 27.10.2010 și până la data deschiderii ofertelor respectiv 12.11.2010 ora 11:00 nu au fost solicitate clarificări cu privire la documentația de atribuire postată electronic pe SEAP și nu au fost depuse contestații.

La data ședinței de deschidere, respectiv 12.11.2010 ora 11:00 au fost depuse un număr de 2 oferte, de către următorii operatori economici:

- 1) SC SCA.MO.TER SRL
- 2) SC INTERACTIVE DESIGN S.R.L

În urma analizării ofertelor de către Comisia de evaluare oferta depusă de SC SCA.MO.TER SRL a fost declarată admisibilă, fiind declarată câștigătoare.

Oferta depusă de operatorul economic SC INTERACTIVE DESIGN S.R.L a fost considerată neconformă în baza art. 79, alin. 1, din HG 925/2006, motivat de faptul că nu a răspuns la solicitarea de clarificări a autorității contractante în termenul stabilit prin art. 11 alin. 5 din HG 925/2006.

În baza Notei de Neconformitate a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, FN întocmită în data de 05.04.2013 având ca obiect stabilirea corecțiilor financiare prin aplicarea corecției de 25% în baza prevederilor pct.2.1 și 2.3. din Anexa la OUG nr 66/2011 se rețin următoarele presupuse încălcări a prevederilor în materia achizițiilor publice:

A) Nepublicarea la nivelul invitației de participare nr. 270293/27.10.2010 a criteriilor de calificare impuse la nivelul Fișei de Date a Achiziției de către Autoritatea Contractantă.

La data respectiva: 27.10.2010 formatul electronic al invitației de participare din SEAP, nu permitea menționarea criteriilor de calificare decât la nivelul unui număr restrâns de caractere calculate (maxim 2000 de caractere) inclusiv spațiile libere dintre cuvinte. Din acest motiv, Autoritatea

Națională de Reglementare a Achizițiilor Publice a acceptat la momentul respectiv formularea în spațiu: „Criterii de calificare” a sintagmei: „ Conform documentației de atribuire”.

Aceasta acceptare din partea Autorității Naționale de Reglementare a Achizițiilor Publice a venit în urma faptului că odată cu publicarea prescurtata a tuturor cerințelor de calificare impuse de către Autoritatea Contractanta în spațiul creat pe SEAP la momentul respectiv, informația transmisă operatorilor economici era total neclară și neconcludentă. Abrevierile utilizate pentru încadrarea în numărul maxim de caractere ar fi determinat publicare unor informații inteligibile, care ar fi condus la imposibilitatea operatorilor economici de a înțelege care sunt de fapt criteriile de calificare impuse de autoritatea contractantă.

Acceptarea mențiunii „Conform documentației de atribuire” de către Autoritatea Națională de Reglementare a Achizițiilor Publice este întemeiată și corectă deoarece întreaga Documentație de Atribuire implicit Fișa de Date a Achiziției conținând toate criteriile de calificare impuse au fost publicate în SEAP, cum de altfel se menționează și la nivelul invitației de participare, în spațiul destinat acestei informații, respectiv: „modul de obținere a documentației de atribuire”, unde a precizat expres ca „Documentația este publicată în SEAP „ Dovada publicării întregii documentații de atribuire în SEAP rezultă din anexa intitulată: „Documentație și clarificări pentru invitația numărul 270293” - publicat în SEAP, documentația de atribuire regăsindu-se la ultima poziție din anexa, în fișier PDF.

Cu toate acestea, pârâta apreciază ca au fost încălcate prevederile punctului 2.1 din anexa la OUG 66/2011 și aplica corecție de 25% din valoarea contractului de achiziție nr. 68/29.11.2010, încheiat cu SC SCA.MO.TER SRL pentru nerespectarea cerințelor privind asigurarea unui grad adecvat de publicitate și transparența, abaterea constând în faptul atribuirii contractului fără lansarea adecvată a unei proceduri competitive, nerespectându-se, în opinia pârâtei, principiul transparenței, reținere total netemeinică și nelegală pentru considerentele ce vor urma:

Autoritatea Contractanta a respectat principiul transparenței, documentația de atribuire a fost publicată în SEAP, în format electronic, toți potențialii operatori economici interesați putând descărca întreaga documentație, implicit Fișa de Date a Achiziției conținând toate criteriile necesare, structurate într-o formă lizibilă și clară, fără prescurtări și fără lipsa spațiilor între cuvinte, fără nici o noimă așa cum se putea promova la acel moment la nivelul Invitației de Participare în SEAP, în spațiul adecvat criteriilor de calificare.

Acest fapt este susținut la momentul prezent de modificarea totală a formatului de publicare la nivelul Sistemului Electronic de Achiziții Publice a documentațiilor de atribuire și invitației de participare, dându-se posibilitatea autorităților contractante de publicare a tuturor informațiilor referitoare la criteriile de calificare fără a mai avea o restricționare din partea sistemului cu privire la numărul de caractere.

Și în situația în care, la momentul inițierii procedurii de achiziție publice, respectiv 27.10.2010, nu existau restricții în privința numărului maxim de caractere pentru introducerea criteriilor de calificare, potențialii operatori economici erau obligați să deschidă documentația de atribuire - fișa de date achiziție - care conține informații esențiale pentru întocmirea ofertelor, cum ar fi: perioada de valabilitate a ofertei, constituirea garanției de participare, modul de prezentare a propunerii tehnice, modul de prezentare a propunerii financiare, modul de prezentare a ofertei, posibilitatea retragerii/modificării ofertei, garanția de bună execuție a contractului.

Principiul egalității de tratament și cel al nediscriminării impus pentru asigurarea transparenței, respectiv asigurarea accesului la informații a oricărui ofertant interesat să participe la procedura s-a

realizat prin publicarea în format electronic a documentației de atribuire în SEAP, motiv pentru care nu se poate reține abaterea reglementată de 2.1 din Anexa OUG nr. 66/2011.

B) A doua presupusă încălcare a prevederilor în materia achizițiilor publice reținute de pârâta în baza Notei de Neconformitate a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, FN întocmită în data de 05.04.2013 se referă la: solicitarea prezentării ca cerința minimă de calificare la nivelul Fișei de Date a Achiziției: „cel puțin unul din contractele reprezentând experiența similară să fie însoțit de o declarație din partea beneficiarului din care să rezulte faptul că proiectul a fost acceptat spre finanțare din fonduri structurale”. Introducerea acestei cerințe minime de calificare reprezintă, în opinia pârâtei, abaterea reglementată de pct. 2.3 din Anexa la OUG nr. 66/2011: aplicarea unor criterii de calificare și selecție sau a unor factori de evaluare nelegali. Reținerea pârâtei este netemeinică și nelegală pentru următoarele motive:

Întocmirea în condiții calitative a Proiectului Tehnic și a Detaliilor de Execuție aferente este un lucru primordial în realizarea calitativă a oricărui contract de execuție de lucrări. Un proiect tehnic cu informații clare și coerente, cu respectarea tuturor prescripțiilor tehnice a informațiilor financiare, a respectării cheltuielilor eligibile conform Ghidului Solicitantului și a grilelor de evaluare garantează o verificare eficientă și din partea Organismului Intermediar și a Autorității de Management și implicit o execuție calitativă.

Solicitarea unei declarații din partea beneficiarului din care să rezulte faptul că proiectul a fost acceptat spre finanțare din fonduri structurale urmărește ca proiectantul să fi avut o minimă experiență în elaborarea și înțelegerea tuturor cerințelor necesare accesării fondurilor structurale și acceptării proiectelor spre finanțare, indiferent de natura Programului în baza căreia au fost accesate fondurile. Prin permiterea prezentării unei declarații fără a face precizarea restrictivă că fondurile să fi fost obținute strict pe Programul Operațional Regional 2007-2013, Axa 1- Poli de dezvoltare urbană durabilă, cerința nu reprezintă o îngrădire în sensul invocat de Pârâtă, respectiv prevederile art. 178 alin.1 și 2 din OUG 34/2006.

Pârâta reține în nota de neconformitate contestată că, impunerea unei astfel de cerințe minime de calificare ar fi fost de natura să restricționeze participarea altor potențiali operatori este lipsită de material probator. Sarcina probei incumbea autorității competente în gestionarea fondurilor europene emitenta a notei de neconformitate contestate, respectiv a deciziei contestate, ori, o astfel de proba nu a fost administrată. În acest sens, niciun potențial operator economic sau ofertant participant nu a depus contestație cu privire la documentația de atribuire și nici nu au fost solicitate clarificări în acest sens.

În situația în care alți operatori economici ar fi dorit să participe la procedură și ar fi fost împiedicați de aceste criterii impuse de autoritatea contractantă, aceștia ar fi avut posibilitatea să formuleze plângere la Consiliul National pentru Soluționarea Contestațiilor, în conformitate cu art. 255 și urm din OUG nr. 34/2006. Ori, o astfel de plângere nu a fost formulată de niciun potențial operator economic.

Mai mult decât atât, pârâta nu a făcut dovada prejudiciului cauzat ca urmare a presupusei nereguli. Astfel, potrivit art.2 alin. 1, lit. a din OUG 66/2011: prin neregulă se înțelege: „orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit.

Pentru a fi în prezenta unei nereguli, trebuie întrunite cumulativ mai multe condiții:

- a) să fie săvârșite abateri de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile națională și/sau europene precum și cu prevederile contractelor sau al altor angajamente legal încheiate,
- b) abaterea să fie săvârșită prin acțiunea sau inacțiune, de către un beneficiar sau o autoritate cu competență în gestionarea fondurilor europene
- c) prin aceasta abatere să fie creat un prejudiciu sau să se poată crea un prejudiciu bugetului U.E. /bugetelor donatorilor internaționali și sau fondurilor publice naționale printr-o sumă plătită necuvenit.

Din interpretarea textului nu rezultă ca orice abatere presupune implicit existența unui prejudiciu sau potențialitatea lui, așa cum susține parata, ci acestea trebuie dovedite, ori pârâta nu a administrat nicio probă în acest sens.

Prin urmare, premisa aplicării de corecții financiare în conformitate cu prevederile anexei ordonanței consta în existența unei abateri de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu prevederile privind achizițiile publice, iar prin aceasta abatere să se fi cauzat un prejudiciu sau să fie apta de a produce un astfel de prejudiciu, printr-o suma plătită necuvenit. Sub aspect procedural, mijloacele de proba trebuie să facă dovada existenței situației premisa (abaterea) cat si a existentei si întinderii prejudiciului ori a posibilității certe de a produce un asemenea prejudiciu, pentru a ne afla in prezenta unei nereguli.

Nu se poate vorbi de existența unui prejudiciu motivat de faptul că:

Conform invitației de participare cu nr. 270293 din 27.10.2010, publicată în SEAP, valoarea estimată a achiziției, publicată de autoritatea contractantă este de 159.519,33 lei fără TVA. Contractul de prestări de servicii încheiat de către autoritatea contractantă cu operatorul economic desemnat câștigător, respectiv SC SCA.MO.TER SRL fiind de 39.900 lei fără TVA. Prin urmare, nu se poate vorbi de un prejudiciu în condițiile în care contractul a fost atribuit la o valoare mult inferioară valorii estimate indicate în anunțul de participare.

Mai mult decât atât, pentru argumentele anterior menționate, nu se poate retine săvârșirea vreunei abateri de la legalitate, regularitate și conformitate. În tot cuprinsul Notei de Neconformitate a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, nu se demonstrează concret prejudiciul cauzat bugetului Uniunii Europene sau fondurilor publice naționale din care s-a făcut cofinanțarea proiectului derulat de către Autoritatea Contractantă ci doar se spune ca s-au încălcat prevederile art. 8 alin. 1 lit. a din HG 925/2006, respectiv:

ART.8, 1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care:

- a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

Dar legiuitorul, în art. 9 al aceluiași act normativ, precizează care sunt situațiile în care se prezumă restricționarea participării la procedura de achiziție publică, autoritatea contractantă respectând întru totul prevederile prevăzute la lit. a-e din HG 925/2006.

Fapta Autorității Contractante ar fi fost de a natură a prejudicia bugetul Uniunii Europene sau fondurile publice naționale din care s-a făcut cofinanțarea proiectului în măsura în care s-ar fi dovedit ca au existat operatori economici care să fi depus oferta în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică care au fost respinse ca inacceptabile, urmare a faptului că nu

îndeplineau cerințele minime considerate restrictive de către echipa de control sau datorită nepublicării la nivelul Invitației de Participare.

Totodată nu s-a dovedit faptul că au existat operatori economici interesați de atribuirea contractului de prestări servicii care să fi renunțat la intenția de participare la procedura de atribuire, urmare a faptului că nu îndeplineau aceste cerințe minime de calificare.

În ipoteza în care instanța de judecată admite punctele 1, 2 și 3 formulate în acțiunea introductivă de instanță, anulând titlul de creanță, respectiv nota de neconformitate și informarea privind plata cheltuielilor aprobate în cerea de rambursare nr. 1, menținute prin decizia 71/15.07.2013, părțile trebuie repuse în situația anterioară, pârâta urmând a fi obligată la restituirea sumei de 11.483,25 lei (inclusiv TVA) reținute din prima cerere de rambursare și a dobânzii de referință BNR aferente.

Astfel, prin cererea de rambursare nr. 1/30.01.2013 Municipiul Sibiu a solicitat rambursarea sumei de 75.514,16 lei și 16.299,89 lei TVA. Din totalul sumei de 75.514,16 lei, suma de 1.510,28 lei reprezintă contribuția Municipiului Sibiu de 2%, rezultă că Autoritatea de management ar fi trebuit să ramburseze suma de 74.003,87 lei (75.514,16 - 1.510,28) și suma de 16.299,89 lei TVA. Ca urmare a stabilirii corecției prin nota de neconformitate atacată în prezenta acțiune, ne-a fost rambursată doar suma 64.779,62 lei și suma de 14.040,89 lei TVA, așa cum rezultă din extrasul de cont anexat prezentei. Prin urmare suntem îndreptățiți la primirea sumei de 9.224,25 lei (74.003,87 lei - 64.779,62 lei) și suma de 2.259 lei TVA (16.299,89 - 14.040,89 lei)

În ceea ce privește obligarea pârâtei la piața dobânzii de referință a BNR: potrivit art. 42 din OUG 66/2011 neplata creanței bugetare la termenul scadent ar fi atras în sarcina Municipiului Sibiu obligația de plată a unei dobânzi care se calculează prin aplicarea ratei dobânzii datorate la soldul rămas de plată din contravaloarea în lei a creanței bugetare. Rata dobânzii datorate este rata dobânzii de referință a Băncii Naționale a României. Pe baza de simetrie, în situația invalidării de către instanță a titlului de creanță, pârâta datorează dobânzi în același quantum, motivat de faptul că până la data efectivă a plății Municipiul Sibiu este privat de dreptul de a folosi în alte scopuri sumele avansate.

În drept, acțiunea a fost întemeiată pe prevederile art. 51 alin. 2, art. 2 alin. 1 lit. a), art. 17 din OUG 66/2011, art. 10 alin. 1 ind. 1, art. 11 din Legea nr. 554/2004, OUG 34/2006, HG nr. 925/2006, art. 194 și urm. Noul Cod de procedura civilă, 1341 Noul cod civil.

În dovedirea acțiunii au fost depuse la dosar în copie înscrisuri.

- 1) Nota de neconformitate din 05.04.2013
- 2) Informarea privind plata cheltuielilor aprobate în cererea de rambursare nr. 1 cu nr. înrg. 21434/15.05.2013
- 3) Contestația nr. 36694/12.06.2013
- 4) Decizia nr. 71/15.07.2013
- 5) Cererea de rambursare nr. 1/30.01.2013
- 6) Extras de cont la data de 30.04.2013
- 7) Sentința civilă nr. 262/R/2012 a Curții de Apel Timișoara
- 8) Decizia nr. 4985/2012 a Înaltei Curți de Casație și Justiție
- 9) Extras din Ghidul Solicitantului Axa prioritară 1 - Sprijinirea dezvoltării durabile a orașelor - Poli Urbani de creștere.
- 10) Contract de finanțare nr. 3053/2012.
- 11) Dosarul achiziției publice care cuprinde Documentația de atribuire publicată în SEAP : contractul de prestări servicii nr. 68/29.11.2010, fișa de date a achiziției, caiet de sarcini, formulare, date de contract.

Legal citat, pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE a depus întâmpinare la dosar, prin care a solicitat respingerea acțiunii ca nefondate, arătând în esență următoarele:

Reclamanta a încheiat Contractul de finanțare nr. 3053/16.05.2012- cod SMIS 36154, din cadrul Programului Operațional Regional 2007- 2013, pentru proiectul cu titlul "Modernizare strada 9 Mai", beneficiar UAT Municipiul Sibiu.

Cu ocazia verificării Cererii de rambursare nr. 1, Direcția Generală Autorizare și Plăți Programe din cadrul instituției pârâte a constatat faptul că Autoritatea Contractantă a atribuit contractul de servicii întocmire PT + DDE nr. 68/29.11.2010 către SC SCA.MO.TER SRL.

În cadrul acestei proceduri s-au identificat abateri de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice, aferente contractului de servicii mai sus menționat și a fost aplicată o reducere procentuală de 25%, în baza art. 6 alin. (3) din O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/ sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

Cu ocazia verificării Cererii de rambursare nr. 1, emisă de către beneficiar, s-au constatat următoarele abateri de la legislația achizițiilor publice în vigoare la data desfășurării procedurii:

1) în invitația de participare nr. 270293/27.10.2010 nu sunt publicate și nici menționate criteriile de calificare și selecție prevăzute în documentația de atribuire, astfel la pct.III.2.1) Criterii de calificare fiind publicat doar "Conform documentație de atribuire".

2) în Fișa de date a achiziției la pct. V.4 Capacitatea tehnică și/sau profesională se solicită - "Cel puțin unul din contractele reprezentând experiența similară să fie însoțit de o declarație din partea beneficiarului din care să rezulte faptul că proiectul a fost acceptat spre finanțare din fonduri structurale".

Pentru abaterile constatate, autoritatea cu competențe în gestionarea fondurilor europene, în conformitate cu prevederile pct. 2.1 și 2.3 din Anexa la OUG nr. 66/2011 a aplicat o reducere procentuală de 25% din valoarea contractului de servicii întocmire PT + DDE nr. 68/29.11.2010 încheiat cu SC SCA.MO.TER SRL. Valoarea reducerii procentuale este de 9.975 lei.

Referitor la nepublicarea la nivelul invitației de participare nr. 270293/27.10.2010 a criteriilor de calificare impuse la nivelul Fișei de date a achiziției

- art.2 alin. (2) lit. d) din OUG nr.34/2006, "Principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt: d) transparența".

- art. 125 alin. 2 lit. d) din OUG nr. 34/2006, „Invitația de participare cuprinde cel puțin următoarele informații: d) dacă se solicită îndeplinirea unor criterii minime de calificare, menționarea acestora.”

- art. 178 alin. (1) din OUG nr.34/2006: " în cazul în care, pentru criteriile de natura celor prevăzute la art. 176 lit. c) și d), autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați, atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate, conform principiului transparenței, în cadrul invitației/anunțului de participare".

- art. 179 alin. (3) din același act normativ prevede: "Criteriile de calificare și selecție I precizate în cadrul invitației/anunțului de participare trebuie să fie aceleași cu cele precizate în cadrul documentației de atribuire".

- art. 11 alin. (1) și (2) din HG nr.925/2006: "Atunci când solicită îndeplinirea anumitor criterii de calificare, autoritatea contractantă trebuie să precizeze în anunțul de participare și în documentația de atribuire informațiile pe care operatorii economici urmează să le prezinte în acest scop, precum și documentele specifice prin care se pot confirma informațiile respective".

Din interpretarea coroborată a textelor legale enunțate reiese faptul că reclamanta a introdus criteriile minime pe care nu le-a inclus și în anunțul de participare.

Pentru a respecta atât prevederile legale cât și principiul transparenței, reclamanta trebuia să menționeze în anunțul de participare toate criteriile de calificare pe care urmează să ie solicitate precum și toate documentele justificative specifice pe care le va solicita în acest sens.

Cunoașterea criteriilor minime de calificare de către ofertanți, precum și a documentelor specifice prin care se vor confirma criteriile de calificare, de la data la care a fost publicat anunțul de participare este esențială, pentru ca operatorii economici să poată cunoaște faptul dacă se pot sau nu califica la respectiva procedura de licitație, să poată să își pregătească documentele specifice solicitate și să poată lua hotărârea dacă vor participa sau nu la procedura de licitație.

Conform pct.2, subpct. 2.1 din Anexa la OUG nr.66/2011 referitor la conceptul de "asigurarea unui grad adecvat de publicitate", se menționează că principiul egalității de tratament și cel al nediscriminării impun o obligație de transparență care constă în garantarea, în favoarea oricărui potențial ofertant, a unui grad de publicitate care să permită atribuirea contractului în condiții adecvate de competiție.

Aplicarea principiului transparenței presupune aducerea la cunoștința publicului a tuturor informațiilor referitoare la aplicarea procedurii de atribuire, înainte ca aceasta să fie finalizată, astfel încât, ofertantul respectiv să-și poată exprima interesul de a participa la procedura respectivă.

În lipsa acestor cerințe minime de calificare în anunț, fiind doar mențiunea "conform documentației de atribuire", nu s-a asigurat un grad adecvat de publicitate, fiind astfel încălcat principiul transparenței potrivit art. 2 alin. (2) lit. d) din OUG nr. 34/2006.

Cât privește afirmația contestatarului, potrivit căreia la data respectivă 27.10.2010 formatul electronic al invitației de participare din SEAP, nu permitea menționarea criteriilor de calificare decât la nivelul unui număr restrâns de caractere calculate inclusiv spațiile libere dintre cuvinte. Motiv pentru care ANRMAP a acceptat la momentul respectiv formularea în spațiul destinat a sintagmei: "Conform documentației de atribuire", aceasta nu este suficientă, întrucât în acea perioadă toate autoritățile contractante foloseau prescurtări în vederea încadrării în numărul de caractere oferit de SEAP.

În ceea ce privește susținerea reclamantei în sensul că ANRMAP a acceptat publicarea anunțului de participare în SEAP având menționat la Secțiunea III Criterii de calificare "Conform documentației de atribuire", dispozițiile art. 32 indice 4 din H.G. nr. 457/2008 privind cadrul instituțional de coordonare și de gestionare a instrumentelor structurale, dispun:

"(1) în cazul în care autoritatea de management consideră că au existat încălcări ale legislației comunitare sau naționale privind achizițiile publice, aceasta stabilește și aplică corecții financiare, în condițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

(2) în exercitarea atribuției prevăzute la alin. (1), autoritatea de management nu este condiționată în luarea deciziilor de activitățile desfășurate de ANRMAP și UCVAP potrivit dispozițiilor art. 32 indice 2 și art. 33 indice 3".

Astfel, chiar dacă ANRMAP a acceptat publicarea anunțului doar cu această mențiune, nu exonerează reclamanta de răspundere în cazul constatării unei abateri de la prevederile legale în materie de achiziție publică, beneficiarul fiind răspunzător pentru conformitatea procedurii.

Referitor la solicitarea prezentării ca cerința minimă de calificare la nivelul Fișei de date a achiziției a "cel puțin unul din contractele reprezentând experiența similară să fie însoțit de o declarație din partea beneficiarului din care să rezulte faptul că proiectul a fost acceptat spre finanțare din fonduri structurale":

- art. 178 alin. (2) din OUG nr.34/2006 prevede: "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire".

- art. 8 din HG nr.925/2006: (1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care:

- a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;
- b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.

(2) Atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției.

- art. 188 alin. (2): "în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

a) o listă a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați. Prestările de servicii se confirmă prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar. În cazul în care beneficiarul este un client privat și, din motive obiective, operatorul economic nu are posibilitatea obținerii unei certificări/confirmări din partea acestuia, demonstrarea prestărilor de servicii se realizează printr-o declarație a operatorului economic".

Din coroborarea textelor legale menționate mai sus, rezultă că scopul îndeplinirii de către operatorii economici a unor cerințe de calificare este de a demonstra potențialul tehnic, financiar și organizatoric al acestora, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă de a realiza un anumit contract de achiziție publică și capacitatea de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia.

Referitor la experiența similară, art. 188 din OUG nr. 34/2006 precizează că, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora prezentarea unei liste care să conțină, în funcție de obiectul contractului, principalele servicii prestate.

Pe cale de consecință, demonstrarea experienței similare prin impunerea prezentării unei declarații de către operatorul economic din care să rezulte faptul că proiectul a fost acceptat spre finanțare din fonduri structurale, încalcă atât dispozițiile art. 188 anterior menționate, cât și principiile prevăzute la art. 2 din OUG nr. 34/2006, având ca efect restricționarea participării operatorilor economici la procedura de atribuire.

Având în vedere că în speța de față este vorba de un contract de servicii întocmire Proiect tehnic și Detalii de execuție (PT + DDE), între sursa de finanțare și modul de întocmire a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție nu există o legătură care să-i permită reclamantei și folosească acceptarea spre finanțare a proiectelor finanțate numai din fonduri structurale ca și cerință minimă de calificare.

Altfel spus, potențialii operatori economici care au întocmit Proiecte tehnice și Detalii de execuție din alte surse de finanțare au fost împiedicați să participe la această procedură.

Totodată, așa cum prevede și art. 8 alin. (2) din HG nr. 925/2006, autoritatea contractantă trebuia să motiveze aceste cerințe printr-o notă justificativă unde se stabilesc cerințele minime de calificare, însă, în nota justificativă nr. 147400/26.10.2010 privind stabilirea cerințelor minime de calificare pentru atribuirea contractului de prestări servicii, autoritatea contractantă nu motivează în niciun fel această solicitare.

Astfel, reclamanta a făcut abstracție de faptul că există proiecte finanțate și din alte surse de finanțare cum ar fi Bugetul de Stat, Banca Mondială, Banca Europeană de Investiții etc., excluzând în acest fel din cadrul procedurii ofertanții care nu au derulat contracte finanțate din fonduri externe nerambursabile.

Mai mult decât atât, reclamanta nu numai că a limitat sursa de finanțare a unor alte eventuale contracte de proiectare, dar a precizat expres că „experiența similară să fie însoțită de o declarație din partea beneficiarului din care să rezulte faptul că proiectul a fost acceptat spre finanțare”. Prin urmare, UAT Municipiul Sibiu impune ofertanților ca dovadă a experienței lor similare fapta unui terț, de a primi sau nu finanțare din fonduri europene. Cu alte cuvinte, pentru a avea dreptul să participe la procedură ofertanții trebuie să dovedească că alți beneficiari ai serviciilor prestate de ei, în proiectele pe care terții le-au realizat au obținut un anumit rezultat, respectiv aprobarea spre finanțare.

Potrivit prevederilor Ghidului Solicitantului aferente domeniului de intervenție 1 Axa prioritară 1, regulile și condițiile procesului de evaluare implică mult mai multe etape decât simpla existență a unui proiect tehnic respectiv a unor detalii de execuție. O primă etapă se referă la conformitatea administrativă și eligibilitatea cererilor de finanțare individuale, conformitate care vizează forma de organizare a solicitantului, existența documentelor care să dovedească dreptul de proprietate, sursele de finanțare, etc. în condițiile în care această etapă este îndeplinită, se trece la evaluarea tehnică și financiară a cererilor de finanțare, care presupune verificarea următoarelor aspecte:

- Capacitatea solicitantului de a implementa proiectul precum și calitatea metodologiei de implementare a proiectului;
- Capacitatea solicitantului de a monitoriza implementarea proiectului - Gradul de pregătire/maturitate a proiectului;
- Coerența documentației (studiul de fezabilitate/ documentația tehnico-economică);
- Relevanța soluției tehnice pentru proiect [după caz] Strategia de marketing și de administrare a structurii de sprijinire a afacerilor, planul de reutilizare a investiției respective etc.;
- Măsura în care proiectul necesită cofinanțare din fonduri nerambursabile - Coerența și realitatea bugetului proiectului;

- Implementarea măsurilor de promovare a egalității de șanse, a dezvoltării durabile, a eficienței energetice și a societății informaționale;
- Sustenabilitatea proiectului după încetarea finanțării nerambursabile (inclusiv sustenabilitatea financiară)

Existența unui proiect tehnic respectiv a unor detalii de execuție reprezintă doar două elemente dintr-o listă mult mai complexă de condiții ce trebuie îndeplinite, cumulativ, pentru ca un proiect să poată fi aprobat spre finanțare.

În raport cu cele menționate mai sus, un prestator de servicii, în cazul de față proiectantul, nu poate fi condiționat, în participarea la o procedură de licitație, de faptele și acțiunile unui terț, de capacitatea respectivului terț de a îndeplini toate condițiile anterior menționate în vederea întocmirii corespunzătoare a unei cereri de finanțare eligibile de a primi o finanțare nerambursabilă din fonduri structurale.

În consecință, potrivit dispozițiilor legale invocate mai sus, prin cerințele minime impuse de către reclamantă, s-a restricționat accesul posibililor ofertanți la procedura de achiziție, fiind impusă o anumită sursă de finanțare pentru derularea contractului de servicii, sursă care nu poate influența activitatea specifică derulată în baza acestui contract.

În ceea ce privește susținerile reclamantei în sensul inexistenței unui prejudiciu, s-a arătat că în cauză s-a săvârșit o neregulă, în sensul art. 2 slin. (1), lit. a) din O.U.G. nr. 66/2011, potrivit căruia neregula reprezintă "orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit".

Potrivit prevederilor legale mai sus enunțate, pentru a fi în prezența unei nereguli, trebuie să existe o abatere, care constă în acțiunea/inacțiunea beneficiarului prin care s-a încălcat prevederile legale în vigoare și ale contractului de finanțare, precum și un prejudiciu ce constă în suma plătită necuvenit.

În speță, neregula constă în acțiunea beneficiarului de a se abate de la dispozițiile/legale în materia achizițiilor publice, precum și de la prevederile contractului de finanțare. Prin neregula săvârșită s-a adus astfel prejudicii atât bugetului Uniunii Europene cât și bugetului de stat, prin încasarea de către beneficiar a unor sume plătite necuvenit. Dispozițiile art. 2 alin. (4) din O.U.G. nr. 66/2011, stipulează că termenii de ... "prejudiciu" ... "au semnificația dată de reglementările incidente și de ghidurile lor de aplicare, emise de Uniunea Europeană/donatorul public internațional".

Art. 2 pct. 7. din Regulamentul (CE) nr. 1083/2006 al Consiliului U.E "neregularitate" înseamnă orice încălcare a unei dispoziții a dreptului comunitar care rezultă dintr-un act sau dintr-o omisiune a unui operator economic care are sau ar putea avea ca efect un prejudiciu la adresa bugetului general al Uniunii Europene prin imputarea unei cheltuieli necorespunzătoare bugetului general.

Referitor la „existența sau potențialitatea unui efect prejudiciabil al încălcării/abaterii pentru bugetul general al Uniunii Europene...”, art. 1 din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2988/95 al Consiliului U.E. din 18 decembrie 1995 - privind protecția intereselor financiare ale Comunităților Europene prevede: „(1) în scopul protejării intereselor financiare ale Comunităților Europene, se adoptă prin prezenta o reglementare generală privind controalele uniforme, măsurile și sancțiunile administrative privind abaterile de (a dreptul comunitar. (2) Constituie abatere orice încălcare a

unei dispoziții de drept comunitar, ca urmare a unei acțiuni sau omisiuni a unui agent economic, care poate sau ar putea prejudicia bugetul general al Comunităților sau bugetele gestionate de acestea, fie prin diminuarea sau pierderea veniturilor acumulate din resurse proprii, colectate direct în numele Comunităților, fie prin cheltuieli nejustificate.”

O neregulă cu impact financiar reprezintă o situație în care s-a realizat plata unor fonduri ce constituie cheltuieli nejustificate, prejudiciindu-se astfel bugetul european. Cheltuielile sunt considerate eligibile dacă sunt în conformitate cu Hotărârea Guvernului nr. 759/2007 privind regulile de eligibilitate a cheltuielilor efectuate în cadrul operațiunilor finanțate prin programele operaționale, cu modificările și completările ulterioare. Astfel, art. 2, alin. (1), lit. d) din actul normativ mai sus enunțat, se stipulează faptul că: „Pentru a fi eligibilă, o cheltuială trebuie să îndeplinească cumulativ următoarele condiții cu caracter general, fără a încălca prevederile alin. (3), art. 3, art. 4 și art. 5 alin. (2): să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare”.

Conform celor menționate mai sus, abaterile de la prevederile legislației naționale și comunitare se sancționează, consecința fiind neeligibilitatea acelor cheltuieli. Potrivit dispozițiilor art. 28 din același act normativ, valoarea creanței bugetare stabilită în baza prevederilor art. 27 se calculează prin stabilirea de corecții financiare în conformitate cu prevederile anexei, în cazul de față cu 25%. Reclamanta a acceptat finanțarea nerambursabilă și s-a angajat să implementeze proiectul pe propria răspundere, în conformitate cu prevederile cuprinse în contract și cu legislația națională și comunitară în vigoare.

Contractul de finanțare este un acord cu termeni specifici, privind furnizarea, în anumite condiții, a finanțării nerambursabile pentru acoperirea parțială a costurilor eligibile efectuate în vederea implementării unui proiect și o condiție esențială pentru ca o cheltuială să fie eligibilă, este ca aceasta să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare. În drept: art. 205 din Codul de Procedură Civilă.

Analizând actele și lucrările dosarului, instanța a reținut următoarele:

Reclamanta a încheiat Contractul de finanțare nr. 3053/16.05.2012- cod SMIS 36154, din cadrul Programului Operațional Regional 2007- 2013, pentru proiectul cu titlul "Modernizare strada 9 Mai", beneficiar UAT Municipiul Sibiu.

Cu ocazia verificării Cererii de rambursare nr. 1, Direcția Generală Autorizare și Plăți Programe din cadrul instituției pârâte a constatat faptul că Autoritatea Contractantă a atribuit contractul de servicii întocmire PT + DDE nr. 68/29.11.2010 către SC SCA.MO.TER SRL.

În cadrul acestei proceduri s-au identificat abateri de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice, aferente contractului de servicii mai sus menționat și a fost aplicată o reducere procentuală de 25%, în baza art. 6 alin. (3) din O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/ sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

Cu ocazia verificării Cererii de rambursare nr. 1, emisă de către beneficiar, s-au constatat următoarele abateri de la legislația achizițiilor publice în vigoare la data desfășurării procedurii: în invitația de participare nr. 270293/27.10.2010 nu sunt publicate și nici menționate criteriile de calificare și selecție prevăzute în documentația de atribuire, astfel la pct.III.2.1) Criterii de calificare fiind publicat doar "Conform documentație de atribuire"; în Fișa de date a achiziției la pct. V.4 Capacitatea tehnică și/sau profesională se solicită - "Cel puțin unul din contractele reprezentând experiența similară să fie însoțit de o declarație din partea beneficiarului din care să rezulte faptul că proiectul a fost acceptat spre finanțare din fonduri structurale".

Pentru abaterile constatate, autoritatea cu competențe în gestionarea fondurilor europene, în conformitate cu prevederile pct. 2.1 și 2.3 din Anexa la OUG nr. 66/2011 a aplicat o reducere procentuală de 25% din valoarea contractului de servicii întocmit PT + DDE nr. 68/29.11.2010 încheiat cu SC SCA.MO.TER SRL. Valoarea reducerii procentuale este de 9.975 lei.

Referitor la nepublicarea la nivelul invitației de participare nr. 270293/27.10.2010 a criteriilor de calificare impuse la nivelul Fișei de date a achiziției, se rețin următoarele:

- art.2 alin. (2) lit. d) din OUG nr.34/2006, prevede: "Principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt: d) transparența".
- art. 125 alin. 2 lit. d) din OUG nr. 34/2006, „Invitația de participare cuprinde cei puțin următoarele informații: d) dacă se solicită îndeplinirea unor criterii minime de calificare, menționarea acestora.”
- art. 178 alin. (1) din OUG nr.34/2006: " în cazul în care, pentru criteriile de natura celor prevăzute la art. 176 lit. c) și d), autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați, atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate, conform principiului transparenței, în cadrul invitației/anunțului de participare".
- art. 179 alin. (3) din același act normativ prevede: "Criteriile de calificare și selecție I precizate în cadrul invitației/anunțului de participare trebuie să fie aceleași cu cele precizate în cod oii documentației de atribuire".
- art. 11 alin. (1) și (2) din HG nr.925/2006: "Atunci când solicită îndeplinirea anumitor criterii de calificare, autoritatea contractantă trebuie să precizeze în anunțul de participare și în documentația de atribuire informațiile pe care operatorii economici urmează să le prezinte în acest scop, precum și documentele specifice prin care se pot confirma informațiile respective".

Din interpretarea coroborată a textelor legale enunțate reiese faptul că reclamanta a introdus criterii minime pe care nu le-a inclus și în anunțul de participare. Pentru a respecta atât prevederile legale cât și principiul transparenței, reclamanta trebuia să menționeze în anunțul de participare toate criteriile de calificare pe care urmează să le solicite precum și toate documentele justificative specifice pe care le va solicita în acest sens.

Cunoașterea criteriilor minime de calificare de către ofertanți, precum și a documentelor specifice prin care se vor confirma criteriile de calificare, de la data la care a fost publicat anunțul de participare este esențială, pentru ca operatorii economici să poată cunoaște faptul dacă se pot sau nu califica la respectiva procedură de licitație, să poată să își pregătească documentele specifice solicitate și să poată lua hotărârea dacă vor participa sau nu la procedura de licitație.

Conform pct.2, subpunctul 2.1 din Anexa la OUG nr.66/2011 referitor la conceptul de "asigurarea unui grad adecvat de publicitate", se menționează că principiul egalității de tratament și cel al nediscriminării impun o obligație de transparență care constă în garantarea, în favoarea oricărui potențial ofertant, a unui grad de publicitate care să permită atribuirea contractului în condiții adecvate de competiție.

Aplicarea principiului transparenței presupune aducerea la cunoștința publicului a tuturor informațiilor referitoare la aplicarea procedurii de atribuire, înainte ca aceasta să fie finalizată, astfel încât, ofertantul respectiv să-și poată exprima interesul de a participa la procedura respectivă.

În lipsa acestor cerințe minime de calificare în anunț, fiind doar mențiunea "conform documentației de atribuire", nu s-a asigurat un grad adecvat de publicitate, fiind astfel încălcat principiul transparenței potrivit art. 2 alin. (2) lit. d) din OUG nr. 34/2006.

Cât privește afirmația contestatarului, potrivit căreia „la data respectivă 27.10.2010 formatul electronic al invitației de participare din SEAP, nu permitea menționarea criteriilor de calificare decât la nivelul unui număr restrâns de caractere calculate inclusiv spațiile libere dintre cuvinte. Motiv pentru care ANRMAP a acceptat la momentul respectiv formularea în spațiul destinat a sintagmei: "Conform documentației de atribuire", aceasta sintagmă nu este suficientă, întrucât în acea perioadă toate autoritățile contractante foloseau prescurtări în vederea încadrării în numărul de caractere oferit de SEAP.

În ceea ce privește susținerea reclamantei în sensul că ANRMAP a acceptat publicarea anunțului de participare în SEAP având menționat la Secțiunea III Criterii de calificare "Conform documentației de atribuire", dispozițiile art. 32 indice 4 din H.G. nr. 457/2008 privind cadrul instituțional de coordonare și de gestionare a instrumentelor structurale, dispun:

"(1) în cazul în care autoritatea de management consideră că au existat încălcări ale legislației comunitare sau naționale privind achizițiile publice, aceasta stabilește și aplică corecții financiare, în condițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

(2) în exercitarea atribuției prevăzute la alin. (1), autoritatea de management nu este condiționată în luarea deciziilor de activitățile desfășurate de ANRMAP și UCVAP potrivit dispozițiilor art. 32 indice 2 și art. 33 indice 3".

Astfel, chiar dacă ANRMAP a acceptat publicarea anunțului doar cu această mențiune, nu exonerează reclamanta de răspundere în cazul constatării unei abateri de la prevederile legale în materie de achiziție publică, beneficiarul fiind răspunzător pentru conformitatea procedurii.

Referitor la solicitarea prezentării ca cerința minimă de calificare la nivelul Fișei de date a achiziției a "cel puțin unul din contractele reprezentând experiența similară să fie însoțit de o declarație din partea beneficiarului din care să rezulte faptul că proiectul a fost acceptat spre finanțare din fonduri structurale":

- art. 178 alin. (2) din OUG nr.34/2006 prevede: "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire".

- art. 8 din HG nr.925/2006: (1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care:

- a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;
- b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.

(2) Atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției.

- art. 188 alin. (2): "în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea

contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

a) o listă a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați. Prestările de servicii se confirmă prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar. În cazul în care beneficiarul este un client privat și, din motive obiective, operatorul economic nu are posibilitatea obținerii unei certificări/confirmări din partea acestuia, demonstrarea prestărilor de servicii se realizează printr-o declarație a operatorului economic".

Din coroborarea textelor legale menționate mai sus, rezultă că scopul îndeplinirii de către operatorii economici a unor cerințe de calificare este de a demonstra potențialul tehnic, financiar și organizatoric al acestora, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă de a realiza un anumit contract de achiziție publică și capacitatea de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia.

Referitor la experiența similară, art. 188 din OUG nr 34/2006 precizează că, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora prezentarea unei liste care să conțină, în funcție de obiectul contractului, principalele servicii prestate. Pe cale de consecință, demonstrarea experienței similare prin impunerea prezentării unei declarații de către operatorul economic din care să rezulte faptul că proiectul a fost acceptat spre finanțare din fonduri structurale, încalcă atât dispozițiile art. 188 anterior menționat, cât și principiile prevăzute la art. 2 din OUG nr. 34/2006, având ca efect restricționarea participării operatorilor economici la procedura de atribuire.

Având în vedere că în speța de față este vorba de un contract de servicii întocmit Proiect tehnic și Detalii de execuție (PT + DDE), între sursa de finanțare și modul de întocmire a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție nu există o legătură care să-i permită reclamantei să folosească acceptarea spre finanțare a proiectelor finanțate numai din fonduri structurale ca și cerință minimă de calificare. Altfel spus, potențialii operatori economici care au întocmit Proiecte tehnice și Detalii de execuție din alte surse de finanțare au fost împiedicați să participe la această procedură.

Totodată, așa cum prevede și art. 8 alin. (2) din HG nr. 925/2006, autoritatea contractantă trebuia să motiveze aceste cerințe printr-o notă justificativă unde se stabilesc cerințele minime de calificare. Însă, în nota justificativă nr. 147400/26.10.2010 privind stabilirea cerințelor minime de calificare pentru atribuirea contractului de prestări servicii, autoritatea contractantă nu motivează în niciun fel această solicitare.

Astfel, reclamanta a făcut abstracție de faptul că există proiecte finanțate și din alte surse de finanțare cum ar fi Bugetul de Stat, Banca Mondială, Banca Europeană de Investiții etc, excluzând în acest fel din cadrul procedurii ofertanții care nu au derulat contracte finanțate din fonduri externe nerambursabile.

Mai mult decât atât, reclamanta nu numai că a limitat sursa de finanțare a unor alte eventuale contracte ce proiectare, dar a precizat expres că „experiența similară să fie însoțită de o declarație din partea beneficiarului din care să rezulte faptul că proiectul a fost acceptat spre finanțare”. Prin urmare, UAT Municipiul Sibiu impune ofertanților ca dovadă a experienței lor similare fapta unui terț de a primi sau nu finanțare din fonduri europene. Cu alte cuvinte, pentru a avea dreptul să participe la procedură ofertanții trebuie să dovedească că alți beneficiari ai serviciilor prestate de

ei, în proiectele pe care terții le-au realizat au obținut un anumit rezultat, respectiv aprobarea spre finanțare.

Potrivit prevederilor Ghidului Solicitantului aferente domeniului de intervenție 1 Axa prioritară 1, regulile și condițiile procesului de evaluare implică mult mai multe etape decât simpla existență a unui proiect tehnic respectiv a unor detalii de execuție. O primă etapă se referă la conformitatea administrativă și eligibilitatea cererilor de finanțare individuale, conformitate care vizează forma de organizare a solicitantului, existența documentelor care să dovedească dreptul de proprietate, sursele de finanțare, etc. în condițiile în care această etapă este îndeplinită, se trece la evaluarea tehnică și financiară a cererilor de finanțare, care presupune verificarea următoarelor aspecte:

- Capacitatea solicitantului de a implementa proiectul precum și calitatea metodologiei de implementare a proiectului;
- Capacitatea solicitantului de a monitoriza implementarea proiectului, -G radul de pregătire/maturitate a proiectului;
- Coerența documentației (studiul de fezabilitate/ documentația tehnico-economică);
- Relevanța soluției tehnice pentru proiect [după caz] Strategia de marketing și de administrare a structurii de sprijinire a afacerilor, planul de reutilizare a investiției respective etc.;
- Măsura în care proiectul necesită cofinanțare din fonduri nerambursabile - Coerența și realitatea bugetului proiectului;
- Implementarea măsurilor de promovare a egalității de șanse, a dezvoltării durabile, a eficienței energetice și a societății informaționale;
- Sustenabilitatea proiectului după încetarea finanțării nerambursabile (inclusiv sustenabilitatea financiară).

Existența unui proiect tehnic respectiv a unor detalii de execuție reprezintă doar două elemente dintr-o listă mult mai complexă de condiții ce trebuie îndeplinite, cumulativ, pentru ca un proiect să poată fi aprobat spre finanțare. În raport cu cele menționate mai sus, un prestator de servicii, în cazul de față proiectantul, nu poate fi condiționat, în participarea la o procedură de licitație, de faptele și acțiunile unui terț, de capacitatea respectivului terț de a îndeplini toate condițiile anterior menționate în vederea întocmirii corespunzătoare a unei cereri de finanțare eligibile de a primi o finanțare nerambursabilă din fonduri structurale.

În consecință, potrivit dispozițiilor legale invocate mai sus, prin cerințele minime impuse de către reclamantă, s-a restricționat accesul posibililor ofertanți la procedura de achiziție, fiind impusă o anumită sursă de finanțare pentru derularea contractului de servicii, sursă care nu poate influența activitatea specifică derulată în baza acestui contract.

În ceea ce privește susținerile reclamantei în sensul inexistenței unui prejudiciu, se reține că în cauză s-a săvârșit o neregulă, în sensul art. 2 alin. (1), lit. a) din O.U.G. nr. 66/2011, potrivit căruia neregula reprezintă "orice abatere ce ia legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit".

Potrivit prevederilor legale mai sus enunțate, pentru a fi în prezența unei nereguli, trebuie să existe o abatere, care constă în acțiunea/inacțiunea beneficiarului prin care s-a încălcat prevederile legale în vigoare și ale contractului de finanțare, precum și un prejudiciu ce constă în suma plătită necuvenit. În speță, neregula constă în acțiunea beneficiarului de a se abate de la dispozițiile/legale în materia achizițiilor publice, precum și de la prevederile contractului de finanțare.

Prin neregula săvârșită s-a adus astfel prejudicii atât bugetului Uniunii Europene cât și bugetului de stat, prin încasarea de către beneficiar a unor sume plătite necuvenit.

Dispozițiile art. 2 alin. (4) din O.U.G. nr. 66/2011, stipulează că termenii de ... "prejudiciu" ... "au semnificația dată de reglementările incidente și de ghidurile lor de aplicare, emise de Uniunea Europeană/donatorul public internațional".

Art. 2 pct. 7. din Regulamentul (CE) nr. 1083/2006 al Consiliului U.E "neregularitate" înseamnă orice încălcare a unei dispoziții a dreptului comunitar care rezultă dintr-un act sau dintr-o omisiune a unui operator economic care are sau ar putea avea ca efect un prejudiciu la adresa bugetului general al Uniunii Europene prin imputarea unei cheltuieli necorespunzătoare bugetului general.

Referitor la „existența sau potențialitatea unui efect prejudiciabil al încălcării/abaterii pentru bugetul general al Uniunii Europene...”, art. 1 din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2988/95 al Consiliului U.E. din 18 decembrie 1995 - privind protecția intereselor financiare ale Comunităților Europene prevede: „(1) în scopul protejării intereselor financiare ale Comunităților Europene, se adoptă prin prezenta o reglementare generală privind controalele uniforme, măsurile și sancțiunile administrative privind abaterile de la dreptul comunitar. (2) Constituie abatere orice încălcare a unei dispoziții de drept comunitar, ca urmare a unei acțiuni sau omisiuni a unui agent economic, care poate sau ar putea prejudicia bugetul general al Comunităților sau bugetele gestionate de acestea, fie prin diminuarea sau pierderea veniturilor acumulate din resurse proprii, colectate direct în numele Comunităților, fie prin cheltuieli nejustificate.”

O neregulă cu impact financiar reprezintă o situație în care s-a realizat plata unor fonduri ce constituie cheltuieli nejustificate, prejudiciindu-se astfel bugetul european. Cheltuielile sunt considerate eligibile dacă sunt în conformitate cu Hotărârea Guvernului nr. 759/2007 privind regulile de eligibilitate a cheltuielilor efectuate în cadrul operațiunilor finanțate prin programele operaționale, cu modificările și completările ulterioare. Astfel, art. 2, alin. (1), lit. d) din actul normativ mai sus enunțat, se stipulează faptul că: „Pentru a fi eligibilă, o cheltuială trebuie să îndeplinească cumulativ următoarele condiții cu caracter general, fără a încălca prevederile alin. (3), art. 3, art. 4 și art. 5 alin. (2): să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare”.

Conform celor menționate mai sus, abaterile de la prevederile legislației naționale și comunitare se sancționează, consecința fiind neeligibilitatea acelor cheltuieli. Potrivit dispozițiilor art. 28 din același act normativ, valoarea creanței bugetare stabilită în baza prevederilor art. 27 se calculează prin stabilirea de corecții financiare în conformitate cu prevederile anexei, în cazul de față cu 25%. Reclamanta a acceptat finanțarea nerambursabilă și s-a angajat să implementeze proiectul pe propria răspundere, în conformitate cu prevederile cuprinse în contract și cu legislația națională și comunitară în vigoare.

Contractul de finanțare este un acord cu termeni specifici, privind furnizarea, în anumite condiții, a finanțării nerambursabile pentru acoperirea parțială a costurilor eligibile efectuate în vederea implementării unui proiect și o condiție esențială pentru ca o cheltuială să fie eligibilă, este ca aceasta să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare. Reclamanta nu a răsturnat prezumția de legalitate a actelor administrative atacate, astfel că, instanța reținând că acțiunea nu este fondată, o va respinge.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Respinge acțiunea formulată de *reclamanta* UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ - MUNICIPIUL SIBIU, cu sediul în Sibiu județul Sibiu, în contradictoriu cu *pârâtul* MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, cu sediul în București, ca nefondată.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, azi 20.12.2013.

Dosar nr. 734/39/2012*

CURTEA DE APEL SUCEAVA
SECȚIA A II -A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIA NR. 6604
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 11 SEPTEMBRIE 2013

Pe rol, se află judecarea recursului formulat de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice (MDRAP) - Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, cu sediul în București, sector 5 București, împotriva sentinței nr. 2220 din 14.03.2013 pronunțată de Tribunalul Suceava - Secția de Contencios Administrativ și Fiscală, în dosar nr. 734/39/2012*, intimat fiind contestatorul Unitatea Administrativ Teritorială Suceava, cu sediul în Suceava, Jud. Suceava. La apelul nominal, făcut în ședință publică a răspuns consilier juridic G A pentru contestator, lipsă fiind reprezentantul recurentei. Procedura de citare este legal îndeplinită.

S-a făcut referatul cauzei, după care, instanța, în temeiul art. 159¹ alin. 4 Cod procedură civilă, art. 3 pct. 3, art. 299 alin. 1, 2 din Codul de procedură civilă și art. 8 și 10 alin. 1 teza I din Legea nr. 554/2004 se declară competentă general, material și teritorial să soluționeze cauza și constatând că nu s-au invocat chestiuni prealabile, constată recursul în stare de judecată și acordă cuvântul la dezbateri.

Consilier juridic G A, reprezentantul contestatorului solicită respingerea recursului ca nefondat și menținerea sentinței instanței de fond ca fiind legală și temeinică. În susținerea solicitărilor sale arată că, OUG nr. 66/2011 modifică major sensul Ordonanței nr. 34/2006, iar uzitarea ei pentru aplicarea sancțiunilor este într-adevăr o încălcare a principiului neretroactivității. Declarând dezbaterile închise, după deliberare,

CURTEA,

Asupra recursului de față, constată următoarele:

Prin acțiunea înregistrată pe rolul Curții de Apel Suceava - Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal sub nr.734/39/2012 din 28.08.2012, reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială județul Suceava a solicitat anularea Deciziei nr. 96 din 21.05.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, prin Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, prin care s-a respins contestația administrativă formulată împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare aferentă contractului de finanțare nr. 977/29.10.2010, cod SMIS 15820, iar pe fond admiterea contestației și anularea notei de constatare a corecțiilor financiare, implicit corecția financiară impusă și să se constate că cerințele de calificare în special și întreaga documentație în general nu excede în nici un fel cadrulul legal instituit prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, ambele cu modificările și completările ulterioare.

În motivarea cererii sale, reclamanta a arătat că prin semnarea contractului de finanțare nr. 977/29.10.2010, Unitatea Administrativ Teritorială județul Suceava, prin Consiliul Județean Suceava, și-a asumat atât drepturile cât și obligațiile ce decurg din implementarea proiectului „Paștele în Bucovina” cod SMIS 15820, finanțat în cadrul Programului Operațional Regional 2007 - 2013, pe Axa 5 - Dezvoltarea durabilă și promovarea turismului, Domeniul major de intervenție 5.3. Promovarea potențialului turistic și crearea infrastructurii necesare, în scopul creșterii atractivității

României ca destinație turistică - Dezvoltarea și consolidarea turismului intern prin sprijinirea promovării produselor specifice și a activităților de marketing specifice. Această asumare s-a făcut într-un anumit și definit cadru legal în vigoare la acea dată și care a fost respectat pe toată perioada de implementare a proiectului.

Ulterior finalizării procedurilor de achiziție publică și a implementării proiectului, Direcția Generală Autoritatea de Management - Programul Operațional Regional a elaborat o notă privind suspiciunea de neregulă cu privire la modalitatea de atribuire a contractului de servicii de promovare, înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. 3097/23.02.2011, prestator fiind S.C. „MUȘAȚINU” S.A. Suceava. Potrivit procedurilor, Unitatea Administrativ Teritorială județul Suceava a fost notificată cu privire la pretense încălcări ale legislației în materia achizițiilor publice și i s-a solicitat un punct de vedere cu privire la conținutul proiectului de notă de constatare.

Consiliul Județean Suceava, în calitate de autoritate contractantă, a transmis adresa nr. 3531/06.03.2012 privind punctul său de vedere, respectiv faptul că nota de constatare nereguli transmisă cu adresa nr. CA-20423/16.03.2012 conține elemente evidente de subiectivism și netemeinice. A arătat că raționamentul care a stat la baza incriminării și sancționării introducerii criteriului de calificare criticat este bazat pe o presupunere și nu pe un fapt cert. Totodată, orice operator economic poate participa la o procedură de achiziție publică iar în cauză, cel în sarcina căruia s-a atribuit contractul de servicii are dreptul de a elabora și aplica o strategie privind activitățile, materialele etc. ce vor fi create în îndeplinirea contractului și în conformitate cu specificațiile minime cuprinse în caietul de sarcini.

A mai arătat că susținerea conform căreia motivarea autorității contractante astfel cum a fost precizată în nota justificativă nu este în măsură a răspunde obligației de motivare instituite prin lege este neîntemeiată întrucât legislația nu distinge modul în care trebuie întocmită o astfel de motivare iar acest fapt nu poate limita autoritatea contractantă în a aplica criteriul de calificare instituit în fișa de date a achiziției și care face obiectul prezentelor dezbateri. Așa fiind, organul emitent al notei de constatare nu poate sancționa o faptă pentru care nu are argumentul legal și procedural al incriminării acesteia.

În ceea ce privește pct. 3 al notei de constatare, reclamanta l-a criticat pentru nelegalitate întrucât, la locul indicat, organul emitent a precizat că „susținerea conform căreia faptele, în mod legal și procedural nu există, iar afectarea procedurii este doar o ipoteză, eronată, pentru motivele menționate la punctele anterioare”. Astfel, a solicitat să se precizeze care sunt motivele de fapt și de drept cu argumentele temeinice și legale pentru înlăturarea explicațiilor transmise cu adresa nr. 3531/2012 însă comisia de soluționare a contestațiilor nu a înțeles să răspundă în vreun fel acestei solicitări.

A mai arătat reclamanta că din cuprinsul documentului intitulat „Suspiciune de neregulă” înregistrat sub nr. VT-5830/25.01.2012 și din cuprinsul notei de constatare nu reiese în nici un fel care a fost criteriul prin aplicarea căruia faptele considerate nelegale au fost încadrate în categoria faptelor cu gravitate ridicată. Totodată, cele invocate în cuprinsul pct. 7 lit. b) al notei de constatare sunt neaplicabile procedurii ce face obiectul prezentei contestații. Astfel, etnograful reprezintă o persoană ce lucrează în cadrul unui muzeu și, deși nu deține o diplomă care să ateste calitatea de etnograf, are atestat de expert în domeniul bunuri cu semnificație etnografică.

Așa fiind, contestatorul s-a adresat Muzeului Bucovinei luând cunoștință de faptul că etnograful trebuie să prezinte obiceiurile și tradițiile din Bucovina și să elaboreze o broșură privind manifestațiile culturale din România. Astfel, a cerut un expert în domeniul bunuri cu semnificație etnografică din Bucovina deoarece condiția de etnograf nu este definită de nicio altă legislație aplicabilă.

Având în vedere aceste motive, reclamanta consideră că cerința de calificare privind deținerea de personal cu calificări specifice este legală și justificată. Așa fiind, nu se poate vorbi despre o nerelevanță sau disproporționalitate a unor solicitări minime, normale dar obligatorii în această speță pentru ca autoritatea contractantă să beneficieze de servicii de calitate.

La datele inițierii, desfășurării și finalizării procedurii de atribuire a contractului de servicii supus criticilor și nici ulterior acestora nici un act normativ ori vreo interpretare cu caracter de obligativitate nu a prevăzut ca fiind restrictive criteriile de calificare impuse de autoritatea contractantă, astfel că sancționarea Unității Administrativ Teritoriale județul Suceava este netemeinică și nelegală. În drept, reclamanta a invocat dispozițiile art. 51 al. 2 din O.U.G. nr. 66/2011 și art. 10 al. 1 și 3 din Legea nr. 554/2004, iar în dovedirea cererii a depus înscrisuri la dosar.

Prin întâmpinarea depusă la dosar la data de 28.09.2012, pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, având în vedere dispozițiile art. 10 alin. I din Legea nr. 554/2004, a invocat excepția necompetenței materiale a Curții de Apel Suceava - Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal, arătând că, în speță, UAT Suceava a formulat o cerere de chemare în judecată prin care a solicitat anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 20423/16.03.2012 emisă de MDRT, titlu de creanță prin care s-a stabilit în sarcina reclamantei un debit în valoare de 28.075,98 lei, solicitând declinarea cauzei spre competență soluționare către secția de contencios administrativ și fiscal a Tribunalului Suceava. Totodată, solicită introducerea în cauză a Autorității de Audit din cadrul Curții de Conturi a României.

A arătat că instituția a dus la îndeplinire constatările consemnate de Autoritatea de Audit a Curții de Conturi în raportul de audit, în conformitate cu dispozițiile art. 5 lit. c), art. 21 al. 26, art. 24, art. 31 al. 1 și 2 și art. 511 din O.U.G. nr. 66/2011, întocmind nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 18145/09.03.2012, care are caracter de act subsecvent, fiind emisă ca urmare a constatărilor din Raportul de audit de operațiuni pentru POR nr. 51648/AP/22.12.2011,, întocmit de către Autoritatea de Audit din cadrul Curții de Conturi a României.

Așa fiind, trebuie avut în vedere faptul că cele două acte trebuie să facă împreună obiectul cercetării judiciare. Pe fondul cauzei, pârâtul a arătat că s-a constatat încălcarea de către reclamantă a legislației privind achizițiile publice, fiind astfel identificată o neregulă în conformitate cu prevederile al. 2 al. 1 lit. a) din O.U.G. nr. 66/2011. Având în vedere faptul că deficiența are o gravitate semnificativă, a fost stabilită o corecție de 10% din valoarea de 230.131 lei fără TVA, aferentă contractului de servicii nr. 3097/23.02.2011, respectiv suma de 23.013,10 lei. Astfel, valoarea corecției financiare este de 23.013,10 lei și TVA recuperabilă 5.523,14 lei, respectiv 10% aplicabilă la valoarea eligibilă a contractului de servicii nr. 3097/23.02.2011 în sumă de 230.131 lei, fără TVA.

Valoarea creanței bugetare rezultate din aplicarea corecției financiare pentru contractul de servicii promovare nr. 3097/23.02.2011 este de 28.075,98 lei, inclusiv TVA, care reprezintă: contribuție din fonduri UE: 19.561,14 lei - 85%, contribuție publică națională (bugetul de stat): 1.991,70 lei - 13% și TVA recuperabilă: 5.523,14 lei. Așa fiind, pârâtul a solicitat respingerea contestației formulate de reclamantă, ca nefondată și menținerea actelor emise de instituția pârâtă ca legale și temeinice.

Prin sentința nr. 297 din 08.10.2012, pronunțată în dosarul nr. 734/39/2012, Curtea de Apel Suceava a declinat competența de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului Suceava, reținând următoarele:

Conform art. 10 alin.(1) din Legea nr.554/2004 a contenciosului administrativ - „litigiile privind actele administrative emise sau încheiate de autoritățile publice locale și județene, precum și cele care privesc taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora de până la 500.000 de lei se soluționează în fond de tribunalele administrativ-fiscale, iar cele privind actele administrative emise sau încheiate de autoritățile publice centrale, precum și cele care privesc taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora mai mari de 500.000 de lei se soluționează în fond de secțiile de contencios administrativ și fiscal ale curților de apel, dacă prin lege organică specială nu se prevede altfel.”

Potrivit notei de constatare nr.20423/16.03.2012 emisă de pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, cuantumul creanței bugetare rezultate din aplicarea corecției financiare pentru contractul de servicii promovare nr.3097/23.02.2011 este de 28.075,88 lei. Nota de constatare învederată constituie titlu de creanță bugetară, potrivit art. 21 al. 20, 21 din O.U.G. nr. 66/2011.

Cauza a fost înregistrată sub nr. 734/39/30.10.2012, pe rolul Tribunalului Suceava iar prin încheierea de ședință din data de 21 februarie 2013 a fost respinsă cererea privind introducerea în cauză a Autorității de Audit din cadrul Curții de Conturi a României formulată de pârât.

Prin *sentința nr. 2220 din 14 martie 2013* Tribunalul Suceava a admis cererea având ca obiect „contestație act administrativ fiscal”, formulată de contestatorul Județul Suceava, în contradictoriu cu intimatul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București și a anulat Decizia nr. 96/21.05.2012 și nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare.

Pentru a hotărî astfel, tribunalul a constatat că, potrivit art. 15 alin. 2 din Constituție legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile.

Contractul de finanțare nr. 977 s-a încheiat la data de 29.10.2010, data la care era în vigoare OG nr. 79/2003, abrogată expres prin OUG nr. 66/2011.

Or, analizând actele contestate se observă că neregula imputată și consecințele sale au fost apreciate prin prisma dispozițiilor legii noi, iar nu a OG nr. 79/2003, act normativ în vigoare la data derulării procedurii de achiziție publică, care a circumscris sub aspect material conduita autorității contractante și care continuă să producă efecte în ceea ce privește situațiile juridice născute și definitive sub imperiul ei.

Procedând astfel, pârâtul a înfrânt principiul neretroactivității, nota de constatare și decizia nr. 96 din 21.05.2012 fiind emise cu nerespectarea legii aplicabile în timp.

Sub un alt aspect, tribunalul a reținut că nota contestată nu cuprinde o constatare și o apreciere proprie, ci, după cum arată chiar pârâtul, acesta „a dus la îndeplinire constatările consemnate de

Autoritate de Audit a Curții de Conturi în raportul de audit”, fapt pentru care a și cerut introducerea acesteia în cauză.

Însă, auditorii externi au semnalat numai o suspiciune de neregulă, au opinat în sensul nerespectării art. 178 alin. 2 din OUG nr. 34/2006 și au recomandat luarea de măsuri, iar autoritatea pârâtă trebuia să verifice suspiciunea de neregulă, să o analizeze și să o motiveze într-o manieră proprie, cu atât mai mult cu cât ANRMAP a validat anunțul transmis pentru publicare, ceea ce a și permis demararea procedurii pe care o pretinde acum ca fiind incorectă.

Prin urmare, întrucât pârâtul a urmat ”concluziile, constatările și recomandările” Autorității de Audit a Curții de Conturi, tribunalul consideră că atribuțiile sale au fost exercitate pur formal, fără să reprezinte voința proprie a autorității emitente.

De altfel, instanța nu este de acord nici cu reținerea neregulii din moment ce impunerea cerinței de calificare era rezonabilă față de obiectul proiectului, înscriindu-se în marja de apreciere a autorității contractante, nu era de natură să restricționeze participarea operatorilor economici la procedura de atribuire, aspect care rezultă și din faptul că nu au fost formulate contestații, și în niciun caz nu se poate vorbi de existența unei deficiențe semnificative care să fi prejudiciat bugetul Uniunii Europene, astfel că aplicarea corecției financiare nu se justifică.

Împotriva acestei sentințe, în termen legal a declarat recurs Ministerul Dezvoltării **Regionale și Administrației Publice (MDRAP) - Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene**. În motivare a arătat că, sentința instanței de fond este insuficient motivată. Potrivit art. 261 alin. 1 Cod procedură civilă hotărârea trebuie să cuprindă motivele de fapt și de drept care au format convingerea instanței precum și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților. Înalta Curte de Casație și Justiție prin Decizia nr. 1330/1996 a stabilit că, „constituie motiv de casare nu numai inexistența motivării, dar și insuficiența ei”. Astfel, instanța de fond nu a prezentat motivele pentru care a admis acțiunea promovată de UATJ Suceava. Recurentul mai arată că, hotărârea judecătorească a fost dată cu depășirea atribuțiilor judecătorești, în speță neputându-se discuta de aplicarea retroactivă a disp. OUG nr. 66/2011.

Din interpretarea acestui text legal, rezultă per a contraria că activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare desfășurate după data intrării în vigoare a ordonanței se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor nr. 66/2011. În speță, activitatea de control s-a desfășurat în baza Ordinului MDRAP nr. 215/02.02.2012, echipa de control încheind titlul de creanță la data de 16.03.2011, deci după intrarea în vigoare a ordonanței, astfel că rezultă indubitabil că acest act normativ nu a fost aplicat retroactiv. În acest sens, s-a pronunțat și Curtea de Apel București, prin sentința civilă nr. 6737/15.11.2011 în soluționarea dosarului nr. 9180/2/2011.

Mai subliniază faptul că sancțiunea din Ordonanța Guvernului nr. 79/2003, în cazul constatării unei abateri de la legalitate, ar fi fost declararea ca neeligibile a cheltuielilor efectuate în cadrul proiectului, cu alte cuvinte o corecție de 100%. Constatându-se că aplicarea în timp a O.G. nr. 79/2003 a generat stabilirea unor debite excesive în sarcina beneficiarilor fondurilor europene, O.U.G. nr.66/2011 a consacrat prin art. 2 lit. n) principiul proporționalității.

Din analiza comparativă a dispozițiilor cuprinse în O.G. nr. 79/2003, cu modificările și completările ulterioare și O.U.G. nr. 66/2011 se constată că prevederile de natură fiscală ale celor doua

ordonanțe, reglementează în mod evident situații juridice obiective, așa încât, aplicarea unor corecții fiscale mai favorabile reglementate de legea nouă - O.U.G. nr. 66/2011 - unor situații juridice obiective (nereguli) consemnate sub imperiul legii vechi - O.G. nr. 79/2003 - nu încalcă principiul constituțional al neretroactivității legii consacrat de art. 15 alin.2 din Constituția României și nici principiul legalității consacrat în materia fiscală.

Diferit de reglementările de ordin fiscal, cele doua ordonanțe conțin și norme de procedură fiscală (constatarea neregulilor, căile de atac), așa încât sub aspectul activității de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare, legea nouă este de imediată aplicare, cu excepția situației tranzitorii reglementată de art. 66 din O.U.G. nr. 66/2011.

În măsura în care instanța constata că O.U.G. nr. 66/2011 încalcă prevederile art. 15 alin. (2) din Constituție, aceasta avea obligația sesizării Curții Constituționale, potrivit art. 29 alin. (2) din Legea nr.47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, republicată cu modificările și completările ulterioare, verificarea concordanței unei dispoziții legale în vigoare cu Constituția României fiind de competența exclusivă a acestei instituții. Prin urmare, deși invocată de reclamantă sub forma unui motiv de nelegalitate a unui act administrativ, critica referitoare la caracterul retroactiv al OUG nr. 66/2011 nu poate fi analizată de instanță.

Având în vedere faptul că instanța nu a procedat în acest fel, recurentul apreciază că aceasta și-a depășit atribuțiile, stabilind în mod arbitrar aplicabilitatea actului normativ, deși art. 66 prevede expres data de la care devine aplicabilă O.U.G. nr. 66/2011. În ceea ce privește lipsa prejudiciului, recurenta precizează că potrivit art. 2 alin. 1 lit. a) din OUG nr. 66/2011, pentru a fi în prezența unei nereguli, trebuie să existe o abatere, care constă în acțiunea/inacțiunea beneficiarului prin care s-au încălcat prevederile legale în vigoare și ale contractului de finanțare, precum și un prejudiciu ce constă în suma plătită necuvenit. În speță, neregula constă în acțiunea beneficiarului de a se abate de la dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, precum și de la prevederile contractului de finanțare, prin nerespectarea de către acesta a dispozițiilor în materia achizițiilor publice, Prin neregula săvârșită s-au adus astfel prejudicii atât bugetului Uniunii Europene cât și bugetului de stat, prin încasarea de către beneficiar a unor sume plătite necuvenit.

Mai subliniază faptul că prin încheierea contractului de finanțare, beneficiarul a acceptat finanțarea nerambursabilă și s-a obligat (conform clauzelor contractuale) să respecte prevederile legislației naționale în domeniul achizițiilor publice, nerespectarea acestor obligații conducând la neeligibilitatea cheltuielilor astfel efectuate. În concluzie a solicitat casarea sentinței recurate, iar în subsidiar, modificarea sentinței în sensul respingerii cererii ca nefondată. Pârâta legal citată nu a depus întâmpinare. Legal investită cu soluționarea căii de atac, **Curtea** va analiza cu prioritate problematica ce ține de respectarea principiului neretroactivității legii, rezolvarea acestui aspect având preeminență față de celelalte critici formulate, făcând de prisos abordarea lor.

Sorginta ivirii prezentului litigiu o constituie contractul de finanțare nr. 977 încheiat la data de 29.10.2010, dată la care era în vigoare O.G. nr. 79/2003, abrogată expres prin O.U.G. nr. 66/2011. Or, astfel cum în mod corect a statuat judecătorul fondului, neregulile imputate au fost stabilite prin prisma disp. O.U.G. nr. 66/2011, și nu a O.G. nr. 79/2003, act normativ în vigoare la momentul încheierii și derulării. Sub un prim aspect, prin principiul neretroactivității legii civile se înțelege regula juridică potrivit căreia o lege civilă se aplică numai situațiilor care se ivesc în practică după intrarea ei în vigoare, iar nu și situațiilor anterioare. A consimți altfel ar echivala cu a genera insecuritate juridică și socială.

Principiul neretroactivității legii își găsește consacrare în art. 6 din Codul civil, "Legea civilă este aplicabilă cât timp este în vigoare. Aceasta nu are putere retroactivă".

Totodată, alin. 2 al aceluiași act stipulează fetele și faptele juridice încheiate ori, după caz, săvârșite sau produse înainte de intrarea în vigoare a legii noi nu pot genera alte efecte juridice decât cele prevăzute de legea în vigoare la data încheierii sau, după caz, a săvârșirii ori producerii lor".

Art. 15 alin. 2 din Constituția României stipulează: „legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile”.

Prin prisma celor de mai sus, toți autorii de drept au consimțit că principiul neretroactivității este esențial pentru protecția dreptului omului în fața legii.

Caracterul de principiu constituțional al retroactivității nu îngăduie, în România nici o deosebire între legi, în funcție de domeniul de reglementare, bineînțeles cu excepțiile prev. de art. 15, alin. 2 din Constituție și de asemenea a legilor de interpretare, situații ce nu sunt date în cauză.

De altfel, Curtea Constituțională a subliniat în repetate rânduri caracterul universal al principiului expres: principiul neretroactivității este valabil pentru orice lege indiferent de domeniul de reglementare al acesteia”.

Punctând, în cauza pendinte recurenta a realizat verificările prin prisma dispozițiilor legii noi, iar nu a O.G. nr. 79/2003, act normativ în vigoare la data derulării achiziției, încalcând astfel principiul neretroactivității legii consfințit de art. 15 alin. 2 din Constituția României.

Vor fi înlăturate apărările recurente ce vizează caracterul mai favorabil al OUG nr. 66/2011, întrucât acestea exced textului de mai sus care prevede ca excepție de la regula neretroactivității doar legile penale și de interpretare, actul normativ analizat nefăcând parte cu certitudine din aceste categorii.

Concluzionând, cum reținerea motivelor de mai sus face de prisos abordarea celorlalte motive de recurs, văzând că soluția atacată este legală și temeinică, în baza disp. art. 312 Cod procedură civilă, Curtea va respinge recursul promovat ca nefondat.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII, DECIDE:

Respinge, ca nefondat, recursul declarat de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice (MDRAP) - Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, cu sediul în București, sector 5 București, împotriva sentinței nr. 2220 din 14.03.2013 pronunțată de Tribunalul Suceava - Secția de Contencios Administrativ și Fiscală, în dosar nr. 734/39/2012*, intimat fiind contestatorul Unitatea Administrativ Teritorială Suceava, cu sediul în Suceava, Jud. Suceava.

Irevocabilă. Pronunțată în ședința publică astăzi, 11 septembrie 2013.

CURTEA DE APEL SUCEAVA
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIA Nr. 7297
Ședința publică din 1 octombrie 2013

Pe rol, judecarea recursului promovat de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Suceava, cu sediul în municipiul Suceava, județul Suceava, împotriva sentinței nr. 2522 din 26 martie 2013 pronunțată de Tribunalul Suceava - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, intimată fiind Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli cu sediul în sectorul 5 al municipiului București și Autoritatea de Audit din Cadrul Curții de Conturi a României cu sediul în sectorul 1 al municipiului București. La apelul nominal, făcut în ședință publică, au răspuns consilier juridic G A pentru recurentă și consilier juridic I C pentru intimata Curtea de Conturi a României. Procedura legal îndeplinită.

S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință care a arătat că prin intermediul Serviciului arhivă, recurenta a depus duplicatul cererii de recurs.

După prealabila verificare conform dispozițiilor art. 159¹ alin. 4 din Codul de procedură civilă, instanța, în temeiul art. 3 pct. 3, art. 299 alin. 1 și 2 din Codul de procedură civilă și art. 8 și 10 alin. 1 teza 1 din Legea nr. 544/2004, s-a declarat competentă general, material și teritorial să soluționeze cauza.

Consilier juridic a depus împuternicirea primită de a reprezenta recurenta în prezenta cauză.

Consilier juridic I C, pentru intimata Autoritatea de Audit din cadrul Curții de Conturi a României, a depus delegație. A solicitat să i se înmâneze duplicatul cererii de recurs precizând că părții pe care o reprezintă nu i-a fost comunicat recursul. Instanța a dat curs solicitării reprezentantului intimatului și, nemaifiind cereri de formulat, a constatat recursul în stare de judecată și a acordat cuvântul la dezbateri.

Consilier juridic G A, pentru recurentă, a solicitat admiterea recursului, modificarea în tot a sentinței recurate și pe fond admiterea acțiunii în sensul anulării ca neîntemeiate atât a deciziei nr. 106 din 28 mai 2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin Direcția Generală de Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, cât și a Notei de constatare nereguli și de stabilire a corecțiilor financiare aferentă contractului de finanțare nr. 35 din 26 februarie 2009. În susținere a arătat că lucrările suplimentare executate în baza actului adițional nr.1 la contractul de lucrări, nu au fost incluse în contractul inițial, dar datorită unor circumstanțe imprevizibile (precipitații și stratul de uzură care nu mai corespundea) au devenit necesare pentru îndeplinirea contractului de lucrări și deci nu fac parte din categoria formelor ori opțiunilor de suplimentare ce ar li putea fi anticipate și care ar fi căzut sub imperiul anticipării costului conform art. art. 25 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006. A arătat de asemenea că modificările aduse documentației au fost inițiate și realizate de către proiectantul obiectivului care are drept de proprietate intelectuală asupra soluției tehnice fiind singurul răspunzător al soluțiilor adoptate inițial sau pe parcursul derulării execuției.

Consilier juridic I.C pentru intimata Autoritatea de Audit din cadrul Curții de Conturi a României, a arătat că lasă la aprecierea instanței modul de soluționare a recursului. Declarând dezbaterile închise, după deliberare,

CURTEA,

Asupra cauzei de față, constată:

Prin plângerea înregistrată la data de 28 august 2012 Unitatea Administrativ Teritorială Județul Suceava în contradictoriu cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene a solicitat să se dispună anularea Deciziei nr. 106 din 28 mai 2012 emisă de autoritatea pârâtă.

Prin sentința nr. 2522 din 26 martie 2013, Tribunalul Suceava - Secția Contencios Administrativ și Fiscal a admis excepția privind lipsa calității procesual pasive a Autorității de Audit din cadrul Curții de Conturi a României și în consecință a respins - pentru acest considerent - acțiunea reclamantei îndreptată împotriva acestei autorități și a respins - ca nefondată - acțiunea reclamantei îndreptată împotriva Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului prin Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene.

În motivarea soluției - în esență - s-a reținut că:

În considerentele acțiunii, reclamanta s-a referit la Actul adițional nr. 1/16 noiembrie 2009 încheiat la contractul nr. 12035/5 august 2009 și a arătat, în esență, că toate cantitățile prevăzute în fișa de comandă cât și în celelalte categorii de lucrări realizate în conformitate cu proiectul tehnic se regăsesc în teren. A mai precizat că lucrările din nota de comandă suplimentară-execuția a 4165mp de șanț perez turnat în câmp sunt pe deplin justificate și nu pot fi considerate neeligibile.

În procesul-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrat sub nr. CA 21240 din 20 martie 2012 s-a reținut că, urmare a memoriului tehnic nr. 12510/14.08.2009 (doc. 7) înaintat de proiectantul S.C. DIAFARM S.R.L. Suceava în care se propune micșorarea grosimii stratului de legătură BAD PC 25 și a grosimii stratului de uzură BA 16 și înlocuirea acestora cu mixturi asfaltice tip MASF, s-a aprobat emiterea unei dispoziții de șantier care modifică în cea mai mare parte caracteristicile pachetului de straturi și mixturi asfaltice inițial precizate în proiectul tehnic (doc.8) și în detaliile de execuție ca și înlocuirea dalelor prefabricate din componența șanțurilor pereate cu dale turnate monolit.

Urmare a dispoziției de șantier nr. 1/2009, completată prin dispoziția nr. 13336/31 august 2009, s-a eliminat de pe întregul tronson de drum (0+000 - 8+000) în totalitate stratul de mixtură BADPC 25, cantități care au fost stabilite conform devizului inițial MOD 108 în cadrul art. 26 (6.760 tone) și art. 27 (6.814 tone), aspecte care nu sunt reflectate corespunzător în antemăsurătoarea atașată notei de renunțare (doc. 11) și devizului aferent (doc. 12), unde sunt precizate la art. 26 (6.084 te pentru 7800 ml) și la art. 27 (565,33 tone pentru 725 ml).

În mod similar s-a eliminat integral de pe întregul tronson de drum (0+000 - 8+000) în totalitate stratul de mixtură BA 16, cantități care au fost stabilite conform devizului inițial MOD 108 în cadrul art. 28 (44.876 mp) și art. 29 (4.792 tone), aspecte care nu sunt reflectate corespunzător și în antemăsurătoarea atașată notei de renunțare (doc. 11) și devizului aferent (doc. 12), unde sunt precizate la art. 28 (40.770 mp pentru 6.792 ml) și la art. 29 (385,14 tone pentru 4160 mp).

În consecință, ținând cont numai de conținutul celor două articole de deviz s-a produs diminuarea semnificativă a valorii notei de renunțare, fapt ce a condus la creșterea nejustificată a Actului adițional nr.1 la contractul de execuție.

Urmare acestei constatări, s-a apreciat că întreaga valoare a Actului adițional nr. 1 nr. 17544/16 noiembrie 2009 la Contractul de lucrări nr. 12053/2010 din 5 august 2009 în sumă de 176.371,68 lei fără TVA reprezintă cheltuială neeligibilă.

Memoriul tehnic mai sus menționat face parte din documentația care a stat la baza încheierii Actului adițional nr. 1/16 noiembrie 2009.

Instanța a apreciat că susținerile reclamantei în sensul că lucrările din Nota de comandă suplimentară reprezintă o cheltuială eligibilă sunt nefondate, având în vedere că din înscrisurile aflate la dosar a rezultat nerespectarea dispozițiilor art. 5 alin. 1,4 din Ordinul comun nr. 607/2007, nr. 914/2007 pentru aprobarea categoriilor de cheltuieli eligibile pentru domeniul major de intervenție „Reabilitarea și modernizarea rețelei de drumuri județene, străzi urbane - inclusiv construcția/reabilitarea șoselelor de centură” în cadrul axei prioritare „îmbunătățirea infrastructurii de transport regionale și locale” din cadrul Programului operațional regional 2007 - 2013, care prevede că: „(1) Pentru investiția de bază sunt considerate cheltuieli eligibile cele efectuate pentru construcții și instalații, precum și pentru dotări.

(4) Cheltuielile aferente fiecărui obiect sunt determinate prin devizul pe obiect.”

Totodată s-a constatat că au fost încălcate dispozițiile art. 25 al.1 din O.U.G. nr. 34/2006 potrivit cu care: „(1) Autoritatea contractantă are obligația de a estima valoarea contractului de achiziție publică pe baza calculării și însumării tuturor sumelor plătibile pentru îndeplinirea contractului respectiv, fără taxa pe valoarea adăugată, luând în considerare orice forme de opțiuni și, în măsura în care acestea pot fi anticipate la momentul estimării, orice eventuale suplimentări sau majorări ale valorii contractului.”

De asemenea, s-a avut în vedere că nu a fost contestată necesitatea executării șanțului pereu, ci modalitatea prin care au fost stabilite lucrările la care se renunță în totalitate, cu neinclusiunea acestora în nota de renunțare aferentă.

Împotriva cestei sentințe a promovat recurs reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Suceava și în principal a arătat că în mod greșit prima instanță a reținut încălcarea dispozițiilor art. 25 (1) din O.U.G. 34/2006 în condițiile în care contractul nr. 12.053/2010 a fost atribuit prin procedura licitației deschise fiind menționată și valoarea estimată a contractului (4.405.465,72 lei fără TVA) și evidențiată în bugetul proiectului. A mai arătat că actul adițional la contractul de lucrări a fost încheiat cu respectarea dispozițiilor art. 122 lit. i) din O.U.G. 34/2006, iar lucrările suplimentare executate în baza acestui act adițional au fost impuse de existența unor circumstanțe imprevizibile imposibil de anticipat la data contractului - conform art. 25 (1) din O.U.G. 34/2006. A mai arătat că modificările aduse proiectului inițial sunt doar o schimbare a tipului de mixtură asfaltică așternută pe toată durata drumului și a tehnologiei de execuție a șanțurilor din beton, că acestea asigură un standard de calitate superior așa încât - în opinia sa - lucrările prevăzute în Nota de comandă aferentă Actului adițional (efectiv executate) reprezintă o cheltuială eligibilă - contrar celor reținute - nefundamentat - de prima instanță.

Criticile sunt nefondate.

La data de 26 februarie 2009 a fost semnat contractul de finanțare, între Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului în calitate de Autoritate de Management pentru Programul Operațional Regional, Agenția pentru Dezvoltare Regională Nord Est în calitate de Organism Intermediar și Unitatea Administrativ Teritorială Județul Suceava în calitate de Beneficiar, având o perioadă de implementare de 24 luni. Proiectul a avut ca obiectiv reabilitarea drumului județean DJ 208 S pe porțiunea dintre localitățile Dolhasca - Probota.

Contractul de finanțare 34 din 26 februarie 2009 impune Beneficiarului - în calitate de Autoritate Contractantă - printre alte obligații și Obligații privind respectarea dispozițiilor H.G. 759/2007 privind regulile de eligibilitate a cheltuielilor efectuate în cadrul operațiunilor finanțate prin programele operaționale. O.U.G. 34/2006 și H.G.925/2006 privind Normele de aplicare.

Problematika esențială pe care recurenta beneficiar al Proiectului - o supune analizei instanței constă în calificarea naturii cheltuielilor impuse de executarea lucrărilor ce fac obiect al Actului adițional nr. 1 din 16 noiembrie 2009 (în valoare de 176.371,68 lei fără TVA) dacă acestea puteau fi previzionale de Autoritatea Contractantă la data inițierii procedurii achiziției și evident, finalmente, dacă aceste cheltuieli sunt eligibile în sensul dispozițiilor H.G. 759/2007 și art. 5 (1) din Contractul de finanțare nr. 35 din 26 februarie 2009.

Lecturarea „Memoriului Tehnic” care a stat la baza încheierii Actului adițional nr. 1 din noiembrie 2009 (între recurentă în calitate de achizitor și S.C. ARGECOM S.A. Pitești în calitate de executant al lucrărilor) potrivit cu care prețul contractului inițial a fost majorat cu 176.371,68 lei fără TVA - (fila 86 dosar Tribunal) pune în evidență faptul că: tronsonul de drum care face obiectul proiectului se află în intravilanul localităților Dolhasca și Probota; că în zonă activitatea predominantă este agricultura, astfel încât, majoritatea locuitorilor dețin atelaje și cai grei, specifici zonei, pentru deplasare și transportul produselor agricole, argumente pentru care s-a concluzionat că „soluția adoptată cu mixturi asfaltice tip MASF permite circulația intensă cu trafic hipo, astfel suprafața de rulare nu este afectată de plăcile vidia ale cailor, față de soluția inițială când pe suprafața de rulare pătrundeau plăcile vidia, formând mici găuri care în timp, duceau la degradarea îmbrăcămintei datorită apei care se infiltra în sistemul rutier.”

Prin urmare, aspectele punctuale reținute în „Memoriul Tehnic” sunt de esență și specificului zonei respective, (Dolhasca - Probota) zonă agricolă în care locuitorii - pentru derularea acestor activități - dețin utilaje și cai grei așa încât, atât beneficiarul (recurenta) cât și executantul lucrărilor puteau prevedea la data inițierii achiziției soluțiile tehnice și financiare care să vină în întâmpinarea și să rezolve adecvat această problemă specifică, evident cu încadrarea în buget și cu respectarea standardelor calitative.

Criteriul ales de recurentă pentru atribuirea contractului „prețul cel mai scăzut” nu presupune rabat de la respectarea standardelor de calitate și nici deschiderea posibilităților de modificare ulterioară a soluțiilor tehnice cu consecințe asupra majorării prețului inițial - pentru circumstanțe ce puteau fi previzionate de achizitor la data inițierii procedurilor. A accepta contrariul, - raționamentul recurente - prin ajustarea prețului în varianta la care a recurs recurenta, ar însemna ca acesta să conducă la alterarea rezultatului procedurii, prin anularea/diminuarea avantajului competitiv pe baza căruia executantul a fost declarat câștigător în urma finalizării procedurii - art. 95 (5) din H.G. 925/2006. Așa fiind, Curtea constată că prin încheierea Actului adițional la Contractul inițial au fost angajate cheltuieli neeligibile, astfel încât, procesul-verbal încheiat de pârât privind constatarea neregulilor și stabilirea creanțelor bugetare - la 19 martie 2013 - este legal și temeinic.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII DECIDE:

Respinge recursul promovat de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Suceava, cu sediul în municipiul Suceava, județul Suceava, împotriva sentinței nr. 2522 din 26 martie 2013 pronunțată de Tribunalul Suceava - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, intimată fiind Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli cu sediul în sectorul 5 al municipiului București și Autoritatea de Audit din Cadrul Curții de Conturi a României cu sediul în sectorul 1 al municipiului București, ca nefondat.

Irevocabilă. Pronunțată în ședința publică din 1 octombrie 2013.

Dosar nr. 732/39/2012

CURTEA DE APEL SUCEAVA
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIA NR. 2393
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 03 MARTIE 2014

Pe rol, judecarea recursului formulat de pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice (fost MDRT) - Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București **împotriva sentinței nr.8131/10.12.2013, pronunțată de Tribunalul Suceava - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal** în dosarul nr.732/39/2012*, în contradictoriu cu intimata-reclamantă Unitatea Administrativ Teritorială Județul Suceava. La apelul nominal, făcut în ședința publică, a răspuns consilier juridic G A pentru intimată, lipsă fiind reprezentantul recurente. Procedura de citare este legal îndeplinită. S-a făcut referatul cauzei, învederându-se că recurenta a solicitat judecarea în lipsă, conform art. 242 pct. 2 din Codul de procedură civilă. Întrebat fiind, reprezentantul intimatei a arătat că nu are alte cereri de probe și nu înțelege să invoce alte chestiuni prejudiciale. Instanța, constatând că probatoriul este epuizat și apreciind că recursul este în stare de judecată, a acordat cuvântul la dezbateri.

Consilier juridic G A pentru intimata Unitatea administrativ teritorială Județul Suceava a solicitat respingerea recursului, ca nefondat, menținerea sentinței atacate ca temeinică și legală, cererea reclamantei fiind corect admisă de instanța de fond, cu anularea deciziei emise de pârât și a actelor premergătoare emiterii deciziei, respectiv a notei de constatare a neregulilor.

În susținerea apărărilor, reprezentantul intimatei a arătat că reclamanta a inițiat, desfășurat și finalizat cu succes procedura de atribuire a contractului de proiectare pentru drumul județean Vatra Domei-Panaci; la acea vreme, unul din criteriile de evaluare avut în vedere a fost experiența profesională a evaluatorilor tehnici ce urmau a fi propuși în realizarea contractului, în conformitate cu art.25 din O.U.G. nr.34/2006; art.307 prevedea și că această ordonanță transpune directiva europeană. Ulterior, reclamanta a fost sancționată pe motiv că, în directiva europeană, experiența profesională nu era prevăzută ca factor de evaluare în procedura achizițiilor publice. Consilierul juridic al intimatei a apreciat că cerința de calificare în discuție a fost întemeiată și justificată la data inițierii procedurii, când exista temei legal pentru aceasta, temei ce a fost anulat abia un an mai târziu prin hotărârea nr.834/2009; a arătat că apărările formulate sunt susținute prin documentele depuse la dosar și detaliate în concluziile scrise depuse în fața instanței de fond, solicitând a fi avute în vedere și acestea la momentul pronunțării. Declarând dezbaterile închise, după deliberare,

CURTEA,

Asupra recursului de față, constată:

Prin acțiunea înregistrată la data de 28.08.2012 sub nr.732/39/2012 pe rolul Curții de Apel Suceava - Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal, reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Suceava a solicitat, în contradictoriu cu intimatul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București, să se dispună anularea Deciziei pârâtei nr.137 din 2 August 2012, prin care s-a respins contestația administrativă formulată împotriva Notei nr. CA 41204 din 31.05.2012 de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare aferentă contractului de finanțare nr. 128 din 3 aprilie 2009, cod SMIS 1018, precum și anularea Notei de constatare a neregulilor trimisă cu adresa nr. CA - 41204 din 31.05.2012.

Reclamanta și-a motivat acțiunea arătând că procedura de atribuire a contractului de servicii de proiectare pentru „Modernizare DJ 174, Vatra Domei - Șaru Domei - Panaci, km 0+000-22+000”, a

fost inițiată de Consiliul Județean Suceava prin Direcția Județeană de Drumuri și Poduri Suceava, cu fonduri de la bugetul de stat.

Documentația de atribuire a fost întocmită în conformitate cu legislația națională privind achizițiile publice, în vigoare la data de 31 iulie 2008.

De asemenea, reclamanta a precizat că a stabilit factorii de evaluare în conformitate cu art. 15 alin.1 din H.G. nr. 925/2006, iar la data inițierii procedurii de atribuire, aceasta avea dreptul de a utiliza ca factori de evaluare a ofertelor experiența și pregătirea profesională a personalului de specialitate.

Reclamanta a mai arătat că echipa de control, preluând concluziile și recomandările Autorității de Audit a aplicat o corecție financiară de 5% din valoarea contractului de servicii nr. 4776 din 17 septembrie 2008 încheiat cu S.C. RUTIER CONEX S.RX. , măsură nelegală în opinia sa.

Pârâta, prin întâmpinarea depusă, a solicitat respingerea acțiunii, ca nefondată.

Prin sentința nr.395/26.11.2012, Curtea de Apel Suceava a declinat competența de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului Suceava - Secția de contencios administrativ și fiscal, funcție de valoarea obiectului actului administrativ contestat.

Prin sentința nr.663 din 31 ianuarie 2013 Tribunalul Suceava - secția de contencios administrativ și fiscal a respins, ca nefondată, acțiunea.

Pentru a hotărî astfel, tribunalul a reținut că prin decizia nr. 137 din 2 august 2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București a fost respinsă contestația administrativă formulată împotriva Notei nr. CA - 41204 din 31.05.2012 de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare aferentă contractului de finanțare nr. 128 din 3 aprilie 2009, reținându-se că aceasta a fost emisă prin preluarea concluziilor Autorității de Audit a Curții de Conturi, iar argumentele invocate de contestator nu reprezintă motive temeinice de natură a crea o îndoială puternică și evidentă asupra prezumției de legalitate pe care se fundamentează caracterul executoriu al actului administrativ.

De asemenea, prin Nota nr. CA - 41204 din 31.05.2012 de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare aferentă contractului de finanțare nr. 128 din 3 aprilie 2009 s-a stabilit o corecție financiară de 5% din valoarea contractului de servicii nr. 4776 din 17.09.2008 ,încheiat de Unitatea Administrativ Teritorială Județul Suceava cu SC RUTIER CONEX SRL, reținându-se că prin raportul de audit de operațiuni pentru POR al Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.2011 s-a constatat că „experiența profesională a evaluatorilor tehnici,, a fost utilizată ca factor de atribuire a contractului, deși acest factor nu este prevăzut printre criteriile de atribuire a contractelor menționate la art. 53 din Directiva nr. 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din data de 31.03.2004, apreciind că se impune aplicarea unei corecții financiare.

Examinând conținutul actelor contestate, precum și documentația care a stat la baza acestora, instanța a constatat că nu rezultă o încălcare de către pârâtă a dispozițiilor legale cu prilejul emiterii actului contestat.

Astfel, art. 511 din Regulamentul privind organizarea și desfășurarea activității specifice a Curții de Conturi prevede că „atunci când în rapoartele de audit sunt consemnate nereguli, autoritatea de audit solicită autorităților competente să ia măsuri de înlăturare a acestora, iar acestea din m[^]a sunt obligate să le ducă la îndeplinire”.

În consecință, din moment ce raportul de audit de operațiuni al Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.2011 (fila 84-91) a contestat o neregulă referitoare la factorii utilizați drept criterii de atribuire a contractului de către reclamantă, reținând că se impune efectuarea unei corecții financiare, pârâta avea obligația de a emite nota de constatare a neregulilor și de stabilire a acestor corecții pentru a duce la îndeplinire măsurile dispuse.

Aspectele invocate de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Suceava, în sensul că aceasta a aplicat o dispoziției legale ce era în vigoare la data începerii procedurii de atribuire și nu putea face aplicarea Directivei nr. 2004/18/CE, privesc conținutul raportului de audit ce a stat la baza notei de constatare a neregulilor. Prin urmare, motivele reclamantei nu pot fi analizate pe această cale, întrucât reclamanta a avut deschisă calea contestației împotriva raportului de audit.

Prin decizia nr.4191/15.09.2013 Curtea de Apel Suceava-Secția de contencios administrativ și fiscal a casat sentința recurată și a trimis cauza spre rejudecare aceleiași instanțe.

Prin sentința nr.8131/10.12.2013, Tribunalul Suceava - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal a admis acțiunea și a anulat decizia nr. 137/02.08.2012 și nota de constatare a neregulilor din data de 24.05.2012, pentru următoarele considerente:

Prin decizia nr. 137 din 2 august 2012, emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București, a fost respinsă contestația administrativă formulată împotriva Notei nr. CA - 41204 din 31.05.2012 de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare aferentă contractului de finanțare nr. 128 din 3 aprilie 2009, reținându-se că aceasta a fost emisă prin preluarea concluziilor Autorității de Audit a Curții de Conturi, iar argumentele invocate de contestator nu reprezintă motive temeinice de natură a crea o îndoială puternică și evidentă asupra prezumției de legalitate pe care se fundamentează caracterul executoriu al actului administrativ.

De asemenea, prin Nota nr. CA - 41204 din 31.05.2012 de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare aferentă contractului de finanțare nr. 128 din 3 aprilie 2009 s-a stabilit o corecție financiară de 5% din valoarea contractului de servicii nr. 4776 din 17.09.2008 încheiat de Unitatea Administrativ Teritorială Județul Suceava cu SC RUTIER CONEX SRL, reținându-se că prin raportul de audit de operațiuni pentru POR al Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.2011 s-a constatat că „experiența profesională a evaluatorilor tehnici,, a fost utilizată ca factor de atribuire a contractului, deși acest factor nu este prevăzut printre criteriile de atribuire a contractelor menționate la art. 53 din Directiva nr. 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din data de 31.03.2004, apreciind că se impune aplicarea unei corecții financiare.

Instanța de fond a constatat că pârâta și-a motivat în esență actele administrative contestate în cauză prin încălcarea de către reclamant la încheierea contractului de finanțare nr. 128/03.04.2009, a dispozițiilor art. 15 din HG nr.925/2006, în sensul că, utilizarea de către reclamantă a „experienței profesionale a evaluatorilor tehnici contravine prevederilor art.53 din Directiva nr.2004/18/CE a Parlamentului European.

Față de argumentele și textele de lege invocate în Decizia contestată și a raportului aferent, tribunalul a constatat că acestea au fost emise cu nerespectarea dispozițiilor legale, pentru cele ce se vor arăta:

Art. 15 al.1 din HG nr.925/2006 în vigoare la data încheierii contractului de finanțare nr. 128/03.04.2009 prevedea că „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza cerințele referitoare la calificare, ca factori de evaluare a ofertelor. Prin excepție, în cazul în care obiectul

contractului include prestații intelectuale, cum ar fi consultanță, proiectare și altele asemenea, factorii de evaluare a ofertelor se pot referi și la experiența și/sau pregătirea profesională ale personalului de specialitate/expertiilor care vor avea roluri esențiale în îndeplinirea contractului.”

Articolul 307 din OUG nr.34/2006 - în vigoare la data încheierii contractului de finanțare amintit, prevedea că acest act normativ transpune, printre altele, Directiva 2004/18/CE.

HG nr.925/2006 reprezintă normele de punere în aplicare a OUG nr.34/2006, or autoritatea publică ce a emis actele administrative contestate în prezenta cauză nu le putea motiva prin aceea că art. 15 al.1 din HG amintit încalcă Directiva nr.2004/18/CE, din moment ce OUG nr.34/2006, în forma existentă la data încheierii contractului de finanțare, transpune, printre altele, chiar directiva amintită.

Apărățile referitoare la încălcarea principiului neretroactivității legii consacrat de art. 15 al.2 Constituție nu pot fi primite, întrucât pârățile în motivarea deciziilor contestate au avut în vedere forma disp.art.15 al. 1 din HG nr.925/2006, existentă la data încheierii contractului de finanțare nr.128/03.04.2009.

Nu în ultimul rând, la încheierea contractului, „experiența și/sau pregătirea profesională a personalului de specialitate/expertiilor”, erau prevăzute de lege, astfel încât nu se poate imputa reclamantei că a încălcat vreun act normativ la încheierea contractului de finanțare nr.128, dar nici a Directivei 2004/18/CE, din moment ce aceasta a fost transpusă prin înseși actele normative de care s-a prevalat reclamanta la încheierea contractului.

Împotriva acestei sentințe, în termen legal, a declarat recurs pârătul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice (fost MDRT) - Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București.

Recurentul învederează următoarele:

Echipa de control din cadrul instituției recurente a procedat la încheierea notei de constatare, în baza Raportului de audit de operațiuni pentru POR al Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.2011, înregistrat la MDRT cu nr. 94973/22.12.2011 - Anexa 1.9 - Centralizatorul constatărilor și recomandărilor formulate Autorității de Management POR și Organismului Intermediar Turism, conținând constatări cu implicații financiare cu privire la achiziția contractului nr. 4776/17.09.2008.

În consecință, echipa de control, preluând constatările, concluziile și recomandările Autorității de Audit din Raportul de audit mai sus menționat, în temeiul prevederilor O.U.G. nr. 66/2011 și a normelor de aplicarea a acesteia aprobate prin H.G. nr. 875/2011 a stabilit o corecție financiară de 5% din valoarea contractului de servicii nr. 4776/17.09.2008 încheiat de Unitatea Administrativ - Teritorială Județul Bistrița-Năsăud cu **S.C, RUTIER CONEX S.R.L.**, pentru suma de 13.090 lei, atribuit cu nerespectarea de către autoritatea contractantă a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

Pentru a aplica această corecție, echipa de control a reținut următoarele nereguli aferente procedurii de atribuire a contractului nr. 4776/17.09.2008:

„Experiența profesională a evaluatorilor tehnici” a fost utilizată ca factor de evaluare pentru atribuirea a 37 contracte de servicii, încheiate în anii 2008 și 2009 de către Autoritatea de Management POR, Organismele Intermediare și beneficiari, cu furnizorii de servicii, potrivit excepției prevăzute la art. 15 alin. 1 din H.G. nr. 925/2006, deși acest factor nu este prevăzut printre criteriile de atribuire a contractelor menționate la art. 53 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004.

Din analiza fișele de date ale achiziției, a formularelor de evaluare a ofertelor și a rapoartelor de evaluare pentru contractele de servicii încheiate, s-a constatat că în toate cazurile, atribuirea contractelor de achiziție publică s-a realizat prin utilizarea criteriului de evaluare „Oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, factor de evaluare „Experiența profesională a evaluatorilor tehnici”.

Utilizarea „experienței experților” în etapa de evaluare a ofertelor în cazul contractelor de servicii menționate a fost prevăzută de legislația națională respectiv, la art. 15 alin. (1) din Normele de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din O.U.G. nr. 34/2006, aprobate prin HG nr. 925/2006, care precizează: „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza cerințele referitoare la calificare, ca factori de evaluare a ofertelor. Prin excepție, în cazul în care obiectul contractului include prestații intelectuale, cum ar fi consultanța, proiectare și altele asemenea, factorii de evaluare a ofertelor se pot referi și la experiența și/sau pregătirea profesională ale personalului de specialitate/ experților care vor avea roluri esențiale în îndeplinirea contractului”.

Cu toate acestea, utilizarea acestui factor de evaluare pentru atribuirea contractelor de servicii contravine prevederilor art. 53 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31.03.2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de serviciu.

Instanța de fond a apreciat că reclamanta intimată se încadra în excepția prevăzută de dispozițiile art. 15 alin.1 din HG nr.925/2006, respective faptul că „în cazul în care obiectul contractului include prestații intelectuale, cum ar fi consultanță, proiectare și altele asemenea, factorii de evaluare a ofertelor se pot referi și la experiența și/sau pregătirea profesională ale personalului de specialitate/experților care vor avea roluri esențiale în îndeplinirea contractului.”

Recurentul, față de această motivare, precizează următoarele:

Prin emiterea HG nr. 834/22.07.2009, dispozițiile art. 15 din H.G nr. 925/2006 au fost revizuite în conformitate cu prevederile art. 53 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31.03.2004, în sensul că s-a prevăzut în mod expres că „Autoritatea contractanta nu are dreptul de a utiliza criteriile de calificare și selecție prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență ca factori de evaluare a ofertelor.”

Pârâtul-recurent, având în vedere prevederile Directivei 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31.03.2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, ale Ghidului pentru stabilirea corecțiilor financiare COCOF 07/0037/02, pentru contractele de servicii unde a fost utilizată „experiența profesională” ca factor de evaluare, consideră că se impune aplicarea unor corecții financiare.

Recurentul conchide că actele atacate au fost emise cu respectarea prevederilor legale incidente și că, preluând concluziile Autorității de Audit din Cadrul Curții de Conturi, pârâtul a respins în mod corect contestația reclamantei, ca neîntemeiată, în conformitate cu următoarele prevederi legale coroborate: art. 5 lit. c), art. 21 alin. (26), art. 24, art. 31 alin. (1) și alin. (2) din O.U.G. nr. 66/2011, și art. 511 din Regulamentul privind organizarea și desfășurarea activităților specifice Curții de Conturi, precum și valorificarea actelor rezultate din aceste activități aprobat prin H.G. nr. 130/2010: „Atunci când în rapoartele de audit sunt consemnate nereguli, Autoritatea de Audit solicită autorităților competente să ia măsuri de înlăturare a acestora, iar acestea din urmă sunt obligate să le ducă la îndeplinire”.

Analizând recursul Curtea constată că este nefondat, pentru următoarele considerente:
Motivul esențial invocat de recurent e acela că *experiența profesională a evaluatorilor tehnici* a fost utilizată ca factor de evaluare, deși acest factor nu este prevăzut printre criteriile de atribuire a contractelor menționate la art.53 din Directiva nr.2004/18/CE.

Pe de altă parte, reclamantul a invocat dispozițiile art. 15 al. 1 din H.G. nr.925/2006, care prevedea că „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza cerințele referitoare la calificare, ca factori de evaluare a ofertelor. Prin excepție, în cazul în care obiectul contractului include prestații intelectuale, cum ar fi consultanță, proiectare și altele asemenea, factorii de evaluare a ofertelor se pot referi și la experiența și/sau pregătirea profesională ale personalului de specialitate/expertilor care vor avea roluri esențiale în îndeplinirea contractului.”

De altfel, acest text de lege a fost reținut și de prima instanță în motivarea soluției.

Modificarea art. 15 din H.G. nr.925/2006, modificare prin care s-a prevăzut că autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza criteriile de calificare și selecție prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență ca factori de evaluare a ofertelor, a intervenit abia la data de 27.07.2009, dată ulterioară contractului litigios.

Așadar, a fost respectată legislația în materie, în vigoare la data desfășurării achiziției publice.

În ceea ce privește aplicarea directivei invocate de recurent, Curtea reține că, în timp ce regulamentul se aplică în legislația internă a statelor membre imediat după intrarea sa în vigoare, directiva trebuie să fie mai întâi transpusă de statele membre. Astfel, directiva nu conține modalități de aplicare; ea doar impune statelor membre o obligație de a atinge un rezultat. Acestea din urmă au apoi libertatea de a alege forma și mijloacele pentru a aplica această directivă.

Chiar dacă Curtea de Justiție Europene a recunoscut uneori un efect direct în ceea ce privește aplicarea directivelor, a recunoscut acest efect doar în situația în care a fost invocat de particulari împotriva statului - hotărârea Yvonne Van Duyn - cauza 41/1974.

Pentru considerentele învederate, în temeiul art.312 al. 1 din Codul de procedură civilă,

CURTEA, DECIDE:

Respinge recursul formulat de pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice (fost MDRT) - Direcția Generală Constatate și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București *împotriva sentinței nr.8131/10.12.2013, pronunțată de Tribunalul Suceava - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal* în dosarul nr.732/39/2012*, în contradictoriu cu intimata-reclamantă Unitatea Administrativ Teritorială Județul Suceava, ca nefondat.

Irevocabilă. Pronunțată în ședința publică din 03 martie 2014.

Dosar nr. 733/39/2012*

CURTEA DE APEL SUCEAVA
SECȚIA A-II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIA NR. 9203
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 06 NOIEMBRIE 2013

Pe rol, judecarea recursului formulat de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice București, succesor în drepturi și obligații al Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, împotriva sentinței nr. 3738/30.04.2013, pronunțată de Tribunalul Suceava în dosarul nr.733/39/2012, în contradictoriu cu intimata-contestatoare Unitatea Administrativ - Teritorială Județul Suceava prin președintele Consiliului Județean Suceava.

La apelul nominal, făcut în ședința publică, a răspuns consilier juridic G A pentru intimată, lipsă fiind reprezentantul recurentei. Procedura de citare este legal îndeplinită. S-a făcut referatul cauzei, grefierul de ședință arătând că recurentul, prin memoriul de recurs, a solicitat inclusiv a se conferi eficiență prevederilor art. 242 al. 2 din Codul de procedură civilă. Instanța, în temeiul art. 1591 alin. 4 Cod procedură civilă, art. 3 pct. 3, art. 299 alin. 1, 2 din Codul de procedură civilă și art. 8 și 10 alin. 1 teza I din Legea nr. 554/2004 s-a declarat competentă general, material și teritorial să soluționeze recursul și, apreciind că probatoriul este epuizat și că recursul este în stare de judecată, a acordat cuvântul la dezbateri.

Consilier juridic G A, pentru intimata-contestatoare Unitatea Administrativ Teritorială a județului Suceava prin președintele Consiliului Județean Suceava, a solicitat respingerea recursului, ca nefondat, și menținerea sentinței atacate ca temeinică și legală, iar pe fond anularea Deciziei 98/2012 emisă de recurent și a notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare aferenta contractului de finanțare pentru proiectul „Hora Bucovinei”, pentru motivele detaliate în întâmpinarea depusă la dosar. Pe scurt, reprezentantul intimatei a arătat că în mod corect a fost introdusă acțiunea la Curtea de Apel Suceava, care, ulterior, în mod legal a declinat competența de soluționare în primă instanță către Tribunalul Suceava, însuși Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice invocând excepția necompetenței materiale a Curtea de Apel Suceava față de valoarea creanței bugetare; a susținut că modificarea Codului de procedură civilă după pronunțarea sentinței atacate nu poate afecta legalitatea acesteia din punctul de vedere al competenței instanței care a soluționat pricina în fond.

Relativ la cererea de introducere în cauză a Curții de Audit a României, respinsă de prima instanță, intimata arată că nu înțelege în ce calitate ar putea fi aceasta chemată în judecată, câtă vreme raportul juridic administrativ dedus judecății s-a născut între Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului și Unitatea Administrativ - Teritorială Județul Suceava. Pe fondul cauzei, intimata a menționat că recurenta nu și-a argumentat susținerea din recurs relativ la nemotivarea de către prima instanță a hotărârii recurate; a afirmat că în mod corect au fost impuse cerința de calificare privind deținerea de personal cu calificări specifice, legală și pertinentă, și cerința cu privire la experiența similară dintr-un contract finanțat din fonduri europene, prevăzută și de A.N.R.M.A.P.; cu referire la cerința de calificare a afirmat că actul adițional este rezultatul manifestării de voință a părților, exprimată în scris și valabilă până în ultima zi a anului 2010. Declarând dezbaterile închise, după deliberare,

CURTEA,

Asupra recursului de față, constată:

Prin contestația înregistrată pe rolul Curții de Apel Suceava - Secția a II-a civilă, contencios administrativ și fiscal, sub nr. 733/39/2012 din 28.08.2012, contestatoarea Unitatea Administrativ Teritorială Suceava, în contradictoriu cu intimatul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, a solicitat:

- anularea Deciziei nr.98 din 22.05.2012, emisă de intimat - prin care s-a respins contestația administrativă împotriva Notei nr. CA 20418/16.03.2012, înregistrată la Consiliul Județean Suceava cu nr. 4514/22.03.2012, de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor finanțare aferentă contractului de finanțare nr. 994/29.10.2010, cod SMIS 15821,

- iar pe fond, să se dispună anularea Notei de constatare a neregulilor transmisă cu adresa nr. CA 20418/16.03.2012, înregistrată la Consiliul Județean Suceava cu nr. 4514/22.03.2012, ca neîntemeiată și, implicit a corecțiilor financiare stabilite și să se admită că cerințele de calificare în special și întreaga documentație în general nu excede în nici un fel cadrului legal instituit prin O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare.

În motivarea acțiunii reclamanta a arătat următoarele:

Prin semnarea contractului de finanțare nr. 994/29.10.2010, Unitatea Administrativ Teritorială județul Suceava, prin Consiliul Județean Suceava și-a asumat atât drepturile cât și obligațiile ce decurg din implementarea proiectului „Hora Bucovinei” cod SMIS 15821, finanțat în cadrul Programului Operațional Regional 2007 - 2013, pe Axa 5 - Dezvoltarea durabilă și promovarea turismului, Domeniul major de intervenție 5.3. Promovarea potențialului turistic și crearea infrastructurii necesare, în scopul creșterii atractivității României ca destinație turistică. Această asumare s-a făcut într-un definit, cunoscut și însușit cadru legal în vigoare la acea dată și care a fost respectat pe toată perioada de implementare a proiectului.

Ulterior finalizării procedurilor de achiziție publică și a implementării proiectului, Direcția Generală Autoritatea de Management - Programul Operațional Regional a elaborat o notă privind suspiciune de neregulă cu privire la modalitatea de atribuire a unor contracte de achiziție publică.

Potrivit procedurilor, Unitatea Administrativ Teritorială județul Suceava a fost notificată cu privire la pretinse încălcări ale legislației în materia achizițiilor publice și i s-a solicitat un punct de vedere cu privire la conținutul proiectului de notă de constatare.

Consiliul Județean Suceava în calitate de autoritate contractantă a luat o poziție fermă, transmisă în scris cu adresa nr. 4007/2012, poziție pe care o menținem și o susținem în continuare.

Nota de constatare a neregulilor transmisă cu adresa nr. CA - 20418/16.03.2012, înregistrată la Consiliul județean Suceava cu nr. 4514 din 22.03.2012, este netemeinică și nu conține motive reale și justificate de acordare a corecțiilor financiare. În dovedirea acestei susțineri reclamanta a arătat că, în pagina 2 a notei de constatare, organul emitent face următoarea remarcă: „Ținând seama de faptul că Muzeul Bucovinei care are o secție de etnografie, este o instituție publică de cultură aflată în subordine a Consiliului Județean Suceava, se presupune că autoritatea contractantă avea posibilitatea ca serviciul să fie descris, în mod obiectiv, încât să corespundă necesității de a monografia tradițiile și obiceiurilor pascale specifice regiunii Bucovinei, fără a impune colaborarea cu un expert în acest domeniu. Mai mult, nota justificativă nr. 1188/21.01.2011 referitoare la cerințele minime de calificare, nu justifică introducerea acestei cerințe de calificare, simpla invocare că asigură autoritatea contractantă de capacitatea operatorului economic de a îndeplini contractul, nefiind în măsură a răspunde obligației de motivare instituite prin lege”.

Remarca mai sus citată conține două elemente de nelegalitate și anume:

1. raționamentul care a stat la baza incriminării și sancționării introducerii criteriului de calificare criticat este bazat pe o presupunere și nu pe un fapt cert.
2. orice operator economic poate participa la o procedură de achiziție publică, iar în speța în cauză cel în sarcina căruia s-a atribuit contractul de servicii are dreptul de a elabora și aplica o strategie, un concept propriu privind activitățile, materialele etc. ce vor fi create în îndeplinirea contractului și în conformitate cu specificațiile minime cuprinse în caietul de sarcini. Autoritatea contractantă nu putea să detalieze în amănunt fiecare etapă, manifestare, material de promovare ce se va crea, fără a limita și chiar a prejudicia conceptul prestatorului față de modul de îndeplinire a contractului de servicii și implicit de organizare și desfășurare a activităților din cadrul proiectului. Separat de acestea, etnograful putea fi nominalizat din tabloul național al specialiștilor în acest domeniu. Faptul că ofertantul câștigător a nominalizat în calitate de etnograf o persoană care are și calitatea de salariat al Muzeului Bucovinei, este o simplă întâmplare și nu probează în nici un fel eludarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice și nici un alt act normativ incident în implementarea unui proiect de natura celui aflat în dezbatere.

Reclamanta reiterează astfel că relevanța solicitării etnografului este aceea de a elabora broșura, care să prezinte obiceiurile și tradițiile din Bucovina, informații care sunt de competența și certificarea doar a etnografului, calitate care se probează numai prin mijloacele specifice indicate în fișa de date a achiziției. De asemenea, proporționalitatea solicitării nu poate fi pusă sub semnul îndoielii, atât timp cât personalul implicat direct în îndeplinirea contractului, minim solicitat este doar acest singur etnograf, pentru care autoritatea contractantă nu a impus condiția de a fi angajat al ofertantului, ci pentru care trebuia depus orice înscris care să probeze disponerea de serviciile acestuia.

Cu privire la experiența similară, nu este corect conceptul organului constatator conform căruia autoritatea contractantă a considerat discreționar că doar ofertanții care au mai derulat un proiect cu finanțare nerambursabilă își pot îndeplini obligațiile într-un astfel de contract. Autoritatea contractantă și-a bazat solicitarea din fișa de date a achiziției pe experiența proprie, pe o practică anterioară constând în servicii cu caracter similar a căror mod de îndeplinire a semnalat necesitatea ca în viitor să fie aplicate astfel de cerințe, mai mult decât atât, chiar legislația aflată în vigoare la data inițierii și derulării procedurii nu distingea ca restrictive astfel de condiții. Faptul că ulterior sunt aprecieri particulare privind încălcarea legislației nu poate determina reținerea în sarcina reclamantei și implicit sancționarea pentru astfel de aprecieri.

Autoritatea contractantă nu a încălcat în nici un fel dispozițiile legale ori procedurile statuate în materia achizițiilor publice, ci s-a conformat întocmai celor care erau în vigoare la acea dată. Exemplul fișei de date a achiziției în formatul comunicat de ANRMAP pe site-ul propriu la 30.01.2012 a fost a consolidat tocmai convingerile și afirmațiile noastre privind respectarea tuturor prevederilor legale în materia achizițiilor publice.

Față de contractul de servicii de publicitate media, la punctul II din nota de constatare se menționează că, chiar în condițiile susținerilor transmise de UAT județul Suceava, au fost preluate constatările, concluziile și recomandările din raportul întocmit de Autoritatea de Audit și că se mențin concluziile și măsura instituită.

Față de criticile aduse la punctului 7 lit. b) al notei de constatare, experiența similară este acea cerință de calificare pe care o autoritate contractantă are dreptul de a o impune pentru a se asigura că ofertanții participanți la procedura de achiziție publică au expertiza necesară pentru ca, în cazul în care va fi declarat câștigător, să îndeplinească corespunzător toate obligațiile, în raport cu tipul și obiectul contractului de achiziție publică. Solicitarea unei experiențe similare ce decurge din contracte finanțate din fonduri nerambursabile este una din cerințele care a asigurat autoritatea

contractantă despre capacitatea prestatorului (în cazul speței) de a înțelege, respecta și aplica, fără a se limita strict la acestea, toate regulile, condițiile, formularele specifice ce decurg din și în implementarea unui contract astfel finanțat.

În aceste condiții nu se poate vorbi despre o nerelevanță ori o disproporționalitate a unor solicitări minime, normale, dar obligatorii în această speță pentru ca autoritatea contractantă să beneficieze de servicii de calitate. De altfel, obiectul, calitatea, prețul și termenul sunt elementele de bază, minime și obligatorii pe care o autoritate contractantă trebuie să le aibă în vedere atunci când intenționează să atribuie un contract de achiziție publică.

Apreciază că sancționarea Unității Administrativ Teritoriale județul Suceava prin aplicarea corecțiilor financiare indicate este netemeinică și nelegală.

În drept, reclamanta și-a întemeiat acțiunea pe prevederile art. 51 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011 și pe prevederile art. 10 alin. (1) și (3) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Intimatul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - prin Direcția Generală Constată și Stabilire Nereguli Fonduri Europene a formulat întâmpinare, prin care a invocat excepția necompetenței materiale a Curții de Apel Suceava, raportat la prev. art. 10 alin. 1 din Legea contenciosului administrativ.

Totodată, intimatul a formulat cerere de introducere în cauză a Curții de Conturi a României prin Autoritatea de Audit, cu motivarea că în emiterea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 20418/16.03.2012 instituția pârâtă a dus la îndeplinire constatările consemnate de Autoritatea de Audit a Curții de Conturi în raportul de audit, în conformitate cu următoarele dispoziții legale: art. 5 lit. c) din O.U.G. nr. 66/2011; art. 21 alin. (26), art. 24; art. 31 alin. (1) și (2) și art. 511 din Regulamentul privind organizarea și desfășurarea activităților specifice ale Conturi, precum și valorificarea actelor rezultate din aceste activități aprobat prin H.G. nr. 130/2010.

În lumina dispozițiilor legale care reglementează obligația în sarcina entităților controlate de a latura neregulile consemnate în rapoartele de audit ale Autorității de Audit, MDRT a întocmit Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 20418/16.03.2012, care are caracter de act subsecvent, aceasta fiind emisă ca urmare a constatărilor din Raportul de audit de operațiuni pentru POR nr. 51648/AP/22.12.2011, întocmit de către Autoritatea de Audit din cadrul Curții de Conturi a României;

Raportat la principiul de drept „accessorium sequitur principale”, în speță, trebuie avut în vedere faptul că cele două acte, din care unul este principal (Raportul de audit de operațiuni pentru POR nr. 51648/AP/22.12.2011) iar celalalt accesoriu (Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 20418/16.03.2012), trebuie să facă împreună obiectul cercetării judiciare.

Pe fondul cauzei, intimatul a solicitat respingerea ca nefondată a acțiunii pentru următoarele motive:

În urma Raportului de audit al Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.2011, înregistrat la MDRT cu nr. 94973/22.12.2011 s-a constatat: nerespectarea procedurii de atribuire a contractului de servicii de promovare eveniment nr. 2375/09.02.2011 încheiat cu SC FRETТА SRL, ca urmare a faptului că autoritatea contractantă a utilizat criteriile de calificare nelegale, respectiv a) deținerea de personal cu calificări specifice, b) experiență similară 1 contract finanțat din fonduri nerambursabile, precum și nerespectarea procedurii de atribuire a contractului de servicii de publicitate media nr.

2057/04.02.2011 încheiat cu SC BEST ADVERTISING & CONSULT SRL, ca urmare a faptului că a fost declarată câștigătoare o ofertă care nu a îndeplinit cerințele minime de calificare, astfel că beneficiarul nu a respectat principiul egalității de tratament în evaluarea și selecția ofertanților.

În ceea ce privește contractul de servicii de promovare eveniment nr. 2375/09.02.2011 încheiat cu SC FRETТА SRL, prin impunerea de către Autoritatea Contractantă în fișa de date a achiziției a acestor criteriilor de calificare și selecție, nu se respectă prevederile art. 178, alin. 2 din OUG 34/2006, conform cărora autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire."

De asemenea, prin solicitarea de experiență similară nu se respectă prevederile art. 188 alin (2) n OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, conform cărora, în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/ candidaților, autoritatea contractantă poate solicita "o lista a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați dreptul de a le solicita acestora".

Referitor la Contractul de servicii de publicitate media nr. 2057/04.02.2011 furnizor SC Best Advertising&Consult SRL, documentele prezentate de către SC Best Advertising&Consult SRL pentru a demonstra opacitatea tehnică și/sau profesională pentru publicarea într-un ziar cu acoperire națională (Click) a unei inserții de presă, respectiv contractul de servicii nr 3/8.11.2010 încheiat cu SC Media Point Marketing Services SRL și actul adițional la acesta, nu erau valabile la data deschiderii ofertelor.

Contractul de servicii nr 3/8.11.2010 avea o valabilitate până la 31.12.2010. Actul adițional al acestuia, prin care se prelungea durata de la 31.12.2010 la 31.12.2011 a fost încheiat la data de 05.01.2011, în afara perioadei de valabilitate a contractului inițial. La procedura de licitație deschisă au participat 2 ofertanți: SC Assist Software SRL Suceava cu o ofertă de 299.735,00 lei și SC Best Advertising&Consult SRL București cu o ofertă de 283.658,50 lei, iar criteriul de atribuire a fost „prețul cel mai scăzut”. Comisia de evaluare a declarat câștigătoare oferta depusă de SC Best Advertising&Consult SRL București, iar ofertantul SC Assist Software SRL Suceava a fost descalificat pentru că documentele solicitate de comisia de evaluare nu au corespuns cerințelor prevăzute în anexa la declarația pe proprie răspundere conf.art.11 (4) din HG 925/2006.

Oferta depusă de SC Best Advertising&Consult SRL București nu a îndeplinit cerințele minime de calificare și pe cale de consecință, reclamanta nu a respectat principiul egalității de tratament în evaluarea și selecția ofertanților prin declararea acesteia ca ofertă câștigătoare.

În ceea ce privește corecțiile aplicate, astfel cum a constatat Autoritatea de Audit, în cauză s-a săvârșit o neregulă, în sensul art. 2 alin. (1), lit. a) din O.U.G. nr. 66/2011, potrivit căruia neregula reprezintă "orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate 1 în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a parității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile oblice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit.

Potrivit prevederilor legale mai sus enunțate, pentru a fi în prezența unei nereguli, trebuie existe o abatere, care constă în acțiunea/inacțiune beneficiarului prin care s-au încălcat prevederile legale

în vigoare și ale contractului de finanțare, precum și un prejudiciu ce constă în suma plătită necuvenit.

În speță, neregula constă în acțiunea beneficiarului de a se abate de la dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, precum și de la prevederile contractului de finanțare, prin nerespectarea de către acesta în cadrul procedurii de atribuire a contractului de servicii a prevederilor art. 75 alin. (1) - (4) din O.U.G. nr. 34/2006, acțiune ce a condus la atribuirea contractului fără organizarea unei licitații adecvate. Prin neregula săvârșită s-a adus astfel prejudicii atât bugetului Uniunii Europene cât și bugetului de stat, prin încasarea de către beneficiar a unor sume plătite necuvenit

O neregulă cu impact financiar reprezintă o situație în care s-a realizat plata unor fonduri ce constituie cheltuieli nejustificate, prejudiciindu-se astfel bugetul european.

Cheltuielile sunt considerate eligibile dacă sunt în conformitate cu Hotărârea Guvernului nr. 759/2007 privind regulile de eligibilitate a cheltuielilor efectuate în cadrul operațiunilor finanțate prin gramele operaționale, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, art. 2, alin. (1), lit. d) din actul normativ mai sus enunțat, se stipulează faptul că: „Pentru fi eligibilă, o cheltuială trebuie să îndeplinească cumulativ următoarele condiții cu caracter general, fără a încălca prevederile alin. (3), art 3, art. 4 și art. 5 alin. (2): să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare”.

Prin încheierea contractului de finanțare, beneficiarul a acceptat finanțarea nerambursabilă și s-a obligat, potrivit art. 9 alin. (25), să respecte prevederile legislației naționale în domeniul achizițiilor publice, nerespectarea respectării acestor obligații conducând la neeligibilitatea cheltuielilor astfel efectuate.

În consecință, instituția intimată, în conformitate cu următoarele prevederi legale coroborate: art. 5 lit. c), art. 21 alin. (26), art. 24, art. 31 alin. (1) și alin. (2) din O.U.G. nr. 66/2011, și art. 511 din Regulamentul privind organizarea și desfășurarea activităților specifice Curții de Conturi, precum și valorificarea actelor rezultate din aceste activități aprobat prin H.G. nr. 130/2010, a preluat concluziile Autorității de Audit din Cadrul Curții de Conturi și a respins contestația ca fiind neîntemeiată.

Niciunul dintre pretensele motive invocate de către reclamantă nu este de natură a răsturna prezumția de legalitate a actului administrativ fiscal atacat întrucât dispozițiile legale cuprinse în art. 2 alin. (1) t) din Legea nr. 554/2004 se referă, în mod expres, la împrejurări de fapt și de drept, iar nu la afirmațiile părților.

Prin sentința nr. 343 din 24.10.2012 Curtea de Apel Suceava a declinat competența de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului Suceava, secția de contencios administrativ și fiscal, unde a fost reînregistrată la data de 08.11.2012.

Reclamanta a depus la răspuns la întâmpinare, arătând următoarele:

Referitor la cererea intimatului de introducere în cauză a Curții de Conturi a României, prin autoritatea de audit, arată că în speța de față Curtea de Conturi a României nu poate avea calitate procesuală pasivă atât timp cât s-a solicitat anularea unor acte administrate emise de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, prin Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, singura instituție publică cu care a luat naștere un raport juridic administrativ.

Susținerile intimatei că în fapt a dat curs prevederilor art. 5 lit. c) din OUG nr. 66/2011 nu pot fi reținute, atât timp cât aceasta avea obligația de a verifica, cerceta atât înscrisurile cât și situația de

fapt care a făcut obiectul sesizării, iar în raport cu constatările sale, să dispună acordarea corecțiilor financiare sau să infirme cele consemnate în raportul de audit.

Intimatul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice a depus la dosar note de ședințe privitor la cererea de introducere în cauză a Autorității de Audit din cadrul Curții de Conturi a României, arătând că principiul disponibilității care guvernează procesul civil îndreptățește exclusiv părțile procesului să fixeze cadrul procesual, atrăgând terți în cauză după regula instituită la art. 161 din Legea nr. 554/2004, potrivit căruia instanța de contencios administrativ poate introduce în cauză, la cerere, organismele sociale interesate sau poate pune în discuție, din oficiu, necesitatea introducerii în cauză a acestora, precum și a altor subiecte de drept.

În aceste condiții, instanța, în baza dispozițiilor art. 129 din Codul de procedură civilă care consacră rolul activ al judecătorului, precum și a prevederilor art. 161 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, trebuie să pună în discuția părților necesitatea introducerii în cauză a Autorității de Audit din cadrul Curții de Conturi.

Participarea procesuală, în litigiu, a instituției enunțate se impune datorită specificului obligațiilor instituite de legea specială, fiind evident că efectele juridice ale hotărârii judecătorești prin care se soluționează irevocabil acțiunea reclamantei, se răsfrâng și asupra actului administrativ principal pe baza /căruia se întemeiază actul administrativ subsecvent emis de instituția intimată.

Prin sentința nr. 3738/30.04.2013, Tribunalul Suceava - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal a admis contestația și a anulat decizia nr. 98 din 22.05.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului și Nota de constatare nr. CA 20418/16.03.2012, reținând următoarele:

Prin nota nr. CA 20418/16.03.2012, înregistrată la Consiliul Județean Suceava cu nr. 4514/22.03.2012, de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor finanțare aferentă contractului de finanțare nr. 994/29.10.2010, cod SMIS 15821, „Hora Bucovinei” s-au constatat următoarele:

Autoritatea de Audit a apreciat că nu a fost respectată procedura de atribuire a contractului de servicii de promovare eveniment nr. 2375/09.02.2011 încheiat cu SC FRETТА SRL, ca urmare a faptului că autoritatea contractantă a utilizat criteriile de calificare nelegale, respectiv a) deținerea de personal cu calificări specifice, b) experiență similară 1 contract finanțat din fonduri nerambursabile, precum și nerespectarea procedurii de atribuire a contractului de servicii de publicitate media nr. 2057/04.02.2011 încheiat cu SC BEST ADVERTISING & CONSULT SRL, ca urmare a faptului că a fost declarată câștigătoare o ofertă care nu a îndeplinit cerințele minime de calificare, astfel că beneficiarul nu a respectat principiul egalității de tratament în evaluarea și selecția ofertanților.

S-a apreciat că, în ceea ce privește contractul de servicii de promovare eveniment nr. 2375/09.02.2011 încheiat cu SC FRETТА SRL, prin impunerea de către Autoritatea Contractantă în fișa de date a achiziției a criteriilor de calificare și selecție menționate, nu se respectă prevederile art. 178, alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006, conform cărora autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire.”

De asemenea, s-a apreciat că, prin solicitarea de experiență similară, nu se respectă prevederile art. 188 alin (2) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, conform cărora, în tehnice și/sau profesionale a ofertanților/ candidaților, autoritatea contractantă poate solicita "o lista a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați dreptul de a le solicita acestora”.

Referitor la Contractul de servicii de publicitate media nr. 2057/04.02.2011 furnizor SC Best Advertising&Consult SRL, s-a apreciat că documentele prezentate de către SC Best Advertising&Consult SRL pentru a demonstra capacitatea tehnică și/sau profesională pentru publicarea într-un ziar cu acoperire națională (Click) a unei inserții de presă, respectiv contractul de servicii nr 3/8.11.2010 încheiat cu SC Media Point Marketing Services SRL și actul adițional la acesta, nu erau valabile la data deschiderii ofertelor. Contractul de servicii nr. 3/8.11.2010 avea o valabilitate până la 31.12.2010. Actul adițional al acestuia, prin care se prelungea durata de la 31.12.2010 la 31.12.2011 a fost încheiat la data de 05.01.2011, în afara perioadei de valabilitate a contractului inițial. La procedura de licitație deschisă au participat 2 ofertanți: SC Assist Software SRL Suceava cu o oferta de 299.735,00 lei și SC Best Advertising&Consult SRL București cu o ofertă de 283.658,50 lei, iar criteriul de atribuire a fost „prețul cel mai scăzut”. Comisia de evaluare a declarat câștigătoare oferta depusă de SC Best Advertising&Consult SRL București, iar ofertantul SC Assist Software SRL Suceava a fost descalificat pentru că documentele solicitate de comisia de evaluare nu au corespuns cerințelor prevăzute în anexa la declarația pe proprie răspundere conf.art. 11 (4) din HG 925/2006.

S-a apreciat că oferta depusă de SC Best Advertising&Consult SRL București nu a îndeplinit cerințele minime de calificare și pe cale de consecință, reclamanta nu a respectat principiul egalității de tratament în evaluarea și selecția ofertanților prin declararea acesteia ca ofertă câștigătoare.

Autoritatea de Audit a tras următoarele concluzii:

1. Autoritatea contractantă a restricționat participarea operatorilor economici la procedură prin impunerea de cerințe minime de calificare nelegale, nefiind respectate prevederile art. 188 alin. 2 din O.U.G .nr. 34/2006 și nici prevederile art. 178 alin. 2 din aceeași ordonanță, motiv pentru care, s-a stabilit, potrivit punctului 2, subpunctul 2.3 din anexa la OUG nr. 66/2011, corecția de 5% din valoarea de 173.080 lei fără TVA aferentă contractului de servicii nr. 2375/09.02.2011 respectiv suma de 8.654 lei, fără TVA.

2. Beneficiarul, în calitate de autoritate contractantă a evaluat incorect îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție de către ofertantul desemnat câștigător, întrucât oferta depusă de SC BEST ADVERTISING&CONSULT SRL București nu a îndeplinit cerințele minime de calificare, fiind încălcate dispozițiile art. 200 din O.U.G .nr. 34/2006, motiv pentru care s-a stabilit, potrivit punctului 2, subpunctul 2.4. din anexa la O.U.G. nr. 66/2011, corecția de 5% din valoarea de 283.658,5 lei fără TVA, aferentă contractului de servicii de publicitate media nr. 2057/04.02.2011, atribuit fără organizarea unei licitații adecvate, respectiv suma de 14.182,93 lei, fără TVA.

Potrivit art. 178 alin 2 din O.U.G .nr. 34/2006, „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire.”, iar, conform art. 188 alin. 2 lit. a din aceeași ordonanță, ” în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele: a) o listă a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați.”.

Cu privire la pretinsa încălcare a art. 178 alin 2 din O.U.G .nr. 34/2006, prin solicitarea ca participantii la licitație să dețină de personal cu calificări specifice, și anume etnograf, prima instanță a apreciat că nu a fost încălcată această dispoziție legală, întrucât orice ofertant avea posibilitatea de a apela la un etnograf din tabloul național al specialiștilor în domeniu.

Referitor la pretinsa încălcare a dispozițiilor art. 178 alin 2 și art. 188 alin. 2 din O.U.G .nr. 34/2006, prin solicitarea ca ofertanții să fi derulat cel puțin 1 contract de servicii cu finanțare din fonduri nerambursabile în ultimii 3 ani, instanța de fond a apreciat că nu au fost încălcate aceste dispoziții legale, întrucât aceasta nu este decât o condiție pentru o mai bună derulare a fondurilor menționate.

Potrivit art. 200 din O.U.G .nr. 34/2006, „autoritatea contractantă are obligația de a stabili oferta câștigătoare, pe baza criteriului de atribuire precizat în anunțul de participare și în documentația de atribuire, în condițiile în care ofertantul respectiv îndeplinește criteriile de selecție și calificare impuse.”.

Relativ la pretinsa încălcare a art. 200 din O.U.G .nr. 34/2006, tribunalul a apreciat că nici această dispoziție nu este încălcată, întrucât eventuala încălcare a acestei dispoziții putea fi contestată în cadrul procedurii de atribuire de către ofertanți, fapt ce nu a avut loc.

Pentru considerentele învederate, în temeiul art. 18 Din Legea nr. 554/2005, tribunalul a admis acțiunea și a anulat decizia nr. 98 din 22.05.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului și Nota de constatare nr. CA 20418/16.03.2012.

Împotriva acestei sentințe, în termen legal, a declarat recurs Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice București, succesor în drepturi și obligații al Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, criticând-o pentru nelegalitate și netemeinicie.

Recurentul arată că instanța de fond si-a motivat insuficient hotărârea deoarece simpla apreciere în sensul în care prevederile legale nu au fost încălcate nu echivalează cu o motivare, nefiind arătate considerentele de fapt și de drept care au condus-o la această soluție, iar lipsa motivelor de fapt care au format convingerea judecătorului reprezintă o necercetare a fondului care impune, potrivit art. 312 alin 3 și 5 din Codul de procedură civilă, casarea sentinței și trimiterea cauzei spre rejudecare.

Susține recurentul că, așa cum a arătat și pe fondul cauzei, echipa de control a procedat la încheierea notei de constatare în baza Raportului de audit al Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.2011, înregistrat la MDRAP cu numărul 94973/22.12.2011, conținând Constatări cu implicații financiare cu privire la încălcarea legislației specifice achizițiilor publice, respectiv, O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare.

În consecință, echipa de control, preluând constatările, concluziile și recomandările autorității de Audit din Raportul de audit mai sus menționat, în temeiul prevederilor O.U.G. nr. 66/2011 și a normelor de aplicarea a acesteia aprobate prin H.G. nr. 875/2011 a stabilit o corecție de 5% din valoarea contractului de servicii nr. 2375/09.02.2011, respectiv 5% din valoarea contractului nr. 2057/04.02.2011.

Precizează că valoarea creanței bugetare rezultate din neregulă a fost calculată conform art. 15 și 27 din H.G. nr. 875/2011 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva Notei de constatare mai sus amintite, intimata a formulat contestația înregistrată la MDRAP sub nr. 6374/20.04.2012, soluționată prin respingerea acesteia ca fiind neîntemeiată de

către comisia de soluționare a contestațiilor constituită în cadrul instituției, prin decizia nr. 98/22.05.2012.

Pe fondul cauzei, recurenta, în privința susținerilor formulate împotriva deciziei și notei de constatare mai sus amintite, consideră că aprecierile instanței de fond sunt neîntemeiate pentru următoarele considerente:

În urma Raportului de audit al Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.2011 s-a constatat:

- nerespectarea procedurii de atribuire a contractului de servicii de promovare eveniment nr. 2375/09.02.2011 încheiat cu SC FRETТА SRL, ca urmare a faptului că autoritatea contractantă a utilizat criteriile de calificare nelegale, respectiv:

a. deținerea de personal cu calificări specifice

b. experiență similară 1 contract finanțat din fonduri nerambursabile, precum și nerespectarea procedurii de atribuire a contractului de servicii de publicitate media nr. 2057/04.02.2011 încheiat cu SC BEST ADVERTISING & CONSULT SRL, ca urmare a faptului că a fost declarată câștigătoare o ofertă care nu a îndeplinit cerințele minime de calificare, astfel că beneficiarul nu a respectat principiul egalității de tratament în evaluarea și selecția ofertanților.

În ceea ce privește contractul de servicii de promovare eveniment nr.2375/09.02.2011 încheiat cu S.C.FRETТА SRL, intimata a solicitat prin documentația de atribuire dovada colaborării, în vederea elaborării textului cu un expert în etnografie și experiență similară din fișa de date a achiziției, cerința minimă obligatorie prin care: „Ofertanții vor face dovada finalizării în ultimii 3 ani a cel puțin 1 contract de servicii de promovare similar ca natură, finanțat din fonduri nerambursabile”.

Recurentul consideră că prin impunerea de către Autoritatea Contractantă în fișa de date a achiziției a acestor criterii de calificare și selecție, nu se respectă prevederile art. 178, alin. 2 din OUG 34/2006, conform cărora „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la Capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire.”

De asemenea, consideră că prin solicitarea de experiență similară nu se respectă prevederile art. 188 alin (2) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, conform cărora, în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/ candidaților, autoritatea contractantă poate solicita „o listă a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați...”

Referitor la deținerea de personal cu calificări specifice, recurentul arată următoarele:

Contractantul este direct răspunzător pentru îndeplinirea contractului iar toate cerințele specifice sunt precizate în caietul de sarcini care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică, ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descrise, în mod obiectiv în așa manieră încât să corespundă necesității Autorității contractante. Intimata, deși menționează că nu există ocupația de etnograf în COR a stabilit obligativitatea ofertantului de a colabora cu un etnograf, expert în domeniul „bunuri cu semnificație etnografică”. Ținând seama de faptul că Muzeul Bucovinei care are secție de etnografie, este o instituție publică de cultură aflată în subordinea Consiliului Județean Suceava, se presupune că autoritatea avea posibilitatea ca serviciul să fie descris, în mod obiectiv, încât să corespundă necesității autorității contractante, fără a se impune colaborarea cu un expert în acest domeniu. Autoritatea a considerat, în mod discreționar, că ar fi crescut riscul de neîndeplinire a contractului, așa cum a fost descris prin documentația de atribuire, dacă operatorul nu colaborează cu un etnograf.

Cu privire la experiența similară, un contract finanțat din fonduri nerambursabile, recurentul a arătat că intimata nu a solicitat numai demonstrarea experienței similare în conformitate cu

dreptul conferit de dispozițiile art. 187 din OUG 34/2006, în vigoare la data aplicării procedurii de achiziție, ci prin impunerea cerințelor de calificare, a stabilit limite pentru viitorii ofertanți, fără motivare în nota justificativă. Consideră că nu se poate reține apărarea potrivit căreia intimata nu a restricționat tipul finanțării, respectiv nu a menționat un anumit tip de finanțare nerambursabilă, din fonduri de preaderare sau post-aderare. Aceasta a considerat, în mod discreționar, că numai ofertanții care au mai derulat un alt proiect cu finanțare nerambursabilă își pot îndeplini obligațiile contractuale în cazul în care oferta este desemnată câștigătoare.

Existența unei legislații specifice pentru eligibilitatea cheltuielilor și impunerea de către AM POR a unor formate specifice (Manualul de identitate vizuală), nu constituie condiții care să conducă la stabilirea unor criterii de calificare care să vizeze în mod direct sursa de finanțare, acestea fiind în fapt cerințe ale caietului de sarcini și a clauzelor contractuale pe care ofertantul și le asumă cu ocazia participării la procedura de achiziție. Susținerea potrivit căreia ANRMAP a verificat și validat informațiile din anunțul de participare nu exonerează autoritatea de răspundere în cazul în care se constată abateri, întrucât ANRMAP -ul intervine la inițierea procedurilor, prin verificarea din punct de vedere formal a anunțurilor (constată erori/omisiuni de completare), autoritatea contractantă fiind singura răspunzătoare pentru conformitatea procedurii....

Totodată, recurentul apreciază că nu se poate reține ca apărare privind conformitatea procedurii lipsa solicitărilor de clarificări din partea ofertanților care nu îndeplineau cerințele stabilite în fișa de date a achiziției sau a contestațiilor, chiar dacă informațiile și cerințele prezentate în fișa de date a achiziției au fost explicite, deoarece autoritatea nu a demonstrat că au fost corecte și motivate.

Recurentul consideră, referitor la Contractul de servicii de publicitate media nr. 2057/04.02.2011 furnizor SC „Best Advertising&Consult SRL”, că documentele prezentate de către acesta pentru a demonstra capacitatea tehnică și/sau profesională pentru publicarea într-un ziar cu acoperire națională (Click) a unei inserții de presă, respectiv contractul de servicii nr. 3/8.11.2010 încheiat cu SC „Media Point Marketing Services” SRL și actul adițional la acesta, nu erau valabile la data deschiderii ofertelor. Contractul de servicii nr. 3/8.11.2010 avea o valabilitate până la 31.12.2010. Actul adițional al acestuia, prin care se prelungea durata de la 31.12.2010 la 31.12.2011 a fost încheiat la data de 05.01.2011, în afara perioadei de valabilitate a contractului inițial. La procedura de licitație deschisă au participat 2 ofertanți: SC „Assist Software” SRL Suceava cu o ofertă de 299.735,00 lei și SC „Best Advertising&Consult” SRL București cu o ofertă de 283.658,50 lei, iar criteriul de atribuire a fost „prețul cel mai scăzut”. Comisia de evaluare a declarat câștigătoare oferta depusă de SC „Best Advertising &Consult” SRL București, iar ofertantul SC „Assist Software” SRL Suceava a fost descalificat pentru că documentele solicitate de comisia de evaluare nu au corespuns cerințelor prevăzute în anexa la declarația pe proprie răspundere conf.art. 11 (4) din HG 925/2006.

Concluzia recurentului este că oferta depusă de SC „Best Advertising&Consult” SRL București nu a îndeplinit cerințele minime de calificare și pe cale de consecință, intimata nu a respectat principiul egalității de tratament în evaluarea și selecția ofertanților prin declararea ofertei acesteia ca și câștigătoare.

Prin întâmpinare (filele 24-28), Unitatea Administrativ-Teritorială Județul Suceava a solicitat respingerea recursului, ca nefondat, anularea deciziei nr. 98 din 22.05.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, prin Direcția generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, precum și Nota nr. CA - 20418/16.03.2012 de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare aferentă contractului de finanțare nr. 975/29.10.2010, cod SMIS 15820.

Intimata, în esență, consideră că, în mod corect asupra fondului cauzei s-a pronunțat Tribunalul Suceava, acestei instanțe revenindu-i competența de soluționare a cauzei, modificarea Codului de

procedură civilă survenind după pronunțarea sentinței recurate; că, în mod corect prima instanță a respins cererea de introducere în cauza a Curții de Audit a României prin Autoritatea de Audit; că susținerea recurentului de nemotivare a sentinței este lipsită de fond, convingerile judecătorului, care au stat la baza pronunțării acesteia regăsindu-se în cuprinsul documentului; că, cerința de calificare privind deținerea de personal cu calificări specifice este o condiție corectă și necesară, deci legală și justificată; că, cerința privind experiența similară rezultată din îndeplinirea unui contract finanțat din fonduri europene nu a fost apreciată ca fiind restrictivă și implicit nu a fost sancționată nici de Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, care a validat anunțurile de participare în care se regăseau explicit aceste cerințe și nici de operatorii economici care nu au formulat contestații și nu au solicitat clarificări în acest sens; că, în ceea ce privește neîndeplinirea de către ofertant a cerinței de calificare, cerința minimă și obligatorie de calificare era, la data solicitărilor clarificărilor oricum îndeplinită de ofertantul S.C. BEST ADVERTISING & CONSULT S.R.L. București, iar răspunsul la clarificările solicitate doar a elucidat starea de fapt și de drept, respectiv capacitatea de a prezenta un document emis și aparținând altui operator economic.

Recursul, ce se subsumează prevederilor art. 304 pct. 3, 7 și 9 și art 3041 C.p.c., nu este fondat.

Excepția de neкомпetența este neîntemeiată din moment ce modificarea legislativă de care se prevalează recurentul a intrat în vigoare ulterior legalei investiții a tribunalului, drept care, neexistând dispoziții tranzitorii derogatorii, sunt deplin aplicabile prevederile art. 725 alin. 2 C.p.c. De altfel, excepția de neкомпetență materială ar fi trebuit invocată în fața primei instanțe în condițiile art. 159 ind. 1 alin. 2 C.p.c., la primul termen după modificarea dispozițiilor privind competența, dar nu mai târziu de începerea dezbaterilor asupra fondului, astfel că, întrucât nu a fost invocată în condițiile legii, orice neregularitate se acoperă, nefiind incident motivul de casare indicat la art. 304 pct. 3 C.p.c.

Contrar argumentelor recurentului, în mod corect prima instanță a respins cererea de introducere în cauză a Curții de Conturi a României prin Autoritatea de Audit. Art. 47 C.p.c. nu este aplicabil întrucât cererea de intervenție se formulează voluntar de către terț, iar nu de către reclamant sau pârât pentru acesta. Nu este aplicabil nici art. 16 ind. 1 din Legea nr. 554/2004 care îndreptățește instanța să pună în discuție introducerea în cauză a altor persoane, iar nu să încalce principiul disponibilității nesocotind voința reclamantului, singurul îndreptățit să modifice cadrul procesual sub aspect subiectiv, cu excepția cererilor de intervenție forțată reglementate la art. 60-64 C.p.c., de care însă pârâtul-recurent nu a uzat.

Neîntemeiat este și motivul privind lipsa de motivare a sentinței de primă instanță din moment ce motivarea sumară nu echivalează cu lipsa acesteia, astfel că nu sunt incidente nici prevederile art. 304 pct. 7 C.p.c.

Pe fond, Curtea observă în primul rând că potrivit art. 15 alin. 2 din Constituție legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile.

Contractul de finanțare nr. 994 s-a încheiat la data de 29.10.2010, data la care era în vigoare OG nr. 79/2003, abrogată expres prin OUG nr. 66/2011.

Or, analizând actele contestate se observă că neregulile imputate și consecințele lor au fost apreciate prin prisma dispozițiilor legii noi, iar nu a OG nr. 79/2003, act normativ în vigoare la data derulării procedurilor de achiziție publică, care a circumscris sub aspect material conduita autorității contractante și care continuă să producă efecte în ceea ce privește situațiile juridice născute și definitive sub imperiul ei.

Procedând astfel, pârâțul a înfrânt principiul neretroactivității, nota de constatare și decizia nr. 98 din 22.05.2012 fiind emise cu nerespectarea legii aplicabile în timp.

Sub un alt aspect, se observă că nota contestată nu cuprinde o constatare și o apreciere proprie, ci, după cum arată chiar pârâțul, acesta „a dus la îndeplinire constatările consemnate de Autoritate de Audit a Curții de Conturi în raportul de audit”, fapt pentru care a și cerut introducerea acesteia în cauză.

Însă, auditorii externi au semnalat numai o suspiciune de neregulă, au opinat în sensul nerespectării art. 178 alin. 2 din OUG nr. 34/2006 și au recomandat luarea de măsuri, iar autoritatea pârâtă trebuia să verifice suspiciunea de neregulă, să o analizeze și să o motiveze, cu atât mai mult cu cât chiar ANRM MAP a validat anunțul transmis pentru publicare, ceea ce a și permis demararea procedurii pe care o pretinde acum ca fiind incorectă.

Prin urmare, întrucât pârâțul a urmat „concluziile, constatările și recomandările” Autorității de Audit a Curții de Conturi, rezultă că atribuțiile sale au fost exercitate pur formal, fără ca actul atacat să reprezinte voința proprie a emitentului.

De altfel, Curtea nu este de acord nici cu reținerea neregulilor. Astfel, în ceea ce privește procedura finalizată prin încheierea contractului 2375/09.02.2011, impunerea cerințelor de calificare reproșate a fost rezonabilă față de obiectul proiectului, înscriindu-se în marja de apreciere a autorității contractante, și nu era de natură să restricționeze participarea operatorilor economici la procedura de atribuire, aspect care rezultă și din faptul că nu au fost formulate contestații. În ceea ce privește procedura finalizată prin încheierea contractului 2057/04.02.2011, încheierea actului adițional la data de 05.01.2011 cu intrare în vigoare la 01.01.2011 este perfect valabilă în condițiile în care efectele acestuia sunt guvernate de principiul de drept civil al forței obligatorii al contractului, drept care în mod corect s-a reținut admisibilitatea ofertei depuse de SC MEDIA POINT MARKETING SRL, câștigătoare a licitației în condițiile descalificării ofertantei SC ASSIST SOFTWARE SRL.

Totodată, în ambele situații nu se poate vorbi de existența unor deficiențe semnificative care să fi prejudiciat bugetul Uniunii Europene, astfel că aplicarea corecțiilor financiare nu se justifică nici din acest motiv.

Față de cele ce preced, văzând dispozițiile art. 312 alin. 1 rap. la art. 304 pct. 9 C.p.c., Curtea constată că recursul este nefondat, urmând a fi respins ca atare.

PENTRU ACESTE MOTIVE, IN NUMELE LEGII, DECIDE:

Respinge recursul formulat de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice București, succesor în drepturi și obligații al Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, împotriva sentinței nr. 3738/30.04.2013, pronunțată de Tribunalul Suceava în dosarul nr.733/39/2012, în contradictoriu cu intimata-contestatoare Unitatea Administrativ-Teritorială Județul Suceava prin președintele Consiliului Județean Suceava, ca nefondat.

Irevocabilă. Pronunțată în ședința publică din 06 noiembrie 2013.

CURTEA DE APEL SUCEAVA
SECȚIA A II -A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIA NR. 8547
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 30 OCTOMBRIE 2013

Pe rol, judecarea recursului declarat de pârâtu Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București, cu sediul în București, împotriva sentinței nr. 3061 din 4 aprilie 2013 pronunțată de Tribunalul Suceava - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul nr. 735/39/2012*, intimată fiind reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Suceava, cu sediul în Suceava. La apelul nominal făcut în ședință publică, au răspuns consilier juridic G.A, pentru intimata reclamantă, lipsă fiind reprezentantul pârâtei recurente. Procedura de citare legal îndeplinită. S-a făcut referatul cauzei, după care, grefierul de ședință învederează faptul că reclamantul intimat a depus la dosar prin serviciul arhivă, înscrisurile solicitate la termenul anterior (f. 34- 48).

Văzând că nu mai sunt alte cereri de formulat ori probe de administrat, instanța constată cauza în stare de judecată și acordă cuvântul la dezbateri. Consilier juridic G.A, pentru reclamanta intimată a solicitat în principal respingerea recursului ca nefondat și menținerea sentinței Tribunalului Suceava ca fiind legală și temeinică, iar în subsidiar anularea deciziei și a notei de constatare emisă de pârâtă în acest proiect, respectiv proiectul „Pelerin în Bucovina”, finanțat prin programul Operațional Regional.

În motivare a arătat că în mod temeinic instanța de fond a justificat invocarea principiului retroactivității legii, întrucât Ordonanța nr. 66/2011 a fost publicată în M.O. la 3, respectiv 4 luni, după încheierea contractelor de servicii de publicitate și promovare. În ceea ce privește introducerea în cauză a Autorității de Audit, apreciază că emiterea notei de constatare și a deciziei a dat naștere unui raport juridic administrativ între reclamantă și Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - emitentul acestor documente și conform procedurilor legale reclamanta s-a adresat instanței cu o acțiune împotriva pârâtului. Curtea de Audit nu a făcut altceva decât să sesizeze presupusele nereguli pe care ministerul trebuia să le cerceteze și în urma acestor cercetări să ia o decizie.

Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, nu a făcut altceva decât să preia constatările Curții de Audit și să le transpună într-o notă de constatare, fără să ia în considerare punctul de vedere al reclamantei și starea de fapt și de drept petrecută în acest proiect. Referitor la contractul de publicitate media, reprezentantul reclamantei arată că, câștigătorul licitației S.C. Best Advertising & Consult S.R.L. a îndeplinit toate condițiile de calificare solicitate prin fișa de date și anunțul de participare.

Acel act adițional și contractul încheiat cu un alt prestator de servicii căruia i-a transmis dreptul de a presta servicii de publicitate sunt cercetări colaterale și așa cum instanța de fond a reținut dorința părților concretizată în scris referitor la acel contract s-a materializat. Referitor la condiția de calificare privind experiența rezultată dintr-un program de dezvoltare finanțat din fonduri nerambursabile, arată că această condiție de calificare nu este restrictivă, ea fiind prevăzută de MDRAP în modelul cadru al fișei de date și în procedurile pe care le transmit prin instrucțiuni. În ceea ce privește celelalte motive de recurs solicită respingerea lor ca nefondate. Declarând dezbaterile închise, după deliberare,

CURTEA

Asupra recursului de față, constată următoarele: Prin cererea înregistrată pe rolul Curții de Apel Suceava - Secția a II-a Civilă, de contencios Administrativ și Fiscal la data de 28.08.2012 sub nr. 735/39/2012, reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Suceava în contradictoriu cu intimatul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București a solicitat să se dispună anularea Deciziei pârâtei nr. 97 din 21.05.2012, prin care s-a respins contestația administrativă formulată împotriva Notei nr. CA - 19609/16.03.2012 de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare aferentă contractului de finanțare nr. 975 din 29 octombrie 2010, cod SMIS 15820.

Reclamanta și-a motivat acțiunea arătând că, prin semnarea contractului de finanțare nr. 975/29 octombrie 2010, Unitatea Administrativ Teritorială Județul Suceava, prin Consiliul Județean Suceava și-a asumat atât drepturile cât și obligațiile ce decurg din implementarea proiectului „Pelerin în Bucovina” cod SMIS 15846, finanțat în carul Programului Operațional Regional 2007 - 2013, pe Axa 5 - Dezvoltarea durabilă și promovarea turismului, Domeniul major de intervenție 5.3. Promovarea potențialului turistic și crearea infrastructurii necesare, în scopul creșterii atractivității României ca destinație turistică - Dezvoltarea și consolidarea turismului intern prin sprijinirea promovării produselor specifice și a activităților de marketing specifice.

Reclamanta a mai arătat că, pentru motivele dezvoltate pe larg în Nota de constatare și pe care le apreciază ca fiind nelegale și netemeinice, pârâta i-a aplicat o corecție financiară de 5% pentru cheltuielile eligibile aprobate în baza contractului de servicii nr. 1597/27 ianuarie 2011 încheiat cu SC Best Advertising & Consult SRL București și va reține 5% din cheltuielile ce urmează a fi decontate la cererile de rambursare următoare pentru liniile bugetare 1.5, 3.3, 3.4 și 5.1. Cu privire la contractul de servicii nr. 12292/15.07.2011 i s-a aplicat o corecție financiară de 5 % pentru cheltuielile eligibile și va reține 5 % din cheltuielile ce urmează a fi decontate la cererile de rambursare următoare pentru linia bugetară 1.4.

Pârâta, prin întâmpinarea formulată a invocat - în principal - excepția necompetenței materiale a Curții de Apel Suceava - argumentat de prevederile art. 10 (1) din Legea nr. 554/2004. În acest sens a arătat că, obiectul cauzei dedusă judecării privește o creanță bugetară și raportat la cuantumul sumei stabilite prin actul administrativ contestat care se situează sub plafonul de 500.000 lei, competența materială de soluționare în primă instanță a acțiunii revine Tribunalului Suceava - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal.

Pe fondul cauzei, a arătat că acțiunea reclamantei urmează a fi respinsă ca nefondată. Prin sentința nr. 396 din 26.11.2012 Curtea de Apel Suceava - Secția a II-a Civilă, de contencios Administrativ și Fiscal, a declinat competența de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului Suceava - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal. În speță, chiar dacă actul administrativ contestat este emis de o autoritate publică centrală, primează al doilea criteriu, respectiv cel al stabilirii competenței materiale a instanței de contencios administrativ funcție de valoarea obiectului actului administrativ contestat.

Așa fiind, în raport de valoarea obiectului actului administrativ contestat, competența materială de soluționare în primă instanță a contestației revine Tribunalului Suceava - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal. Cauza a fost înregistrată pe rolul Tribunalului Suceava la data de 28.12.2012 sub nr. 735/39/2012. La solicitarea instanței, reclamanta a depus la dosar un set de înscrisuri (filele 15 - 127).

Prin sentința nr. 3061 din 4 aprilie 2013 Tribunalul Suceava a admis contestația formulată de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Suceava, în contradictoriu cu pârâtu Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - prin Direcția Generală Constatăre și Stabilire

Nereguli Fonduri Europene București. A anulat Decizia nr. 97/21.05.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului și a anulat Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrată sun nr. CA 19609 din 14.03.2012. Pentru a hotărî astfel, tribunalul a reținut următoarele:

Referitor la cererea de introducere în cauză a Curții de Conturi, solicitare formulată de către pârâtă prin întâmpinare și respinsă prin încheierea din 31.01.2013, instanța a arătat că aceasta nu a fost motivată în drept. Codul de procedură civilă reglementează în mod limitat cazurile introducerii în proces a unor terțe persoane. Analizând fiecare din aceste situații, instanța a constatat că niciuna nu se regăsește în cauza pendinte. Curtea de Conturi nu poate pretinde aceleași drepturi ca și reclamanta, astfel încât nu poate fi chemată în judecată în temeiul art. 57 Cod procedură civilă.

Nici chemarea în garanție (art. 60 CPC) nu poate fi incidentă pentru că în speță nu se pune problema unor despăgubiri la care să poată fi obligată Curtea de Conturi față de MDRT. Arătarea titularului dreptului (art. 64 CPC) este posibilă numai în cadrul unor acțiuni prin care se tinde la apărarea unor drepturi reale, ceea ce nu este cazul în prezentul litigiu. Totodată, trebuie avut în vedere și obiectul cererii de chemare în judecată așa cum acesta a fost indicat de către reclamant, respectiv anularea Notei de constatare întocmită de către pârâtă, iar nu a raportului de audit încheiat de către Curtea de Conturi. Întrebată, reclamanta, prin reprezentantul său legal, a arătat că nu dorește introducerea în cauză a Curții de Conturi, aceasta neavând calitate în raport de obiectul cererii.

Respectând principiul disponibilității și în condițiile în care pârâtul nu a indicat niciun temei de drept în susținerea cererii de chemare în judecată a Curții de Conturi, iar din analiza cazurilor de introducere în dosar a altor persoane, nu s-a putut stabili incidența niciuneia, instanța a respins această solicitare. Pe fondul cererii, instanța a reținut că un prim aspect faptul că a fost încălcat art. 15 alin. 2 din Constituție care consacră principiul neretroactivității legii, cu excepția legii penale și contravenționale mai favorabile. În cauză contractul de finanțare nr. 975 a fost încheiat la data de 29.10.2010, dată la care era în vigoare OG nr. 79/2003 abrogată prin OUG nr. 66/2011 (art. 64). Prin actele contestate s-au reținut anumite nereguli cu consecințe financiare în temeiul OUG nr. 66/2011 care nu era în vigoare la data constatărilor, la momentul respectiv fiind incidente dispozițiile din OG nr. 79/2003, act normativ ce produce efecte asupra situațiilor juridice ivite și definitivate sub imperiul ei potrivit principiului *tempus regit actum*.

Sub un alt aspect, se reține că prin Nota de constatare nr. CA 19609 din 14.03.2012 întocmită de Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare s-a consemnat că reclamanta, cu ocazia implementării proiectului Pelerin în Bucovina, a încălcat legislația în materia achizițiilor publice, ceea ce a determinat aplicarea unor corecții financiare. Nota de constatare a fost întocmită în baza Raportului de audit încheiat de Curtea de Conturi, dar prin acesta din urmă nu s-au dispus măsuri, ci s-au formulat doar recomandări ca urmare a constatării unor presupuse nereguli. Autoritatea pârâtă trebuia să verifice bănuielile inspecției de audit și să dispună ulterior măsurile corespunzătoare, dacă presupusele neregularități erau găsite întemeiate. În schimb, pârâta a preluat recomandările din raportul de audit, exercitându-și atribuțiile la un nivel pur formal.

Referitor la încălcarea art. 200 din O.U.G. nr. 34/2006 și art. 81 din HG nr. 925/2006, instanța reține că actul adițional la contractul de prestări servicii nr. 3/08.11.2010 (fila 44 dosar Tribunal), chiar dacă a fost încheiat la data de 05.01.2011, reprezintă de fapt o prelungire a duratei contractului inițial. Ceea ce trebuie avut în vedere este intenția părților și împrejurările încheierii noii convenții. Or, acestea au înțeles să prelungească cu un an termenul unui contract existent, iar noul contract a fost încheiat la începutul anului, după vacanța zile legale libere) de Anul Nou. În plus, așa cum au reținut chiar organele de audit, SC Best Advertising & Consult SRL a fost singurul participant la procedura de atribuire a contractului de servicii de publicitate pentru proiectul Pelerin în Bucovina.

În ceea ce privește disp. art. 178 alin. 2 din OUG nr. 34/2006 cu ocazia atribuirii contractului de servicii de organizare eveniment nr. 12292/08.07.2011 pentru același proiect, instanța a apreciat că acestea au fost respectate de către reclamantă. Autoritatea contractantă are dreptul de a impune anumite criterii de calificare și selecție inclusiv referitoare la situația economică și financiară (art. 176 din OUG nr. 34/2006) doar cu condiția ca aceste cerințe să nu conducă la restricționarea participării la procedura de atribuire. În cauză, au existat trei ofertanți, iar cerința unei experiențe similare nu a afectat procesul de atribuire. Mai mult, nu a existat nicio reclamație din partea vreunei persoane interesate să participe la procedura de atribuire și a cărei participare să fi fost îngrădită tocmai pentru că nu îndeplinea condițiile impuse de autoritatea contractantă. Măsurile impuse de către reclamantă trebui analizate nu numai în limita legii, dar și în scopul ei. Or, din cuprinsul art. 178 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 rezultă că nu pot fi solicitate cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională dacă acestea ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire, ceea ce nu a fost cazul în speță.

Împotriva acestei sentințe a declarat recurs pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice București, criticând-o pentru nelegalitate și netemeinicie.

În motivare a arătat că pârâta a dus la îndeplinire constatările consemnate de Autoritatea de Audit a Curții de Conturi în raportul de audit, în conformitate cu dispozițiile legale respectiv: art. 5 lit. c), art. 21 alin. 26, art. 24 și art. 31 alin. 1 și 2 din O.U.G. nr. 66/2011. În lumina dispozițiilor legale care reglementează obligația în sarcina entităților controlate de a înlătura neregulile consemnate în rapoartele de audit ale Autorității de Audit, pârâta a întocmit Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA- 19609/16.03.2012, care are caracter de act subsecvent, acesta fiind emisă ca urmare a constatărilor din Raportul de audit de operațiuni pentru POR nr. 5164S/AP/22.12.2011, întocmit de către Autoritatea de Audit din cadrul Curții de Conturi a României.

Pe fondul cauzei a arătat că în baza Ordinului nr. 235/02.02.2012, emis de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, echipa de control a procedat la încheierea notei de constatare în baza extrasului din Raportul de audit de operațiuni pentru POR ai Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.2011, înregistrat cu nr. 94973/22.12.2011, conținând constatări cu implicații financiare cu privire la încălcarea legislației specifice achizițiilor publice, respectiv, O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii.

Astfel, valoarea corecției financiare este de:

- 28.960,77 lei inclusiv TVA, adică 5% aplicabilă la valoarea eligibilă a contractului de servicii de publicitate nr. 1579/27.01.2011, respectiv 23.355,46 lei, la care se adaugă TVA recuperabilă și
- 11.842,00 lei inclusiv TVA, adică 5% aplicabilă la valoarea eligibilă a contractului de servicii nr. 12292/15.07.2011, respectiv 9.550 lei, la care se adaugă TVA recuperabilă.

Valoarea creanței bugetare rezultate din aplicarea corecției financiare pentru contractul de servicii de publicitate nr. 1579/27.01.2011 stabilită prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-19609/16.03.2012 este de 124,90 lei inclusiv TVA. Pârâțul mai arată că sentința instanței de fond este insuficient motivată. Motivarea în sens stric juridic, al cuvântului, înseamnă arătarea în scris a rațiunilor care îl determină pe judecător să respingă sau să admită o cerere. Instanța este obligată să motiveze ce anume împrejurări au determinat-o să admită sau să respingă o cerere. Potrivit art. 261 alin. 1 Cod procedură civilă hotărârea trebuie să cuprindă motivele de fapt și de drept care au format convingerea instanței precum și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților.

Înalta Curte de Casație și Justiție prin Decizia nr. 1330/1996 a stabilit că, „constituie motiv de casare nu numai inexistența motivării, dar și insuficiența ei”. Este și normal ca lucrurile să stea astfel, întrucât, îndatorirea de a motiva clar hotărârea, convingător și pertinent - în partea numită considerentele hotărârii-constituie, în același timp, o garanție pentru împlicinați în fața eventualului arbitrariu judecătoresc și singurul mijloc prin care se dă posibilitatea de a putea exercita real controlul judiciar. Prin prisma aspectelor prezentate mai sus, arată că instanța de fond nu a prezentat, motivele/considerentele pentru care a admis acțiunea promovată de către UATJ Suceava. Mai arată că în mod greșit instanța de fond a respins cererea pentru introducerea în cauză a Autorității de Audit din cadrul Curții de Conturi a României.

În speță, cererea de introducere în cauză a Autorității de Audit a Curții de Conturi, a avut la bază faptul că aceasta este (în situația în care instanța nu consideră că Raportul de Audit este actul principal) executantul unei operațiuni administrative premergătoare actului administrativ atacat dar determinante pentru emiterea acestuia. O atare soluție este una firească în contextul prevederilor legislației specifice, așa cum este ea desenată de prevederile art. 161, instituție care vine în această speță să servească scopului pentru care legiuitorul a reglementat, prin intermediul art. 18 alin. 2 din Legea nr. 554/2004, posibilitatea cenzurării legalității unor operațiuni administrative care au stat la baza actelor atacate.

Pe cale de consecință, cererea de introducere în cauza a Autorității de Audit are drept obiect mediat cercetarea legalității operațiunii administrative (este vorba despre controlul desfășurat și despre emiterea Raportului de audit de operațiuni pentru POR nr. 51648/AP/22.12.2011) care o stat la baza emiterii actului atacat prin cererea introductivă de instanța, mai ales în considerarea caracterului determinant al acestei operațiuni. Recurentul mai arată că hotărârea judecătorească a fost dată cu depășirea atribuțiilor judecătorești, în speță neputându-se discuta de aplicarea retroactivă a disp. OUG nr. 66/2011.

Din interpretarea acestui text legal, rezultă per a contrario că activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare desfășurate după data intrării în vigoare a ordonanței se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor O.U.G. nr. 66/2011. În speță, activitatea de control s-a desfășurat în baza Ordinului ministrului instituției noastre nr. 235/02.02.2012, echipa de control încheind titlul de creanță la data de 16.03.2012, deci după intrarea în vigoare a ordonanței, astfel că rezulta indubitabil că acest act normativ nu a fost aplicat retroactiv. În acest sens, s-a pronunțat și Curtea de Apel București, prin sentința civilă nr. 6737/15.11.2011 în soluționarea dosarului nr. 9180/2/2011.

Subliniază de asemenea faptul că sancțiunea din Ordonanța Guvernului nr. 79/2003, în cazul constatării unei abateri de la legalitate, ar fi fost declararea ca neeligibile a cheltuielilor efectuate în cadrul proiectului, cu alte cuvinte o corecție de 100%. Mai mult decât atât, din analiza comparativă a dispozițiilor cuprinse în O.G. nr. 79/2003, cu modificările și completările ulterioare și O.U.G. nr. 66/2011 se constată că prevederile de natură fiscală ale celor două ordonanțe, reglementează în mod evident situații juridice obiective, așa încât, aplicarea unor corecții fiscale mai favorabile reglementate de legea nouă - O.U.G. nr. 66/2011 - unor situații juridice obiective (nereguli) consemnate sub imperiul legii vechi - O.G. nr. 79/2003 - nu încalcă principiul constituțional al neretroactivității legii consacrat de art. 15 alin. (2) din Constituția României și nici principiul legalității consacrat în materie fiscală.

Diferit de reglementările de ordin fiscal, cele două ordonanțe conțin și norme de procedură fiscală (constatarea neregulilor, căile de atac), așa încât sub aspectul activității de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare, legea nouă este de imediată aplicare, cu excepția situației tranzitorii reglementată de art. 66 din O.U.G. nr. 66/2011. În măsura în care instanța constata că O.U.G. nr. 66/2011 încalcă prevederile art. 15 alin. (2) din Constituție, aceasta avea obligația sesizării Curții Constituționale, potrivit art. 29 alin. (2) din Legea nr.47/1992 privind organizarea și

funcționarea Curții Constituționale, republicată cu modificările și completările ulterioare, verificarea concordanței unei dispoziții legale în vigoare cu Constituția României fiind de competența exclusivă a acestei instituții. Prin urmare, deși invocată de reclamantă sub forma unui motiv de nelegalitate a unui act administrativ, critica referitoare la caracterul retroactiv al OUG nr. 66/2011 nu poate fi analizată de instanță.

În ceea ce privește neîncălcarea dispozițiilor art. 200 din O.U.G. nr. 34/2006 și art. 81 din HG nr. 925/2006 în cazul contractului nr. 1579/27.01.2011, rugăm onorata instanță de recurs să constate că în mod eronat instanța de fond a apreciat că actul adițional la contractul de prestări servicii nr. 3/03.11.2010 a fost prelungit la data de 05.01.2011, întrucât acesta expirase deja la 31.11.2010 (și în accepțiunea strict juridică nu se poate prelungi un contract care a expirat). În ceea ce privește neîncălcarea dispozițiilor art. 178 alin. 2 din OUG nr. 34/2006 în cazul contractului nr. 12292/08.07.2011, arată că instanța de fond s-a mulțumit să aprecieze că în speță nu s-au încălcat dispozițiile art. 178 alin 2 din OUG nr. 34/2006 în cazul contractului menționat mai sus fără a analiza și incidență în speță a dispozițiilor art. 8 din HG nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, ajungând astfel la o concluzie eronată.

În concluzie a arătat că actele administrative atacate, respectiv Decizia nr. 97/21.05.2012 și nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA- 19609/16.03.2012, au fost emise cu respectarea prevederilor legale incidente. Sens în care solicită casarea sentinței iar în subsidiar modificarea sentinței în sensul respingerii cererii de chemare în judecată.

Analizând actele și lucrările dosarului, Curtea reține următoarele: în ce privește critica vizând insuficienta motivare, Curtea reține că recurenta invocă încălcarea disp. art. 261 lin. 1 Cod pr. civilă, fără a arăta, care sunt în concret aspectele nemotivate sau insuficient motivate, așa încât, în condițiile în care considerentele motivării susțin soluția pronunțată, instanța de recurs nu dispune de repere suficiente pentru a intra într-o analiză de detaliu a acestui motiv de recurs. Referitor la critica vizând respingerea cererii de introducere în cauză a autorității de audit din cadrul Curții de Conturi, observând că în procedura civilă din dreptul român fixarea cadrului procesual aparține părților (reclamantul prin cererea de chemare în judecată, pârâtul prin cererea reconvențională și cererea de chemare în garanție sau arătarea titularului dreptului, ambele părți prin procedura de chemare în judecată a altor persoane, cu posibilitatea intervenirii terților în condițiile stabilirii de art. 49 Cod pr. civilă), Curtea reține că, față de inacțiunea acestora și în lipsa unei prevederi care să confere expres legitimitate procesuală unei alte entități, introducerea în cauză a autorității de audit din cadrul Curții de Conturi nu este posibilă.

În ce privește chestiunea retroactivității disp. OUG nr. 66/2011, Curtea reține următoarele: Contractele de finanțare în discuție au fost încheiate, aspect necontestat în cauză, înainte de intrarea în vigoare a OUG nr. 66/2011, act administrativ care abroga expres OUG nr. 79/2003. Este adevărat că potrivit art. 66 din OUG nr. 66/2011 Activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare” dar, în opinia instanței acest articol are aplicare numai în privința procedurii de constatare și raportare a neregulilor, organizării și stabilirii atribuțiilor structurilor/echipelor de control, condițiilor de fond și formă ale procesului-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare, a căilor de atac împotriva acestor acte administrative, etc.

În același sens, este și voința legiuitorului care în art. 2 alin 6 și 7 stabilește că, flotei de constatare a neregulilor și de aplicare a corecțiilor financiare i se aplică toate prevederile prezentei ordonanțe de urgență aplicabile procesului-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare. Activității de stabilire a corecțiilor financiare i se aplică toate prevederile prezentei ordonanțe de urgență aplicabile activității de stabilire a creanțelor bugetare”, ceea ce înseamnă că s-a făcut o distincție clară între procedurile de constatare a neregulilor și încălcarea obligațiilor asumate de beneficiarul fondurilor nerambursabile. Controversa poartă însă asupra sancțiunii aplicabile unei încălcări a dispozițiilor contractuale, calificată ca „neregulă” săvârșită înainte de intrarea în vigoare a OUG nr. 66/2011, și anume în perioada derulării procedurii de achiziție publică.

Potrivit art. 15 alin. 2 din Constituție „Legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile”. Potrivit regulii constituționale, în doctrina juridică s-a afirmat că o lege nouă nu poate aduce atingere situațiilor juridice definitiv formate (constituite, modificate sau stinse) și nici efectelor produse înainte de intrarea ei în vigoare. S- a afirmat de asemenea că dispozițiile unei legi noi se aplică doar actelor și faptelor juridice încheiate, produse sau săvârșite după intrarea ei în vigoare. Așa cum prevede textul constituțional, de la principiul neretroactivității legii există și excepții, și anume legea penală sau contravențională mai favorabilă.

Pentru a stabili dacă sancțiunea corecțiilor financiare se încadrează în situația de excepție prevăzută în teza finală a art. 15 alin. 2 din Constituție, instanța reține că potrivit definiției date de art. 2 lit. o din OUG nr. 66/2011 corecțiile financiare sunt „măsurile administrative luate de autoritățile competente, în conformitate cu prevederile prezentei ordonanțe de urgență, care constau în excluderea de la finanțarea din fonduri europene și/sau fonduri publice naționale aferente acestora a cheltuielilor pentru care a fost constatată o neregulă”.

Aceste măsuri administrative au fost reglementate pentru săvârșirea de către beneficiarul fondurilor nerambursabile a unor „nereguli în aplicarea de către beneficiari a prevederilor privind procedurile de achiziție publică, fie în raport cu reglementările naționale în vigoare în domeniul achizițiilor publice, fie cu procedurile specifice de achiziții aplicabile beneficiarilor privați” împrejurare în care „se emit note de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare”, așa cum prevede art. 27 din ordonanță. Abaterile pentru care se aplică corecții financiare sunt descrise în anexa la OUG nr. 66/2011 și nu au fost reglementate în dispozițiile ordonanței abrogate.

Din textele menționate rezultă că aplicarea măsurilor administrative deși, sunt urmarea unor abateri de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit (conform definiției date de art.2 lit. a din ordonanță) reprezintă un ilicit juridic diferit de ilicitul penal sau contravențional.

Prin urmare, teza finală a art. 15 alin. 2 din Constituție, nu poate fi considerată ca aplicabilă. Inaplicabilitatea sancțiunilor administrative prevăzute de OUG nr. 66/2011, este impusă și de dispozițiile art. 2 alin. 2 din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2988/95 al Consiliului din 18 decembrie 1995 privind protecția intereselor financiare ale Comunităților Europene, aplicabil conform art. 148 alin. 2 din Constituție. Potrivit acestor dispoziții „Nicio sancțiune administrativă nu poate fi impusă în absența unor dispoziții în acest sens prevăzute într-un act comunitar emis anterior abaterii respective. În cazul modificării ulterioare a dispozițiilor care impun sancțiuni administrative și care sunt incluse în normele comunitare, se aplică retroactiv dispozițiile mai favorabile”. Or, sancțiuni

administrative sub forma corecțiilor financiare și descrierea faptelor ce constituie abateri, nu au avut o reglementare anterioară, pentru a se pune problema aplicării legii mai favorabile.

Legat de acest aspect, instanța nu poate reține caracterul mai favorabil al aplicării corecțiilor financiare față de restituirea integrală a fondurilor nerambursabile, aplicată ca sancțiune pentru săvârșirea unei nereguli și prevăzută în OG nr. 79/2003. Aceasta pentru că efectele aplicării celor două sancțiuni sunt diferite. Astfel, în baza dispozițiilor OG nr. 79/2003 constatarea unei nereguli era urmată de obligarea beneficiarului fondurilor nerambursabile la restituirea integrală a fondurilor obținute. Dar, restituirea fondurilor era urmarea rezilierii/rezoluțiunii unilaterale a contractului de finanțare, ceea ce presupune desființarea contractului, și deci încetarea efectelor lui (îndeplinirii drepturilor și obligațiilor corelative). În reglementarea OUG nr. 66/2011, corecțiile financiare sunt sancțiuni care nu au efect asupra efectelor contractului, părțile fiind ținute în continuare să-și îndeplinească drepturile și obligațiile asumate. De altfel, aplicării corecțiilor financiare stabilite de OUG nr. 66/2011, i se opune și principiul stabilității securității juridice care impune ca o dispoziție legală să permită celor interesați să cunoască cu exactitate întinderea obligațiilor ce le sunt impuse. Cei cărora o dispoziție legală li se adresează, trebuie să aibă posibilitatea să își cunoască în mod neechivoc drepturile și obligațiile și să procedeze în consecință.

CJCE a statuat că Imperativul securității juridice se impune cu o rigoare deosebită în cazul în care o reglementare poate avea implicații financiare (Cauza C-94/05, pct. 43). Or, reclamanta nu era în măsură să cunoască în mod neechivoc drepturile și obligațiile sale legate de aplicarea prevederilor privind procedurile de achiziție publică, deoarece obligația de a implementa Proiectul „în conformitate cu prevederile prezentului contract și ale legislației naționale și comunitare în vigoare” exprimă obligații generice și mult prea vagi față de specificitatea abaterilor descrise în anexa la ordonanța de urgență. În același sens s-a exprimat și CJCE în Cauza C-158/06: „atunci când condițiile de acordare a unui sprijin financiar oferit de UE unui stat membru sunt enunțate în decizia de acordare, dar nu au fost nici publicate, nici comunicate de acest stat membru beneficiarului final al sprijinului, dreptul comunitar nu se opune aplicării principiului securității juridice în sensul împiedicării restituirii de către acest beneficiar al sumelor plătite necuvenit, cu condiția să fie constatată buna - credință a beneficiarului menționat”. Dar, în aceeași cauză s-a apreciat că nu există culpa beneficiarului (și în consecință nici reaua-credință) atunci când beneficiarul nu a avut posibilitatea de a cunoaște în mod neechivoc, cu exactitate, drepturile și obligațiile care îi revineau.

În consecință, aplicarea unei corecții financiare, pentru o abatere ce nu era descrisă la data încheierii contractului și nici la data derulării procedurii de achiziție publică, încalcă atât dispozițiile art. 15 alin. 2 din Constituție cât și dispozițiile art.2 alin. 2 din Regulamentul nr. 2988/95 precum și principiul securității juridice. În fine, față de criticile recurente referitoare la competența constatării încălcării art. 14 alin. 2 din Constituție, Curtea observă că în realitate problema ridicată în fața instanței este de a identifica actul normativ aplicabil în cauză, adică o chestiune de activitate și nu de retroactivitate a legii. Având în vedere concluzia la care Curtea a ajuns în ce privește legea aplicabilă, analiza motivelor de recurs ce vizează fondul cauzei nu mai este necesară. În consecință, în temeiul art. 312 Cod pr. civilă, Curtea va respinge recursul ca nefondat, cu completarea motivării hotărârii primei instanțe în sensul celor arătate anterior.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII, DECIDE,

Respinge, ca nefondat, recursul declarat de pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București, cu sediul în București, împotriva sentinței nr. 3061 din 04 aprilie 2013 pronunțată de Tribunalul Suceava - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul nr. 735/39/2012*, intimată fiind reclamanta

Unitatea Administrativ Teritorială Județul Suceava, cu sediul în Suceava, str. Ștefan cel Mare nr.36,
Județ Suceava.

Irevocabilă. Pronunțată în ședința publică din 30 octombrie 2013.

Dosar nr. 736/39/2012*

CURTEA DE APEL SUCEAVA
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIA NR. 4192
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 15 MAI 2013

Pe rol, judecarea recursului declarat de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice (MDRAP) succesor în drepturi și obligații al Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - prin Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București cu sediul în București, sector 5, împotriva sentinței nr. 235 din 17 ianuarie 2013 pronunțată de Tribunalul Suceava - Secția de contencios administrativ și fiscal în dosar nr.736/39/2012, intimată fiind Unitatea Administrativ Teritorială Județul Suceava cu sediul în Suceava, Județul Suceava. La apelul nominal, făcut în ședință publică, a răspuns consilier juridic G A pentru intimată, lipsă fiind recurentul. Procedura de citare este legal îndeplinită.

S-a făcut referatul cauzei, după care, verificându-și competența, în baza art.1591 al.4 Cod proc. civilă, instanța se declară competentă, conform dispozițiilor art. 10 al.2 din Legea nr.554/2004 și ale art.3 pct.3 Cod proc. civilă și luând act că nu sunt cereri de formulat și nu s-au invocat chestiuni prealabile, constată recursul în stare de judecată și acordă cuvântul la dezbateri.

Reprezentantul intimatei solicită respingerea recursului ca nefondat conform celor expuse pe larg în întâmpinarea pe care o depune la dosar, în două exemplare. (filele nr. 16-21 dosar) Consideră motivele de recurs ca fiind “ iluzorii în ce privește etapa de evaluare și verificare a documentației, susține că aceasta este ulterioară întocmirii documentației de atribuire; că în documentația de atribuire s-a impus ca cerință obligatorie - prezentarea unui certificat de audit, în concordanță cu dispozițiile imperative ale Ordinului nr.185 al președintelui ANRMAR. Critică susținerea recurentei referitoare la faptul că nu s-ar fi adus la cunoștința operatorilor economici această cerință de calificare, considerând că această susținere nu poate fi reținută și arătând că anexat la întâmpinare a depus copia anunțului de participare publicat în SEAP, unde la punctul III.2.3) se regăsește certificatul de audit, la fel și la punctul 1. în ce privește oportunitatea și legalitatea acestei cerințe de calificare, precizează că ea este în concordanță cu OUG nr.34/2006 și Ordinul nr.185; că pe toată perioada contractului contestatoarea a respectat legislația aflată în vigoare. Declarând dezbaterile închise, după deliberare,

CURTEA,

Asupra recursului de față, constată:

La data de 28.08.2012 a fost înregistrată pe rolul Curții de Apel Suceava - Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal sub nr.736/39/2012, contestația formulată de contestatoarea Unitatea Administrativ Teritorială Suceava împotriva Deciziei nr.105/28.05.2012 emisă de intimatul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - prin Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, prin care s-a respins contestația administrativă formulată împotriva Notei nr. CA - 20592/16.03.2012, înregistrată la Consiliul Județean Suceava cu nr. 4717 din 26.03.2012, de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare aferentă contractului de finanțare nr. 35 din 26.02.2009, cod SMIS 15821, denumită în continuare notă de constatare, solicitând anularea acesteia, iar pe fond anularea Notei de constatare a neregulilor transmisă cu adresa nr.CA - 20418/16.03.2012, înregistrată la Consiliul Județean Suceava ca neîntemeiată și implicit a corecțiilor financiare stabilite, precum și admiterea cerințelor de calificare în special și

întreaga documentație în general care nu excede în nici un fel cadrulul legal instituit prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, ambele cu modificările și completările ulterioare.

Contestatoarea a arătată că în fapt, prin semnarea contractului de finanțare nr. 35 din 26.02.2009, Unitatea Administrativ Teritorială județul Suceava - prin Consiliul Județean Suceava și-a asumat atât drepturile cât și obligațiile ce decurg din implementarea proiectului „Modernizare DJ 208S, Dolhasca - Probotă, km 0+000 - 8+000”, COD SMIS 992”. Această asumare s-a făcut într-un definit, cunoscut și însușit cadru legal în vigoare la acea dată și care a fost respectat pe toată perioada de implementare a proiectului.

Ulterior finalizării procedurilor de achiziție publică și a implementării proiectului, prin Raportul de audit de operațiuni pentru POR al Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.2011 s-au semnalat presupuse nereguli cu privire la impunerea unei cerințe minime de calificare constând în prezentarea unui certificat de audit al tirajelor și a unui număr minim de exemplare vândute din cadrul acestui tiraj. Potrivit procedurilor, Unitatea Administrativ Teritorială județul Suceava notificată fiind a luat o poziție fermă, transmisă în scris cu adresa nr. 2595 din 21.02.2012. Față de nota de constatare a neregulilor transmisă cu adresa nr. CA - 20592/16.03.2012, înregistrată la Consiliul Județean Suceava cu nr. 4717 din 26.03.2012, contestatoarea a apreciat că aceasta este netemeinică și nu conține motive reale și justificate de acordare a corecțiilor financiare.

Prin întâmpinare, intimatul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului a invocat pe cale de excepție, necompetența materială a Curții de Apel Suceava motivat de faptul că în speță, Unitatea Administrativ Teritorială Suceava a formulat o cerere de chemare în judecată prin care a solicitat anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 20592/16.03.2012 emisă de intimatul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului. Prin acest titlu de creanță s-a stabilit în sarcina reclamantei un debit în valoare de 401,68 lei, inferior sumei de 500.000 lei prevăzută de art. 10 din Legea nr.554/2004.

De asemenea a solicitat introducerea în cauză a Autorității de Audit din cadrul Curții de Conturi a României motivat de faptul că instituția a dus la îndeplinire constatările consemnate de Autoritatea de Audit a Curții de Conturi în raportul de audit, în conformitate cu dispozițiile legale care reglementează obligația în sarcina entităților controlate de a înlătura neregulile consemnate în rapoartele de audit ale Autorității de Audit, MDRT întocmind Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, care are caracter de act subsecvent, acesta fiind emisă ca urmare a constatării lor din Raportul de audit de operațiuni pentru POR nr. 51648/AP/22.12.2011, întocmit de către Autoritatea de Audit din cadrul Curții de Conturi a României;

A considerat că, în speță, trebuie avut în vedere faptul că cele două acte, din care unul este principal (Raportul de audit de operațiuni pentru POR nr. 51648/AP/22.12.2011), iar celălalt accesoriu (Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor lor financiare nr. CA 18145/09.03.2012), trebuie să facă împreună obiectul cercetării judiciare. Având în vedere calitatea de act subsecvent a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 20592/16.03.2012 solicită introducerea în cauză a Autorității de Audit în calitatea sa de emitent a actului principal respectiv a Raportului de audit nr. 51648/AP/22.12.2011.

Pe fondul cauzei, a arătat că din verificarea efectuată asupra documentelor de achiziție lucrări și servicii pentru realizarea obiectivului, în raport cu concluziile formulate în Raportul de audit de

operațiuni pentru POR al Autorității de Audit nr.51648/AP/22.12.2011, echipa de control din cadrul contestatoarei a sesizat faptul că UAT Județul Suceava nu a respectat principiul egalității de tratament în evaluarea și selecția ofertanților, prin introducerea unor cerințe nelegale în documentația de atribuire.

Reclamanta, în calitate de Autoritate Contractantă, a restricționat accesul operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului de servicii de publicitate, prin impunerea unei cerințe de calificare nelegală în Fișa de date a achiziției, la capacitatea tehnică și/sau profesională, punctul 5.4.9. Informații privind protecția muncii: "cerință obligatorie, certificat de audit BRAT, din care să rezulte tirajul mediu difuzat pe ediție - minim 7000 exemplare/ediție", fără ca această cerință să fie inclusă în Anunțul de participare, în conformitate cu prevederile art. 11 (1) din HG nr.925/2006 și art.178 alin.(1) din OUG nr.34/2006.

A arătat de asemenea că UAT Județul Suceava nu a respectat prevederile art.8 alin.(1) din HG nr.925/2006, respectiv "*Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuirea contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care: a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit; b) simt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.*"

Astfel, prin impunerea de către UAT Județul Suceava în Fișa de date a achiziției a acestui criteriu de calificare și selecție, au fost încălcate prevederile art.178 alin.(2) din OUG nr.34/2006, conform cărora "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționare a participării la procedura de atribuire".

Pentru considerentele de mai sus, s-a constatat încălcarea legislației privind achizițiile publice și, pe cale de consecință, abaterea de la legalitate, regularitate și conformitate fiind astfel identificată o neregulă în conformitate cu prevederile art. 2 alin. 1 lit. a) din ODG 66/2011. Având în vedere faptul că deficiența are o gravitate semnificativă, a fost stabilită o corecție de 10% din valoarea eligibilă a contractului de servicii nr.5773/21.04.2009, respectiv suma de 401,68 lei.

Debitorul, Unitatea Administrativ Teritorială (UAT) județul Suceava, datorează autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene un debit în valoare de 401,68 lei, după cum urmează:

- contribuție din fonduri DE: 290,76;
- contribuție publică națională (bugetul de stat): 38,66 lei;
- TVA : 72,26 lei.

În ceea ce privește susținerile reclamantei UAT județul Suceava, a arătat faptul că plângerea înaintată spre soluționare instanței de judecată este identică cu contestația administrativă formulată împotriva Notei de constatare nr.20592/16.03.2012 și arată că înțelege să-și mențină poziția și susținerile exprimate în cuprinsul Deciziei nr. 105/28.05.2012. Pe cale de consecință, a solicitat respingerea ca nefondată a contestației formulată de UAT Județul Suceava și menținerea ca legală și temeinică a actelor emise de prim pârâtă.

Prin Sentința nr.317 din 15 octombrie 2012 Curtea de Apel Suceava a declinat competența de soluționare a cauzei formulată de contestatoarea Unitatea Administrativ Teritorială Suceava, în

contradictoriu cu intimatul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București, către Tribunalul Suceava.

Cauza a fost înregistrată pe rolul Tribunalului Suceava — secția de contencios administrativ și fiscal la data de 23.10.2012 sub nr.736/39/2012.

La termenul din data de 17 ianuarie 2013, instanța a pus în discuție cererea pârâtei Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului privind introducerea în cauză a Autorității de Audit din cadrul Curții de Conturi a României cererea fiind respinsă ca nefondată, întrucât această instituție nu justifică calitate procesuală pasivă în cauză, actele ce fac obiectul contestației de față fiind depuse de către Ministerul Dezvoltării Regionale.

Prin sentința nr.235 din 17 ianuarie 2013 Tribunalul Suceava - secția de contencios administrativ și fiscal a admis acțiunea contestatoarei și a anulat Decizia nr. 105/28.05.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene și Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-20.592/16.03.2012 întocmită de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare.

Pentru a hotărî astfel, tribunalul a reținut următoarele:

Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrată sub nr. CA 20592 din 16.03.2012 emisă de Direcția de Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, s-a stabilit în sarcina reclamantei o creanță bugetară în valoare de 401,68 lei.

Împotriva titlului de creanță reclamanta a formulat contestație în temeiul prev. OUG nr. 66/2011, arătând că la data declanșării procedurii de atribuire a contractului de servicii de publicitate nr. 5773/21.04.2009, era în vigoare Ordinul nr. 183/2006 privind aplicarea dispozițiilor referitoare la contractul de publicitate media emis de Autoritatea Națională pentru reglementarea și monitorizarea achizițiilor publice, care prevedea criterii clare de selecție și calificare a operatorilor economici. Prin Decizia nr. 105 din 28.05.2012, Comisia de soluționare a contestațiilor din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene a respins contestația ca nefondată.

S-a reținut că prin impunerea de către autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției a unui criteriu de clasificare și selecție referitor la deținerea certificatului BRAT de către potențialii ofertanți, s-au încălcat disp. art. 178 alin.(2) din OUG nr. 34/2006, conform căroră *„Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară sau la capacitatea tehnică și profesională care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire. Dar, la soluționarea contestației pârâtul nu a avut în vedere și disp. art. 178 alin.(1) din OUG nr. 34/2006, potrivit căroră „ In cazul în care, pentru criteriile de natura celor prevăzute la art. 176 lit. c) și d), autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați, atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate, conform principiului transparenței, în cadrul anunțului de participare”.*

Totodată, la art. 179 s-a precizat că *„Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să*

aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit. În acest sens, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia.”

Din fișa de date a achiziției se reține că autoritatea contractantă a indicat ca și cerință obligatorie certificat de audit BRAT din care să rezulte tirajul mediu difuzat (vândut) pe ediție - minim 7000 exemplare pe ediție.

La baza stabilirii acestui criteriu de selecție și calificare au stat prev. art. 6 din Ordinul nr. 183 din 3 noiembrie 2006 privind aplicarea dispozițiilor referitoare la contractul de publicitate media, având următorul cuprins:

„(1) În cazul contractelor de publicitate media, autoritatea contractantă are obligația de a utiliza următoarele criterii de selecție și calificare a operatorilor economici în funcție de natura mijlocului de comunicare:

a) pentru publicații, tirajul mediu difuzat pe ediție al ofertantului, aria de difuzare, profilul, publicul-țintă. în cazul tirajului mediu difuzat pe ediție al operatorului economic, acesta trebuie să fie certificat pentru o perioadă de minimum 3 luni din ultimul an calendaristic de către instituții autorizate, independente, de audit.”

Acest Ordin a fost emis în baza Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 74/2005 privind înființarea Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, aprobată cu modificări prin Legea nr. 111/2006, și a Hotărârii Guvernului nr. 895/2005 privind organizarea și funcționarea Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, în aplicarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică și era în vigoare la data declanșării procedurii de atribuire a contractului de prestare de servicii de publicitate. Prin urmare, reclamanta nu a făcut decât să respecte niște proceduri de lucru întocmite de Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, care pe lângă alte atribuții, trebuie să asigure un cadru legal coerent și armonizat cu *acquis-ul* comunitar în domeniul achizițiilor publice și un cadru corespunzător de aplicare conformă a legislației în domeniul achizițiilor publice.

În aceste condiții, nu i se poate imputa reclamantei introducerea unei cerințe nelegale, câtă vreme acest criteriu era obligatoriu pentru atribuirea contractului de servicii de publicitate media. Împotriva acestei sentințe a declarat recurs, în termen legal, Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice (MDRAP) succesor în drepturi și obligații al Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - prin Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București, criticând-o pentru nelegalitate și netemeinicie. În motivare, prezentând situația de fapt, recurentul a susținut că în mod greșit a reținut instanța de fond că la soluționarea contestației nu s-a ținut cont de prevederile art.178 alin.(1).

A arătat că în cuprinsul deciziei nr. 105/28.05.2012 Comisia de soluționare a contestației administrative a menționat că potrivit prevederilor art.178 alin.(1) din OUG nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, în cazul în care „*autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții trebuie să le îndeplinească pentru a fi calificați, atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate, conform principiului transparenței, în cadrul anunțului de participare*”.

Totodată, în alineatul imediat următor din decizia mai sus arătată, comisia a constatat că autoritatea contractantă (reclamanta) nu a inclus în anunțul de participare cerința obligatorie de calificare, constând în prezentarea unui certificat de audit al tirajelor și a unui număr minim de exemplare vândute din cadrul aceluiași tiraj, în conformitate cu prevederile art.11 (1) din HG nr.925/2006, cu modificările și completările ulterioare.

A considerat că în mod eronat a reținut instanța de fond că reclamanta nu a făcut decât să respecte niște proceduri de lucru, respectiv faptul că la baza aplicării acestei cerințe au stat prevederile art.6 din Ordinul nr.183/03.11.2006 privind aplicarea dispozițiilor referitoare la contractul de publicitate media. A subliniat faptul că reclamanta UAT Județul Suceava a fost sancționată pentru că a impus această cerință minimă fără a o preciza, conform principiului transparenței, în cadrul anunțului de participare, încălcând în acest mod prevederile art.178 alin.(1) din OUG nr.34/2006 și art.11 (1) din HG nr.925/2006.

A solicitat admiterea recursului, modificarea în tot a sentinței recurate iar pe fondul cauzei, respingerea ca neîntemeiată a acțiunii formulate de reclamanta UAT Județul Suceava și menținerea ca temeinice și legale a actelor contestate. Și-a întemeiat recursul pe disp. art.304¹ Cod proc. civilă. Prin întâmpinare, intimata a solicitat respingerea recursului ca nefondat și menținerea sentinței atacate ca legală și temeinică.

Referitor la „*nerespectarea egalității de tratament în evaluarea și selecția ofertanților, prin introducerea unor cerințe nelegale în documentația de atribuire*” a reiterat împrejurarea prezentată în Contestația sa nr.14763/27.08.2012, în sensul că organul emitent al acestor aprecieri confundă și în fapt contopește cu bună știință etapa de evaluare a ofertelor cu cea de întocmire a documentației de atribuire și punerea ei la dispoziția operatorilor economici prin mijloacele specifice cunoscute, situație în care apare întrebarea firească dacă persoanele care au „verificat” documentele și au întocmit nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA - 20592/16.03.2012, cunosc legislația privind achizițiile publice și practica acestora.

Referitor la certificatul de audit al tirajelor solicitat operatorilor economici prin anunțul de participare și implicit prin documentația de atribuire, a arătat că acesta era impus, prin dispoziție imperativă, de Ordinul nr. 183/2006 (aflat în vigoare pe întreaga perioadă cuprinsă între data inițierii și data finalizării procedurii) privind aplicarea dispozițiilor referitoare la contractul de publicitate media, emis de președintele Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice și publicat în Monitorul Oficial al României partea I nr. 979 din 7 decembrie 2006. Art. 6 alin. (1) lit. a) stipula imperativ că „*în cazul contractelor de publicitate media, autoritatea contractantă are obligația de a utiliza următoarele criterii de selecție și calificare a operatorilor economici în funcție de natura mijlocului de comunicare: a) pentru publicații, tirajul mediu difuzat pe ediție al ofertantului, aria de difuzare, profilul, publicul - țintă. În cazul tirajului mediu difuzat pe ediție al operatorului economic, acesta trebuie să fie certificat pentru o perioadă de minimum 3 luni din ultimul an calendaristic de către instituții autorizate, independente, de audit...*”

În aceste condiții, autoritatea contractantă a fost obligată prin lege de a impune o astfel de cerință de calificare, indicând totodată legal, procedural și în apărarea interesului propriu și un număr minim de publicații care să fi intrat în posesia utilizatorului final (cititorul) și nu poate fi sancționată pentru respectarea unui act normativ imperativ și nu permisiv cu putere de lege.

Referitor la afirmația conform căreia „UAT a fost sancționată pentru că a impus această cerință minimă fără a o preciza, conform principiului transparenței, în cadrul anunțului de participare”, a susținut că această remarcă este eminentemente eronată. În susținerea afirmației sale, a atașat în copie Anunțul de participare nr. 74369/27.03.2009, publicat în SEAP, cu precizarea că punctul III.2.3) punctul 3 conține cerința de calificare solicitată. Examinând legalitatea și temeinicia sentinței atacate, prin prisma actelor și lucrărilor dosarului, a motivelor de recurs invocate, *Curtea* constată că recursul nu este fondat pentru următoarele considerente:

Conform dispozițiilor art. 303 alin. din OUG nr. 34/2006 „*Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice elaborează norme de aplicare a prezentei ordonanțe de urgență, inclusiv modelul contractului de achiziție publică, al contractului de concesiune de lucrări publice și al contractului de concesiune de servicii, pe care le supune spre adoptare Guvernului în termen de 60 de zile de la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, a prezentei ordonanțe de urgență*”.

În baza acestei dispoziții ANRMAP a emis Ordinul nr. 183/2006 privind aplicarea dispozițiilor referitoare la contractul de publicitate media care în art. 6 alin. 1 lit. a prevede că „*În cazul contractelor de publicitate media, autoritatea contractantă are obligația de a utiliza următoarele criterii de selecție și calificare a operatorilor economici în funcție de natura mijlocului de comunicare:*

a) pentru publicații, tirajul mediu difuzat pe ediție al ofertantului, aria de difuzare, profilul, publicul-țintă. În cazul tirajului mediu difuzat pe ediție al operatorului economic, acesta trebuie să fie certificat pentru o perioadă de minimum 3 luni din ultimul an calendaristic de către instituții autorizate, independente, de audit”

Aceste dispoziții sunt obligatorii pentru orice autoritate publică care încheie un contract în baza OUG nr. 34/2006, astfel că nu se poate spune că prin cerința inserată în fișa de date a achiziției a încălcat principiul tratamentului prin stabilirea unor cerințe de natură să conducă la restricționarea participării la procedura de atribuire.

Respectarea dispozițiilor legale de către reclamantă a fost corect reținută de instanța de fond care printr-o interpretare și aplicare corectă a legii a stabilit nelegalitatea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrată sub nr. CA 20592 din 16.03.2012 emisă de Direcția de Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului. Pentru considerentele expuse, *Curtea* constată că recursul este nefondat și va fi respins în temeiul art. 312 Cod procedură civilă și art. 21 din Legea nr. 554/2004.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII, DECIDE:

Respinge, ca nefondat, recursul declarat de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice (MDRAP) succesor în drepturi și obligații al Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - prin Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București cu sediul în București, sector 5, împotriva sentinței nr. 235 din 17 ianuarie 2013 pronunțată de Tribunalul Suceava - Secția de contencios administrativ și fiscal în dosar nr.736/39/2012, intimată fiind Unitatea Administrativ Teritorială Județul Suceava cu sediul în Suceava, Județul Suceava. Irevocabilă. Pronunțată în ședința publică din data de 15 Mai 2013.

Dosar nr. 738/39/2012*

CURTEA DE APEL SUCEAVA
SECȚIA A II A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIA NR.2290
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 19 MARTIE 2013

Pe rol, judecarea recursului declarat de pârâțul **Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice București** împotriva sentinței nr.6659 din 19 noiembrie 2012 pronunțată de Tribunalul Suceava - secția de contencios administrativ și fiscal, intimată fiind **Unitatea Administrativ Teritorială a Județului Suceava - prin Președintele Consiliului Județean Suceava**. La apelul nominal s-au prezentat consilier juridic G A, pentru reclamanta - intimată , lipsă fiind reprezentantul pârâtului - recurent. Procedura de citare a fost legal îndeplinită.

Instanța, în temeiul art. 159¹ alin. 4 Cod procedură civilă, art. 3 pct. 3, art. 299 alin. 1, 2 din Codul de procedură civilă și art. 8 și 10 alin. 1 teza I din Legea nr. 554/2004 s-a declarat competentă general, material și teritorial să soluționeze cauza. S-a făcut referatul cauzei, după care instanța, constatând că nu mai sunt alte cereri de formulat declară recursul în stare de judecată și acordă cuvântul la dezbateri. Consilier juridic G.A, pentru reclamanta - intimată, solicită respingerea recursului ca nefondat și menținerea sentinței primei instanțe ca legală și temeinică, cu reținerea motivării din întâmpinare depusă la dosar. După deliberare,

CURTEA,

Asupra cauzei de față, constată:

Prin cererea înregistrată pe rolul Curții de Apel Suceava - Secția a II a civilă, de contencios administrative și fiscal, la data de 29.08.2012, sub nr. 738/39/2012, Unitatea Administrativ Teritorială Suceava contestă Decizia nr. 112/07.06.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, prin Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, prin care a fost respinsă contestația administrativă formulată împotriva Notei nr.CA - 21257/20.03.2012, înregistrată la Consiliul Județean Suceava cu nr. 5718 din 09.04.2012, de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare aferentă contractului de finanțare nr. 86 din 26.02.2009, cod SM1S 1017, denumită în continuare notă de constatare, solicitând: anularea Notei de constatare a neregulilor transmisă cu adresa nr. CA - 21257/20.03.2012, ca neîntemeiată și implicit a corecțiilor financiare stabilite și admiterea cerințelor de calificare în special și întreaga documentație în general întrucât nu exced în nici un fel cadrului legal instituit prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006 și Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, ambele cu modificările și completările ulterioare.

Contestatoarea și-a motivat acțiunea arătând că, prin semnarea contractului de finanțare nr. 86 din 26.02.2009, Unitatea Administrativ Teritorială județul Suceava, prin Consiliul Județean Suceava și-a asumat atât drepturile cât și obligațiile ce decurg din implementarea proiectului „Modernizare DJ 175 B (reclasat din DC 90A, în baza H.G. nr. 540/2000) km 0+000 - 15+800, Pojorâta - Rarău”, COD SMIS 1017.

A arătat că ulterior finalizării procedurilor de achiziție publică și a implementării proiectului, prin Raportul de audit de operațiuni pentru POR al Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.2011 s-au semnalat presupuse nereguli cu privire la impunerea unei cerințe minime de calificare constând în prezentarea unui certificat de audit al tirajelor și a unui număr minim de exemplare vândute din cadrul acestui tiraj.

Prin întâmpinare, pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - prin Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București, a invocat excepția necompetenței materiale a Curții de Apel Suceava, întrucât în conformitate cu art. 10 alin. 1 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrative - "litigiile privind actele administrative emise sau încheiate de autoritățile publice locale și județene, precum și cele care privesc taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora de până la 500.000 lei se soluționează în fond de tribunalele administrativ-fiscale, iar cele privind actele administrative emise sau încheiate de autoritățile publice centrale, precum și cele care privesc taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora mai mari de 500.000 de lei se soluționează în fond de secțiile de contencios administrative și fiscal ale curților de apel, dacă prin lege organică specială nu se prevede astfel".

Pe fondul cauzei a solicitat respingerea contestației ca nefondată și menținerea ca legale și temeinice a actelor emise. Prin sentința nr. 287 din 01 octombrie 2012 Curtea de Apel Suceava - Secția a II- a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal a declinat competența de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului Suceava. S-a reținut că, legiuitorul a stabilit în mod diferit competența de soluționare a litigiilor privind actele administrative și a litigiilor privind actele administrative fiscale. Dacă în ceea ce privește competența de soluționare a litigiilor privind actele administrative este aplicabil criteriul autorității publice emitente competența de soluționare a litigiilor privind actele administrative fiscale este stabilită în funcție de valoarea actului contestat.

Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrată sub nr. CA 21257 din 20.03.2012 emisă de Direcția de Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului prin care reclamanta a fost obligată să restituie suma de 196,64 lei constituie titlu de creanță în conformitate cu dispozițiile art. 21 alin. 20 din OUG nr. 66/2011 și este act administrativ fiscal procedura de contestare a acestuia fiind cea prevăzută de dispozițiile Codului de procedură fiscală.

În considerarea dispozițiilor legale citate, curtea a constatat că acțiunea reclamantei privind anularea deciziei nr. 112/07.06.2012 prin care a fost soluționată contestația formulată împotriva Notei de constatare nr. CA 21257/20.03.2012 nu este de competența Curții de Apel Suceava. Cauza a fost înregistrată pe rolul acestei instanțe la data de 12.10.2012 sub nr. 738/39/2012. Prin *sentința nr.6659 din 19 noiembrie 2012 Tribunalul Suceava - secția de contencios administrativ și fiscal* a admis acțiunea având ca obiect „contestație act administrativ fiscal” formulată de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Suceava în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București, a anulat Decizia nr. 112/07.06.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene și Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-21.257/20.03.2012 întocmită de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare.

Pentru a hotărî astfel prima instanță a reținut că, prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrată sub nr. CA 21257 din 20.03.2012 emisă de Direcția de Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, s-a stabilit în sarcina reclamantei o creanță bugetară în valoare de 196,64 lei.

Împotriva titlului de creanță reclamanta a formulat contestație în temeiul prev. OUG nr. 66/2011, arătând că la data declanșării procedurii de atribuire a contractului de servicii de publicitate nr. 5774/21.04.2009, era în vigoare Ordinul nr. 183/2006 privind aplicarea dispozițiilor referitoare la contractul de publicitate media emis de Autoritatea Națională pentru reglementarea și

monitorizarea achizițiilor publice , care prevedea criterii clare de selecție și calificare a operatorilor economici.

Prin Decizia nr. 112 din 07.06.2012, Comisia de soluționare a contestațiilor din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene a respins contestația ca nefondată. S-a reținut prin impunerea de către autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției a unui criteriu de clasificare și selecție referitor la deținerea certificatului BRAT de către potențialii ofertanți, s-au încălcat disp. art. 178 alin.(2) din OUG nr. 34/2006, conform căroră "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară sau la capacitatea tehnică și profesională care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire".

Dar, la soluționarea contestației pârâtul nu a avut în vedere și disp. art. 178 alin.(1) din OUG nr. 34/2006, potrivit căroră „în cazul în care, pentru criteriile de natura celor prevăzute la art. 176 lit. c) și d), autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați, atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate, conform principiului transparenței, în cadrul anunțului de participare.” Totodată, la art. 179 se precizează că „Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit. În acest sens, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia.”

Din fișa de date a achiziției se reține că autoritatea contractantă a indicat ca și cerință obligatorie certificat de audit BRAT din care să rezulte tirajul mediu difuzat (vândut) pe ediție-minim 7000 exemplare pe ediție. La baza stabilirii acestui criteriu de selecție și calificare au stat prev. art. 6 din Ordinul nr. 183 din 3 noiembrie 2006 privind aplicarea dispozițiilor referitoare la contractul de publicitate media, având următorul cuprins: (1) În cazul contractelor de publicitate media, autoritatea contractantă are obligația de a utiliza următoarele criterii de selecție și calificare a operatorilor economici în funcție de natura mijlocului de comunicare: a) pentru publicații, tirajul mediu difuzat pe ediție al ofertantului, aria de difuzare, profilul, publicul-țintă. în cazul tirajului mediu difuzat pe ediție al operatorului economic, acesta trebuie să fie certificat pentru o perioadă de minimum 3 luni din ultimul an calendaristic de către instituții autorizate, independente, de audit.”

Acest Ordin a fost emis în baza Ordonanței de urgență a Guvernului nr.74/2005 privind înființarea Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, aprobată cu modificări prin Legea nr. 111/2006, și a Hotărârii Guvernului nr.895/2005 privind organizarea și funcționarea Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, în aplicarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr.34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică și era în vigoare la data declanșării procedurii de atribuire a contractului de prestare de servicii de publicitate. Prin urmare, reclamanta nu a făcut decât să respecte niște proceduri de lucru întocmite de Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, care pe lângă alte atribuții, trebuie să asigure un cadru legal coerent și armonizat cu acquis-ul comunitar în domeniul achizițiilor publice și un cadru corespunzător de aplicare conformă a legislației în domeniul achizițiilor publice.

În aceste condiții, nu i se poate imputa reclamantei introducerea unei cerințe nelegale, câtă vreme acest criteriu era obligatoriu pentru atribuirea contractului de servicii de publicitate media. În acest context legal, instanța a reținut că acțiunea reclamantei este întemeiată, astfel că o va admite așa

cum a fost formulată în temeiul art. 18 din Legea nr. 554/2004, va anula Decizia nr.12/07.06.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, precum și Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA-21.257/20.03.2012 întocmită de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare.

Împotriva acestei sentințe a declarat recurs **pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice București**, criticând-o pentru nelegalitate și netemeinicie. În urma verificării procedurii de atribuire a contractului nr.5774/21.04.2009 către SC Interpress SRL, s-a constatat că beneficiarul UAT Județului Suceava nu a respectat principiile transparenței, prin încălcarea principiului egalității de tratament în evaluarea și selecția ofertanților și prin introducerea unor cerințe nelegale în documentația de atribuire.

Autoritatea Contractantă a restricționat accesul operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului de servicii de publicitate, prin impunerea unei cerințe de calificare nelegală în fișa de date a achiziției, la capacitatea tehnică și/sau profesională, punctul 5.4. Potrivit art.2 lit.a) din Ordinul Autorității Naționale pentru Reglementare și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 183/2006 privind aplicarea dispozițiilor referitoare la contractul de publicitate media, prin triaj mediu difuzat pe ediție se înțelege „media pe ediție a exemplarelor pentru care se poate dovedi pe baza de acte că au intrat în posesia utilizatorului final”.

Menționează faptul că și alte Autorități Contractante care au introdus în Fișa de date a achiziției cerințe ca tirajul mediu să fie dovedit cu certificat de audit BRAT au oferit posibilitatea ca acest tiraj să fie dovedit inclusiv prin echivalent.

Valoarea estimată a contractului este mai mică decât plafonul / pragul stabilit în legislația națională privind achizițiile publice pentru care există obligația publicării în Jurnalul Oficial al UE.

Datorită faptului că, până la emiterea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA 21257/20.03.2012 au fost aprobate și decontate cheltuieli eligibile pentru contractul de prestări servicii nr.5774/21.04.2009 în valoare de 1680,67 lei, corecția financiară aplicată de 10 % este în cuantum de 168,07 lei la care se adaugă TVA.

În drept a invocat dispozițiile Legii nr.554/2004, prevederile Codului de Procedură civilă, OUG nr.66/2011, OUG nr.34/2006 și HG nr.925/2006 .

Prin întâmpinarea formulată **intimata Unitatea Administrativ Teritorială a Județului Suceava -prin Președintele Consiliului Județean Suceava**, a solicitat respingerea recursului ca nefondat și menținerea sentinței primei instanțe ca legală și temeinică, reiterând motivele din acțiunea introductivă.

Analizând recursul, prin prisma motivelor invocate Curtea constată următoarele :

În fapt, la data de 26.02.2009, Unitatea Administrativ Teritorială Județeană Suceava , prin Consiliul Județean a semnat contractul de finanțare înregistrat sub nr.86 prin care și-a asumat drepturile și obligațiile ce decurg din implementarea proiectului „Modernizare DJ175B, km 0 +000 - 15+800, Pojorâta - Rarău, COD SMIS1017.

Ulterior finalizării procedurilor de achiziție publică și a implementării proiectului, prin raportul de audit de operațiuni pentru POR al Autorității de Audit nr.51648/AP/22.11.2011 s-au semnalat nereguli cu privire la impunerea unei cerințe minime de calificare constând în prezentarea unui certificat de audit al tirajelor și a unui număr minim de exemplare vândute din cadrul unui tiraj.

Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrată sub nr. CA 21257 din 20.03.2012 emisă de Direcția de Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, s-a stabilit în sarcina reclamantei o creanță bugetară în valoare de 196,64 lei.

Împotriva titlului de creanță reclamanta a formulat contestație în temeiul prev. OUG nr. 66/2011, arătând că la data declanșării procedurii de atribuire a contractului de servicii de publicitate nr.5774/21.04.2009, era în vigoare Ordinul nr. 183/2006 privind aplicarea dispozițiilor referitoare la contractul de publicitate media emis de Autoritatea Națională pentru reglementarea și monitorizarea achizițiilor publice, care prevedea criterii clare de selecție și calificare a operatorilor economici. Prin Decizia nr. 112 din 07.06.2012, Comisia de soluționare a contestațiilor din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene a respins contestația ca nefondată.

S-a reținut că prin impunerea de către autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției a unui criteriu de clasificare și selecție referitor la deținerea certificatului BRAT de către potențialii ofertanți, s-au încălcat disp. art. 178 alin.(2) din OUG nr.34/2006, conform căreia "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară sau la capacitatea tehnică și profesională care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire".

Curtea constată că Decizia nr. 112/7.06.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului și nota de constatare a neregulilor transmisă cu adresa nr.CA 21257/20.03.2012 al cărei conținut a fost relevat în cele ce preced sunt legale și temeinice .

Astfel, conform art. 178 alin. 2 din OUG nr.34/2006 "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situație economică și financiară și / sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire". Totodată, conform art.4 lit. A din Ordinul ANRM nr. 183/2006 privind aplicarea dispozițiilor referitoare la contractul de publicitate media, prin tiraj mediu difuzat pe ediție se înțelege "media pe ediție a exemplarelor pentru care se poate dovedi pe baza de acte că au intrat în posesia utilizatorului final. Tirajul difuzat este compus din: abonamente, exemplare vândute cu bucala și exemplare gratuite".

În acest ordin - care este menționat și de instanța de fond în cuprinsul sentinței recurate - nu se impune obligativitatea ca tirajul mediu să fie dovedit doar prin certificatul de audit BRAT. Așadar, recurenta, introducând această cerință în fișa de date a achiziției (pct.49) fără a oferi posibilitatea ca tirajul mediu să fie dovedit și prin echivalent a uzat de un criteriu de calificare nelegal, care a condus la restricționarea participării la procedura de atribuire a contractului. Elocvent în acest sens este faptul că la procedură a participat un singur ofertant, doar acesta îndeplinind exigența impusă. Subliniem că această condiție este excesivă și nu se impunea întrucât valoarea estimată a contractului este mai mică decât plafonul / pragul stabilit în legislația națională privind achizițiile publice pentru care există obligația publicării în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene. Se constată încălcarea prev. art. 178 al.2 din OUG nr.34/2006 respectiv art.8 din HG nr.925/2006. Pentru cele ce preced, constatând că actele contestate sunt legale și temeinice, în baza dispozițiilor art. 312 Cod procedură civilă va admite recursul, va modifica sentința atacată și va respinge contestația ca nefondată.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII, DECIDE:

Admite recursul formulat de **pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice București** împotriva sentinței nr.6659 din 19 noiembrie 2012 pronunțată de Tribunalul Suceava -

secția de contencios administrativ și fiscal intimată fiind **Unitatea Administrativ Teritorială a Județului Suceava - prin Președintele Consiliului Județean Suceava.**

Modifică sentința atacată în sensul că: Respinge contestația ca nefondată.

Irevocabilă. Pronunțată în ședința publică din data de 19 martie 2013.

TRIBUNALUL SUCEAVA
SECȚIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA Nr. 235
Ședința publică din data de 17 ianuarie 2013

Pe rol, judecarea acțiunii având ca obiect „contestație act administrativ fiscal”, formulată de contestatoarea Unitatea Administrativ Teritorială Suceava, în contradictoriu cu intimatul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București. La apelul nominal, făcut în ședința publică, a răspuns consilier juridic G A pentru contestatoare, lipsă fiind celelalte părți. Procedura de citare este legal îndeplinită. S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință, după care: Instanța pune în discuție cererea pârâtei Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului pentru introducerea în cauză a Autorității de Audit din cadrul Curții de Conturi a României. Reprezentantul contestatoarei lasă la latitudinea instanței modul de soluționare a cererii.

Instanța respinge cererea de introducere în cauză a Autorității de Audit din cadrul Curții de Conturi a României, ca nefondată, întrucât această instituție nu justifică calitate procesuală pasivă în cauză, actele ce fac obiectul contestației de față fiind emise de către structuri din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului. Reprezentantul contestatoarei arată că nu mai are chestiuni prealabile în cauză. Instanța constată acțiunea în stare de judecată și dă cuvântul la dezbateri.

Reprezentantul contestatoarei solicită admiterea acțiunii așa cum a fost formulată, cu consecința anulării Decizia nr. 105/28.05.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-20.592/16.03.2012 întocmită de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare, ca neîntemeiată și implicit a corecțiilor financiare stabilite, precum și admiterea cerințelor de calificare în special și întreaga documentație în general care nu excede în nici un fel cadrului legal instituit prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, ambele cu modificările și completările ulterioare.

În motivarea cererii sale arată că prin semnarea contractului de finanțare nr. 35 din 26.02.2009, Unitatea Administrativ Teritorială județul Suceava, prin Consiliul Județean Suceava și-a asumat atât drepturile cât și obligațiile ce decurg din implementarea proiectului „Modernizare DJ 208S, Dolhasca - Probeta, km 0+000 - 8+000”, COD SMIS 992 și-a asumat și însușit cadrul legal în vigoare la acea dată și care a fost respectat pe toată perioada de implementare a proiectului.

Ulterior finalizării procedurilor de achiziție publică și a implementării proiectului, prin Raportul de audit de operațiuni pentru POR al Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.201 s-au semnalat presupuse nereguli cu privire la impunerea unei cerințe minime de calificare. Potrivit procedurilor, Unitatea Administrativ Teritorială județul Suceava notificată fiind, a luat o poziție fermă, transmisă în scris cu adresa nr. 2595 din 21.02.2012. Față de nota de constatare a neregulilor transmisă cu adresa nr. CA - 20592/16.03.2012, înregistrată la Consiliul Județean Suceava cu nr. 4717 din 26.03.2012, contestatoarea apreciază că aceasta este netemeinică și nu conține motive reale și justificate de acordare a corecțiilor financiare.

Arată de asemenea că o speță similară ce face obiectul cauzei de față, a făcut și obiectul Dosarului nr. 738/39/2012, fiind pronunțată o soluție în favoarea contestatoarei. În contextul celor prezentate, solicită respingerea acțiunii ca nefondată. Declarând dezbaterile închise, După deliberare,

TRIBUNALUL,

Asupra acțiunii de față, constată:

La data de 28.08.2012 a fost înregistrată pe rolul Curții de Apel Suceava - Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal sub nr.736/39/2012, contestația formulată de contestatoarea Unitatea Administrativ Teritorială Suceava împotriva Deciziei nr.105/28.05.2012 emisă de intimatul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, prin Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, prin care s-a respins contestația administrativă formulată împotriva Notei nr. CA - 20592/16.03.2012, înregistrată la Consiliul Județean Suceava cu nr. 4717 din 26.03.2012, de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare aferentă contractului de finanțare nr. 35 din 26.02.2009, cod SMIS 15821, denumită în continuare notă de constatare, solicitând anularea acesteia, iar pe fond anularea Notei de constatare a neregulilor transmisă cu adresa nr. CA - 20418/16.03.2012, înregistrată la Consiliul Județean Suceava ca neîntemeiată și implicit a corecțiilor financiare stabilite, precum și admiterea cerințelor de calificare în special și întreaga documentație în general care nu excede în nici un fel cadrulul legal instituit prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, ambele cu modificările și completările ulterioare.

Contestatoarea arată că, în fapt, prin semnarea contractului de finanțare nr. 35 din 26.02.2009, Unitatea Administrativ Teritorială județul Suceava, prin Consiliul Județean Suceava și-a asumat atât drepturile cât și obligațiile ce decurg din implementarea proiectului „Modernizare DJ 208S, Dolhasca - Probota, km 0+000 - 8+000”, COD SMIS 992. Această asumare s-a făcut într-un definit, cunoscut și însușit cadru legal în vigoare la acea dată și care a fost respectat pe toată perioada de implementare a proiectului.

Ulterior finalizării procedurilor de achiziție publică și a implementării proiectului, prin Raportul de audit de operațiuni pentru POR al Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.201 s-au semnalat presupuse nereguli cu privire la impunerea unei cerințe minime de calificare constând în prezentarea unui certificat de audit al tirajelor și a unui număr minim de exemplare vândute din cadrul acestui tiraj.

Potrivit procedurilor, Unitatea Administrativ Teritorială județul Suceava notificată fiind a luat o poziție fermă, transmisă în scris cu adresa nr. 2595 din 21.02.2012.

Față de nota de constatare a neregulilor transmisă cu adresa nr. CA - 20592/16.03.2012, înregistrată la Consiliul Județean Suceava cu nr. 4717 din 26.03.2012, contestatoarea apreciază că aceasta este netemeinică și nu conține motive reale și justificate de acordare a corecțiilor financiare.

În drept, contestatoarea întemeiază prezenta pe prevederile art. 51 alin, (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora și pe prevederile art. 10 alin. (1) și (3) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Prin întâmpinare, intimatul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului a invocat pe cale de excepție, necompetența materială a Curții de Apel Suceava motivat de faptul că în speță, Unitatea Administrativ Teritorială Suceava a formulat o cerere de chemare în judecată prin care a solicitat anularea Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA 20592/16.03.2012 emisă de intimatul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului.

Prin acest titlu de creanță s-a stabilit în sarcina reclamantei un debit în valoare de 401,68 lei, inferior sumei de 500.000 lei prevăzută de art. 10 din Legea nr.554/2004.

De asemenea a solicitat introducerea în cauză a Autorității de Audit din cadrul Curții de Conturi a României motivat de faptul că instituția a dus la îndeplinire constatările consemnate de Autoritatea de Audit a Curții de Conturi în raportul de audit, în conformitate cu dispozițiile legale care reglementează obligația în sarcina entităților controlate de a înlătura neregulile consemnate în rapoartele de audit ale Autorității de Audit, MDRT întocmind Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, care are caracter de act subsecvent, acesta fiind emisă ca urmare a constatării lor din Raportul de audit de operațiuni pentru POR nr. 51648/AP/22.12.2011, întocmit de către Autoritatea de Audit din cadrul Curții de Conturi a României;

Consideră că, în speță, trebuie avut în vedere faptul că cele două acte, din care unul este principal (Raportul de audit de operațiuni pentru POR nr. S1648/AP/22.12.2011), iar celălalt accesoriu (Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor lor financiare nr. CA 18145/09.03 .20 12), trebuie să facă împreună obiectul cercetării judiciare.

Având în vedere calitatea de act subsecvent a Notei constatare a neregulilor de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA 20592/16.03.2012 solicită introducerea în cauză a Autorității de Audit în calitatea sa de emitent a actului principal respectiv a Raportului de audit nr. 51648/AP/22.12.2011.

Pe fondul cauzei, arată că din verificarea efectuată asupra documentelor de achiziție lucrări și servicii pentru realizarea obiectivului, în raport cu concluziile formulate în Raportul de audit de operațiuni pentru POR al Autorității de Audit nr.51648/AP/22.12.2011, echipa de control din cadrul contestatoarei a sesizat faptul că UAT Județul Suceava nu a respectat principiul egalității de tratament în evaluarea și selecția ofertanților, prin introducerea unor cerințe nelegale în documentația de atribuire.

Reclamanta, în calitate de Autoritate Contractantă, a restricționat accesul operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului de servicii de publicitate, prin impunerea unei cerințe de calificare nelegală în Fișa de date a achiziției, la capacitatea tehnică și/sau profesională, punctul 5.4.9. Informații privind protecția muncii: "cerință obligatorie, certificat de audit BRAT, din care să rezulte tirajul mediu difuzat pe ediție - minim 7000 exemplare/ediție", fără ca această cerință să fie inclusă în Anunțul de participare, în conformitate cu prevederile art. II (1) din HG nr.925/2006 și art. 178 alin.(I) din OUG nr.34/2006.

Arată de asemenea că UAT Județul Suceava nu a respectat prevederile art. 8 alin.(I) din HG nr.925/2006, respectiv "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuirea contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care:

- a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;
- b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit. "

Astfel, prin impunerea de către UAT Județul Suceava în Fișa de date a achiziției a acestui criteriu de calificare și selecție, au fost încălcate prevederile art. 178 alin.(2) din ODG nr.34/2006, conform cărora "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționare a participării la procedura de atribuire.

Pentru considerentele de mai sus, s-a constatat încălcarea legislației privind achizițiile publice și, pe cale de consecință, abaterea de la legalitate, regularitate și conformitate fiind astfel identificată o neregulă în conformitate cu prevederile art. 2 alin. 1 lit. a) din ODG 66/2011.

Având în vedere faptul că deficiența are o gravitate semnificativă, a fost stabilită o corecție de 10% din valoarea eligibilă a contractului de servicii nr.5773/21.04.2009, respectiv suma de 401,68 lei.

Debitorul, Unitatea Administrativ Teritorială (UAT) județul Suceava, datorează autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene un debit în valoare de 401,68 lei, după cum urmează:

- contribuție din fonduri DE: 290,76;
- contribuție publică națională (bugetul de stat): 38,66 lei;
- TV A: 72,26 lei.

În ceea ce privește susținerile reclamantei UAT județul Suceava, arătăm faptul că plângerea înaintată spre soluționare instanței de judecată este identică cu contestația administrativă formulată împotriva Notei de constatare nr.20592/16.03.2012 și arată că înțelege să-și mențină poziția și susținerile exprimate în cuprinsul Deciziei nr. 105/28.05.2012.

Pe cale de consecință, solicită respingerea ca nefondată a contestației formulată de UAT Județul Suceava și menținerea ca legală și temeinică a actelor emise de prim pârâtă.

Prin Sentința nr.317 din 15 octombrie 2012, Curtea de Apel Suceava a hotărât declinarea competenței de soluționare a cauzei formulată de contestatoarea Unitatea Administrativ Teritorială Suceava, în contradictoriu cu intimatul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București, către Tribunalul Suceava.

Cauza a fost înregistrată pe rolul acestei instanțe la data de 23.10.2012 sub același număr.

La termenul din data de 17 ianuarie 2013, instanța a pus în discuție cererea pârâtei Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului privind introducerea în cauză a Autorității de Audit din cadrul Curții de Conturi a României cererea fiind respinsă ca nefondată, întrucât această instituție nu justifică calitate procesuală pasivă în cauză, actele ce fac obiectul contestației de față fiind depuse de către Ministerul Dezvoltării Regionale.

Analizând acțiunea în raport de actele și lucrările dosarului, instanța reține următoarele:

Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrată sub nr. CA 20592 din 16.03.2012 emisă de Direcția de Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, s-a stabilit în sarcina reclamantei o creanță bugetară în valoare de 401,68 lei.

Împotriva titlului de creanță reclamanta a formulat contestație în temeiul prev. OUG nr. 66/2011, arătând că la data declanșării procedurii de atribuire a contractului de servicii de publicitate nr. 5773/21.04.2009, era în vigoare Ordinul nr. 183/2006 privind aplicarea dispozițiilor referitoare la contractul de publicitate media emis de Autoritatea Națională pentru reglementarea și monitorizarea achizițiilor publice, care prevedea criterii clare de selecție și calificare a operatorilor economici.

Prin Decizia nr. 105 din 28.05.2012, Comisia de soluționare a contestațiilor din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene a respins contestația ca nefondată.

S-a reținut că prin impunerea de către autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției a unui criteriu de clasificare și selecție referitor la deținerea certificatului BRAT de către potențialii ofertanți, s-au încălcat disp. art. 178 alin.(2) din OUG nr. 34/2006, conform căroră "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară sau la capacitatea tehnică și profesională care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire".

Dar, la soluționarea contestației pârâtul nu a avut în vedere și disp. art. 178 alin.(l) din OUG nr. 34/2006, potrivit căroră „în cazul în care, pentru criteriile de natura celor prevăzute la art. 176 lit. c) și d), autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați, atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate, conform principiului transparenței, în cadrul anunțului de participare.”

Totodată, la art. 179 se precizează că „Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit. În acest sens, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia.”

Din fișa de date a achiziției se reține că autoritatea contractantă a indicat ca și cerință obligatorie certificat de audit BRAT din care să rezulte tirajul mediu difuzat (vândut) pe ediție-minim 7000 exemplare pe ediție.

La baza stabilirii acestui criteriu de selecție și calificare au stat prev. art. 6 din Ordinul nr. 183 din 3 noiembrie 2006 privind aplicarea dispozițiilor referitoare la contractul de publicitate media, având următorul cuprins:

„(1) În cazul contractelor de publicitate media, autoritatea contractantă are obligația de a utiliza următoarele criterii de selecție și calificare a operatorilor economici în funcție de natura mijlocului de comunicare:

a) pentru publicații, tirajul mediu difuzat pe ediție al ofertantului, aria de difuzare, profilul, publicul-țintă. În cazul tirajului mediu difuzat pe ediție al operatorului economic, acesta trebuie să fie certificat pentru o perioadă de minimum 3 luni din ultimul an calendaristic de către instituții autorizate, independente, de audit.”

Acest Ordin a fost emis în baza Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 74/2005 privind înființarea Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, aprobată cu modificări prin Legea nr. 111/2006, și a Hotărârii Guvernului nr. 895/2005 privind organizarea și funcționarea Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, în aplicarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică și era în vigoare la data declanșării procedurii de atribuire a contractului de prestare de servicii de publicitate. Prin urmare, reclamanta nu a făcut decât să respecte niște proceduri de lucru întocmite de Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, care pe lângă alte atribuții, trebuie să asigure un cadru legal coerent și armonizat cu acquis-ul comunitar în domeniul achizițiilor publice și un cadru corespunzător de aplicare conformă a legislației în domeniul achizițiilor publice.

În aceste condiții, nu i se poate imputa reclamantei introducerea unei cerințe nelegale, câtă vreme acest criteriu era obligatoriu pentru atribuirea contractului de servicii de publicitate media.

În acest context legal, instanța reține că acțiunea reclamantei este întemeiată, astfel că o va admite așa cum a fost formulată în temeiul art. 18 din Legea nr. 554/2004 și prin urmare va anula Decizia nr. 105/28.05.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene și Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-20.592/16.03.2012 întocmită de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII, HOTĂRĂȘTE:

Admite acțiunea având ca obiect „contestație act administrativ fiscal”, formulată de contestatoarea Unitatea Administrativ Teritorială Suceava, cu sediul în mun. Suceava, jud. Suceava, în contradictoriu cu intimatul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București, cu sediul în București.

Anulează Decizia nr. 105/28.05.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului-Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene.

Anulează Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-20.592/16.03.2012 întocmită de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică, azi 17.01.2013.

Dosar nr. 738/39/2012

TRIBUNALUL SUCEAVA
SECȚIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 6659
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN 19 NOIEMBRIE 2012

Pe rol fiind pronunțarea asupra acțiunii având ca obiect „**contestație act administrativ fiscal**” formulată de reclamanta **Unitatea Administrativ Teritorială Județul Suceava**, cu sediul în jud. Suceava în contradictoriu cu pârâtul **Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București**, cu sediul în municipiul București. Dezbaterile asupra cauzei de față au avut loc în ședința publică din data de 09 noiembrie 2012, concluziile părților fiind consemnate în încheierea de ședință de la acea dată, redactată separat și care face parte integrantă din prezenta și când din lipsă de timp pentru deliberare, instanța a amânat pronunțarea pentru data de 15 noiembrie 2012 și apoi pentru astăzi, 19 noiembrie 2012.

După deliberare,

TRIBUNALUL

Asupra cauzei de față, constată:

Prin cererea înregistrată pe rolul Curții de Apel Suceava - Secția a II a civilă, de contencios administrative și fiscal, la data de 29.08.2012, sub nr. 738/39/2012, Unitatea Administrativ Teritorială Suceava contestă Decizia nr. 112/07.06.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, prin Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, prin care a fost respinsă contestația administrativă formulată împotriva Notei nr.CA - 21257/20.03.2012, înregistrată la Consiliul Județean Suceava cu nr. 5718 din 09.04.2012, de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare aferentă contractului de finanțare nr. 86 din 26.02.2009, cod SM1S 1017, denumită în continuare notă de constatare, solicitând:

- anularea Notei de constatare a neregulilor transmisă cu adresa nr. CA - 21257/20.03.2012, ca neîntemeiată și implicit a corecțiilor financiare stabilite și admiterea cerințelor de calificare în special și întreaga documentație în general întrucât nu exced în nici un fel cadrului legal instituit prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006 și Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, ambele cu modificările și completările ulterioare.

Contestatoarea și-a motivat acțiunea arătând că, prin semnarea contractului de finanțare nr. 86 din 26.02.2009, Unitatea Administrativ Teritorială județul Suceava, prin Consiliul Județean Suceava și-a asumat atât drepturile cât și obligațiile ce decurg din implementarea proiectului „Modernizare DJ 175 B (reclasat din DC 90A, în baza H.G. nr. 540/2000) km 0+000 - 15+800, Pojorâta - Rarău”, COD SMIS 1017.

A arătat că ulterior finalizării procedurilor de achiziție publică și a implementării proiectului, prin Raportul de audit de operațiuni pentru POR al Autorității de Audit nr. 51648/AP/22.12.2011 s-au semnalat presupuse nereguli cu privire la impunerea unei cerințe minime de calificare constând în prezentarea unui certificat de audit al tirajelor și a unui număr minim de exemplare vândute din cadrul acestui tiraj.

Prin întâmpinare, pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - prin Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București, a invocat excepția necompetenței materiale a Curții de Apel Suceava, întrucât în conformitate cu art. 10 alin. 1 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrative - “litigiile privind actele administrative emise sau încheiate de

autoritățile publice locale și județene, precum și cele care privesc taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora de până la 500.000 lei se soluționează în fond de tribunalele administrativ-fiscale, iar cele privind actele administrative emise sau încheiate de autoritățile publice centrale, precum și cele care privesc taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora mai mari de 500.000 de lei se soluționează în fond de secțiile de contencios administrative și fiscal ale curților de apel, dacă prin lege organică specială nu se prevede astfel”.

Pe fondul cauzei a solicitat respingerea contestației ca nefondată și menținerea ca legale și temeinice a actelor emise.

Prin sentința nr. 287 din 01 octombrie 2012 Curtea de Apel Suceava - Secția a II- a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal a declinat competența de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului Suceava.

S-a reținut că, legiuitorul a stabilit în mod diferit competența de soluționare a litigiilor privind actele administrative și a litigiilor privind actele administrative fiscale. Dacă în ceea ce privește competența de soluționare a litigiilor privind actele administrative este aplicabil criteriul autorității publice emitente competența de soluționare a litigiilor privind actele administrative fiscale este stabilită în funcție de valoarea actului contestat.

Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrată sub nr. CA 21257 din 20.03.2012 emisă de Direcția de Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului prin care reclamanta a fost obligată să restituie suma de 196,64 lei constituie titlu de creanță în conformitate cu dispozițiile art. 21 alin. 20 din OUG nr. 66/2011 și este act administrativ fiscal procedura de contestare a acestuia fiind cea prevăzută de dispozițiile Codului de procedură fiscală.

În considerarea dispozițiilor legale citate, curtea a constatat că acțiunea reclamantei privind anularea deciziei nr. 112/07.06.2012 prin care a fost soluționată contestația formulată împotriva Notei de constatare nr. CA 21257/20.03.2012 nu este de competența Curții de Apel Suceava .

Cauza a fost înregistrată pe rolul acestei instanțe la data de 12.10.2012 sub nr. 738/39/2012.

Analizând cererea de chemare în judecată în raport de actele și lucrările dosarului, instanța reține următoarele:

Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrată sub nr. CA 21257 din 20.03.2012 emisă de Direcția de Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, s-a stabilit în sarcina reclamantei o creanță bugetară în valoare de 196,64 lei.

Împotriva titlului de creanță reclamanta a formulat contestație în temeiul prev. OUG nr. 66/2011, arătând că la data declanșării procedurii de atribuire a contractului de servicii de publicitate nr. 5774/21.04.2009, era în vigoare Ordinul nr. 183/2006 privind aplicarea dispozițiilor referitoare la contractul de publicitate media emis de Autoritatea Națională pentru reglementarea și monitorizarea achizițiilor publice , care prevedea criterii clare de selecție și calificare a operatorilor economici.

Prin Decizia nr. 112 din 07.06.2012, Comisia de soluționare a contestațiilor din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Constatare și Stabilire Nereguli Fonduri Europene a respins contestația ca nefondată.

S-a reținut prin impunerea de către autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției a unui criteriu de clasificare și selecție referitor la deținerea certificatului BRAT de către potențialii ofertanți, s-au încălcat disp. art. 178 alin.(2) din OUG nr. 34/2006, conform căroră "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară sau la capacitatea tehnică și profesională care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire".

Dar, la soluționarea contestației pârâtul nu a avut în vedere și disp. art. 178 alin.(1) din OUG nr. 34/2006, potrivit căroră „În cazul în care, pentru criteriile de natura celor prevăzute la art. 176 lit. c) și d), autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați, atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate, conform principiului transparenței, în cadrul anunțului de participare.”

Totodată, la art. 179 se precizează că „Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit. În acest sens, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia.”

Din fișa de date a achiziției se reține că autoritatea contractantă a indicat ca și cerință obligatorie certificat de audit BRAT din care să rezulte tirajul mediu difuzat (vândut) pe ediție-minim 7000 exemplare pe ediție.

La baza stabilirii acestui criteriu de selecție și calificare au stat prev. art. 6 din Ordinul nr. 183 din 3 noiembrie 2006 privind aplicarea dispozițiilor referitoare la contractul de publicitate media, având următorul cuprins:

(1) În cazul contractelor de publicitate media, autoritatea contractantă are obligația de a utiliza următoarele criterii de selecție și calificare a operatorilor economici în funcție de natura mijlocului de comunicare:

a) pentru publicații, tirajul mediu difuzat pe ediție al ofertantului, aria de difuzare, profilul, publicul-tintă. În cazul tirajului mediu difuzat pe ediție al operatorului economic, acesta trebuie să fie certificat pentru o perioadă de minimum 3 luni din ultimul an calendaristic de către instituții autorizate, independente, de audit.

Acest Ordin a fost emis în baza Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 74/2005 privind înființarea Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, aprobată cu modificări prin Legea nr. 111/2006, și a Hotărârii Guvernului nr. 895/2005 privind organizarea și funcționarea Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, în aplicarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică și era în vigoare la data declanșării procedurii de atribuire a contractului de prestare de servicii de publicitate. Prin urmare, reclamanta nu a făcut decât să respecte niște proceduri de lucru întocmite de Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, care pe lângă alte atribuții, trebuie să asigure un cadru legal coerent și armonizat cu acquis-ul comunitar în domeniul achizițiilor publice și un cadru corespunzător de aplicare conformă a legislației în domeniul achizițiilor publice.

În aceste condiții, nu i se poate imputa reclamantei introducerea unei cerințe nelegale, câtă vreme acest criteriu era obligatoriu pentru atribuirea contractului de servicii de publicitate media.

În acest context legal, instanța reține că acțiunea reclamantei este întemeiată, astfel că o va admite așa cum a fost formulată în temeiul art. 18 din Legea nr. 554/2004, va anula Decizia nr. 112/07.06.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene, precum și Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-21.257/20.03.2012 întocmită de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare.

Pentru aceste motive,

ÎN NUMELE LEGII, HOTĂRĂȘTE:

Admite acțiunea având ca obiect „conestație act administrativ fiscal ” formulată de reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Județul Suceava, cu sediul în jud. Suceava în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene București, cu sediul în municipiul București.

Anulează Decizia nr. 112/07.06.2012 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Generală Constatăre și Stabilire Nereguli Fonduri Europene.

Anulează Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-21.257/20.03.2012 întocmită de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică, azi 19 noiembrie 2012.

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 638
ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 25 FEBRUARIE 2014

Pe rol judecarea cauzei de contencios administrativ și fiscal formulată de reclamantii UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALA MUNICIPIUL ALEXANDRIA și PRIMĂRIA MUNICIPIUL ALEXANDRIA, în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE SI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE - DIRECȚIA CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI, având ca obiect "anulare act administrativ". La apelul nominal făcut în ședința publică, sunt lipsă părțile. Procedura de citare este legal îndeplinită. S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință, care învederează instanței că pricina se află la primul termen de judecată, procedura de citare este legal îndeplinită iar prin întâmpinarea formulată pârâțul a solicitat judecarea cauzei în lipsă, conform art. 411 alin. 2 NCPC. Constatând că în cauză s-a solicitat judecarea în lipsă, Curtea constata încheiată cercetarea judecătorească și reține cererea de chemare în judecată, spre soluționare.

CURTEA

Prin cererea formulată la data de 28.10.2013 reclamantii UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALA MUNICIPIUL ALEXANDRIA și PRIMĂRIA MUNICIPIUL ALEXANDRIA, în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE-DIRECȚIA CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI, au contestat Decizia nr. 147/21.08.2013 privind soluționarea contestației formulate împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare, prin care s-au sesizat următoarele aspecte cu referire la contractul nr.5772/05.03.2009: "persoana desemnată pentru postul de expert fonduri structurale, de către ofertantul câștigător, nu îndeplinește cerința de minim 5 ani experiență în accesarea fondurilor europene, conform CV prezentat, solicitat instanței de contencios administrativ anularea a Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice privind soluționarea contestației împotriva notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare și respingerea ca netemeinică și nelegală aplicarea corecției financiare de 10% la valoarea contractului de servicii de consultanță nr.5772/05.03.2009 .

În motivarea cererii, reclamanta a arătat că, în opinia sa, criteriile de calificare și selecție stabilite ca având o legătură concretă cu obiectul contractului care a fost atribuit (obiectul contractului se refera la servicii de consultanță privind întocmirea cererii de finanțare și întocmirea de studii de fezabilitate pentru 3 proiecte ce urmau să fie finanțate din fonduri europene). Având în vedere specificul, volumul și importanța serviciilor și a lucrărilor ce urmează a fi realizate, autoritatea contractantă a considerat necesar ca, ofertantul căruia i se va atribui contractul să fie unul cu o experiență corespunzătoare derulării unui asemenea contract. Ținând cont de gradul de complexitate al mecanismului de implementare a proiectelor finanțate din fonduri nerambursabile europene autoritatea contractantă a considerat necesar, pentru demonstrarea experienței similare în astfel de contracte, ca operatorii economici participanți să facă dovada a "minim 5 ani experiența în accesarea fondurilor structurale".

Având în vedere cele de mai sus, consideră că solicitarea unei minime experiențe în domeniu este conformă cu reglementările în vigoare incidente la momentul derulării procedurii de achiziție în cauza și nu aduce atingere principiilor tratamentului egal și al nediscriminării în condițiile în care, documentația de atribuire le permite ofertanților, care nu au derulat astfel de contracte, asocierea cu cei care dovedesc performanța solicitată în acest domeniu.

Criteriile astfel rezultate nu sunt de natură să aducă atingere principiului proporționalității, întrucât în cadrul proiectului se prestează servicii de complexitate deosebită, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire trebuie să dovedească că dețin o experiență similară corespunzătoare.

Consideră că pentru asigurarea eficientizării muncii depuse, atât la nivelul performanțelor, cât și al productivității, în termeni de timp și, implicit, de costuri, este necesară îndeplinirea cerințelor minime privind experiența similară de specialitate, așa cum este aceasta specificată mai sus.

Pentru prestarea serviciilor care fac obiectul contractului, (astfel încât să se asigure obținerea unor rezultate specifice unor activități de o asemenea anvergură), o premisă foarte importantă o reprezintă calitatea resurselor specializate. Pentru poziția esențială îndeplinirii contractului, respectiv Expert fonduri structurale, experiența profesională relevantă dovedită de cel puțin 5 ani de experiență în proiecte finanțate din fonduri europene sau alte surse de finanțare internațională, este determinantă.

Autoritatea contractantă nu a dorit să impună bariere nejustificate în calea liberei concurențe prin impunerea unui nivel al experienței pentru specialiștii puși la dispoziție de operatorii economici, aceștia din urmă având libertatea de a propune inclusiv persoane care nu sunt angajate permanent ai acestora, dar care se angajau la îndeplinirea contractului pe toată durata acestuia.

Din motivele mai sus precizate consideră că autoritatea contractantă nu a restricționat participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urma să fie atribuit sau sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică. Prin întâmpinare, pârâtul a solicitat respingerea acțiunii. La dosar s-au depus, în copie, actele contestate și alte înscrisuri.

Analizând actele dosarului, Curtea reține că prin nota de constatare nr. 56782/15.07.2013 s-a aplicat o corecție de 10% din valoarea lotului I aferent proiectului cod SMIS 78900 și o corecție de 10% din valoarea lotului III aferent proiectului cod SMIS7923.

Organele de control au reținut că reclamanta, în calitate de autoritate contractantă a organizat procedura cerere de ofertă pentru atribuirea contractului de achiziție publică, divizată pe loturi, pentru servicii de consultanță astfel:

- lotul I (cod SMIS 7890) - "Sistem pentru Managementul iluminatului public în municipiul Alexandria".
- lotul III (cod SMIS7923) - "Sistem de supraveghere în vederea creșterii siguranței și prevenirea criminalității în Municipiul Alexandria".

S-a mai reținut existența, în fișa de date a achiziției, a unei cerințe restrictive impuse de reclamanta UAT Municipiul Alexandria, pentru atribuirea contractului, și anume: impunerea de către autoritatea contractantă, ca și cerință minimă obligatorie, în vederea îndeplinirii experienței similare, pentru poziția de expert fonduri structurale - minim 5 ani în accesarea fondurilor europene. Reclamanta a contestat corecțiile aplicate, contestația fiind respinsă prin decizia nr. 147/21.08.2013. Reclamanta contestă decizia menționată mai sus, afirmând în esență că prin impunerea cerinței în cauză a urmărit atribuirea contractului către un ofertant cu experiență corespunzătoare derulării unui asemenea contract.

Analizând actele dosarului, Curtea reține că, așa cum corect s-a apreciat în actele contestate, reclamanta nu a explicat cu argumente pertinente care, este motivul pentru care expertul în fonduri structurale trebuie să aibă o experiență minimă de 5 ani. Sub acest aspect, Curtea observă

că reclamanta se referă la amploarea și complexitatea proiectelor, însă impunerea unei experiențe minime de o asemenea durată constituie în principiu o cerință restrictivă care, pentru a fi permisă de lege, trebuie motivată printr-o notă justificativă. Or, din probele administrate nu reiese că reclamanta ar fi precizat în nota justificativă în ce constă complexitatea deosebită proiectelor și care sunt elementele care fac strict necesară o atare cerință.

În raport cu cele reținute mai sus, Curtea constată că cerința reclamantei referitoare la vechimea minimă a expertului în fonduri structurale este disproporționată, așa cum corect s-a reținut și în actele atacate, motiv pentru care va respinge acțiunea ca neîntemeiată.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge acțiunea formulată de reclamantii UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ MUNICIPIUL ALEXANDRIA și PRIMĂRIA MUNICIPIUL ALEXANDRIA, ambii cu sediul în Alexandria, Jud. Teleorman, în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE-DIRECȚIA CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI, cu sediul în București, ca neîntemeiată.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică azi, 25 Februarie 2014.

Dosar nr. 7068/2/2013

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA a VIII-a de CONȚENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 4044
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 16.12.2013

Pe rol se află soluționarea acțiunii în contencios administrativ formulată de reclamantele **UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ MUNICIPIUL ALEXANDRIA și PRIMĂRIA MUNICIPIUL ALEXANDRIA**, în contradictoriu cu pârâtul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE - DIRECȚIA CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI**, având ca obiect anulare act administrativ. La apelul nominal făcut în ședință publică, se prezintă reclamanta, prin consilier juridic C R P, care depune delegație la dosar. Procedura de citare este legal îndeplinită. S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință, care învederează instanței că, la data de 05.12.2013, pârâtul depune la dosar întâmpinare , prin Serviciul Registratură, în 2 exemplare. Curtea, interpelează reclamanta, prin consilier juridic, referitor la cererea de renunțare la judecată de la fila 217 a dosarului.

Reclamanta, prin reprezentant legal, arată că a formulat o cerere de renunțare la judecată dat fiind faptul că s-a realizat plata, în integralitate a debitului, așa cum reiese din adresa de la fila 218 din dosar. Curtea ia act de conținutul adresei de la dosarul cauzei cu nr. 78726/2013 și declară dezbaterile încheiate, reținând cauza spre soluționare.

CURTEA

Deliberând asupra cauzei de față,

Prin cererea înregistrată la data de 28.10.2013, reclamantele **UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ MUNICIPIUL ALEXANDRIA și PRIMĂRIA MUNICIPIUL ALEXANDRIA**, în contradictoriu cu pârâtul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE - DIRECȚIA CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI** au solicitat instanței să dispună anularea deciziei nr. 152/23.08.2013 emisă de pârât.

La data de 02.12.2013 prin Serviciul Registratura al Instanței, reclamantele au depus cerere de renunțare la judecata (fila 217 dosar). Având în vedere manifestarea de voință a reclamantelor, Văzând dispozițiile art. 406 NCPC, În temeiul principiului disponibilității drepturilor procesuale,

Curtea urmează să ia act de renunțarea reclamantelor **UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ MUNICIPIUL ALEXANDRIA și PRIMĂRIA MUNICIPIUL ALEXANDRIA**, ambele cu sediul în Alexandria, jud. Teleorman, în contradictoriu cu pârâtul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE - DIRECȚIA CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI**, cu sediul în București, la judecata cererii care face obiectul dosarului nr. **7068/2/2013** .

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII, HOTĂRĂȘTE:

Curtea ia act de renunțarea reclamantelor **UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ MUNICIPIUL ALEXANDRIA și PRIMĂRIA MUNICIPIUL ALEXANDRIA**, ambele cu sediul în Alexandria, jud. Teleorman, în contradictoriu cu pârâtul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE - DIRECȚIA CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI**, cu sediul în București, la judecata cererii.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, 16.12.2013.

Dosar nr. 7066/2/2013

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA a VIII-a de CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 643
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 25.02.2014

Pe rol soluționarea acțiunii în contencios administrativ formulată de reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALA MUNICIPIUL ALEXANDRIA - PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ALEXANDRIA în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE - DIRECȚIA CONSTATARE ȘI STABILIRE NTEREGULI având ca obiect „anulare act administrativ - dec. 101/01.08.2013”.

Dezbaterile au avut loc în ședința publică de la 28.01.2014, susținerile părților fiind consemnate în încheierea de ședință de la acea dată, caic face parte integrantă din prezenta hotărâre când Curtea, pentru a da posibilitatea părților să depună concluzii scrise și având nevoie de timp, a amânat pronunțarea pentru 04.02.2014, 1 1.02.2014, 18.02.2014 și apoi pentru azi, 25.02.20 14 când a pronunțat următoarea sentință:

CURTEA,

Prin cererea înregistrată pe rolul acestei instanțe la data de 28.10.2013 sub nr.7066/2/2013, reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ MUNICIPIUL ALEXANDRIA PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ALEXANDRIA, în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE - DIRECȚIA CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI, a solicitat anularea Deciziei nr. 101/1.08.2013 emisă de pârât ca fiind netemeinică și nelegală.

În motivare, reclamanta arată că prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare înregistrată la Primăria Municipiului Alexandria sub nr.47837/13.06.2013 privind contractul de finanțare nr.817/06.10.2010 cod SMIS 7890 „Sistem pentru managementul iluminatului public în Municipiul Alexandria” s-au sesizat aspecte cu privire la faptul că „Autoritatea contractantă a solicitat. FDA ca rezultatul ultimului exercițiu financiar să fie pozitiv conform bilanțului” și că în conformitate cu OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, Anexa, pct.2.3 pentru Aplicarea unor criterii de calificare și sau selecție a unor criterii de atribuire (factori de evaluare) nelegali - 10% din valoarea contractului în cauză. Rata reducerii/corecției poate fi diminuată la 5%, în funcție de gravitate, echipa de control stabilește aplicarea unei corecții de 10% la valoarea contractului verificat. Pentru stabilirea acestora, s-a avut în vedere faptul că, valoarea, estimată a contractului a fost sub plafonul/pragul stabilit în legislația, națională privind achizițiile publice pentru care nu există obligația publicării anunțului de participare în Jurnalul Oficial al uniunii Europene și de asemenea faptul că a fost, depusă și admisă 1 ofertă, astfel că se constată o gravitate mărită a abaterii”.

Împotriva acestei Note a formulat contestație în a cărei soluționare, pârâțul a emis Decizia nr. 101/1.08.2013 atacată în prezenta cauză.

Cu privire la criteriile de calificare și selecție precizate în documentația de atribuire, respectiv fișa de date, reclamanta arată că au fost respectate, fiind stabilite în conformitate cu legislația și reglementările în vigoare incidente la momentul derulării procedurii de achiziție și nu aduc atingere principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică.

Precizează reclamanta că ANRMAP a evaluat, înainte de transmiterea spre publicare a invitației de participare, conformitatea cu legislația aplicabilă în domeniul achizițiilor publice, a documentației de atribuire aferentă contractului menționat, emițând autorității contractante acceptul în vederea inițierii procedurii de atribuire. De asemenea, legislația în domeniul achizițiilor publice nu conține prevederi exprese privind numărul minim de oferte pe care autoritatea contractant trebuia să le obțină în cazul efectuării unei proceduri de achiziții publice și nici nu prevedea în mod expres o experiență similară aferentă unui număr de ani.

Legislația aplicabilă prevede dreptul autorității contractante de a solicita operatorilor economici să facă dovada situației personale, a capacității de exercitare a activității profesionale, a situației economice și financiare, a capacității tehnice și/sau profesionale, precum și a standardelor de asigurare a calității și că limitările în acest sens erau de ordin general.

În drept, OUG.34/2006, HG 925/2006. În susținere, a depus decizia contestată, alte înscrisuri. Pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE a depus întâmpinare la 25.11.2013 și apoi la 27.11.2013, prin care a solicitat respingerea ca neîntemeiată a acțiunii și menținerea actelor administrative, respectiv Decizia 101/1.08.2013 privind soluționarea contestației împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.47837/13.03.2013, ca fiind temeinice și legale. Pârâțul a depus în apărare înscrisuri. Reclamanta a depus răspuns la întâmpinare la 16.12.2013 prin care a solicitat respingerea apărărilor pârâțului și admiterea acțiunii astfel cum a fost formulată.

Analizând probele administrate în cauză Curtea constată că acțiunea este neîntemeiată.

Autoritatea intimată a aplicat corecțiile financiare contestate apreciind că prin impunerea, ca cerință minimă de calificare, a prezentării unui bilanț pozitiv pe anul anterior s-a restricționat concurența, fapt de natură să prejudicieze bugetul Uniunii Europene.

Curtea constată că autoritatea contractantă are dreptul să impună anumite cerințe legate de situația economică și financiară a unui ofertant dar cu respectarea anumitor limite și principii, având, totodată, obligația de a-și justifica opțiunea.

Astfel, potrivit art. 178 alin. 2 din OUG 34/2006 „ *Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire.* ”

Art. 179 alin. 1 și 2 din același act normativ prevede că:

„(1) Criteriile de calificare și selecție stabilite de către autoritatea contractantă trebuie să aibă o legătură evidentă cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul cerințelor minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească. ”

În aplicarea acestor texte de lege, art. 8 din HG 925/2006 prevede că:

„ (1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care:

- a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;*
- b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.*

(2) Atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției.”

În speță, reclamanta a impus ofertanților să fi obținut profit în anul anterior procedurii, dar nu a fost în măsură să justifice relevanța acestui criteriu de calificare. Nu s-a prezentat o notă în care să fi fost analizată necesitatea impunerii unui astfel de criteriu și nici în fața instanței nu a fost dovedită relevanța unei asemenea condiții pentru contractul ce făcea obiectul procedurii de achiziție publică.

Reclamanta s-a apărat invocând dreptul său de a impune anumite condiții ce natură economică și financiară, fără a observa că libertatea sa de apreciere nu era nelimitată ci avea obligația de a-și justifica opțiunea, chiar în scris, eu trimitere la principiul proporționalității și la relevanța criteriului pentru contractul supus procedurii.

Prin restricționarea concurenței s-au creat premisele prejudicierii bugetului Uniunii Europene întrucât libera concurență reprezintă o premisă a obținerii unor oferte la prețuri și în condiții cât mai avantajoase. Față de toate aceste considerente Curtea va respinge acțiunea ca neîntemeiată.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Respinge acțiunea formulată de reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ MUNICIPIUL ALEXANDRIA - PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ALEXANDRIA cu sediul în Alexandria, județ Teleorman, în contradictoriu cu târâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE - DIRECȚIA CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI cu sediul în București, ca neîntemeiată.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică azi, 25.02.2014.

Dosar nr. 1857/59/2011

ÎNALTA CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE
SECȚIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
DECIZIA NR.4985
ȘEDINȚA PUBLICA DE LA 23 NOIEMBRIE 2012

S-a luat în examinare recursul declarat de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului împotriva sentinței nr.262/R din 18 aprilie 2012 a Curții de Apel Timișoara - Secția de contencios administrativ și fiscal. La apelul nominal se prezintă recurentul-pârât Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, lipsind intimatul-reclamant Județul Timiș, prin Consiliul Județean Timiș. Procedura completă. După prezentarea referatului cauzei de către magistratul asistent, Curtea constatând cauza în stare de judecată acordă cuvântul părții prezente pentru dezbaterea recursului declarat în cauză. Recurentul solicită admiterea recursului așa cum a fost formulat

ÎNALTA CURTE,

Asupra recursului de față;

Din examinarea lucrărilor din dosar, constată următoarele:

1. Sesiunea instanței de fond

Prin cererea înregistrată la Curtea de Apel Timișoara sub nr.1857/59/2011, reclamantul Județul Timiș, prin reprezentant Consiliul Județean Timiș a chemat în judecată Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare, pentru a se dispune anularea titlului de creanță stabilit prin Nota de constatare nr.CA 74182/5.10.2011 și a deciziei nr.39/7.12.2011, emisă de pârât, înregistrată la Consiliul Județean Timiș sub nr.16298/14.12.2011, dată în soluționarea contestației administrative promovate de reclamant.

În motivarea acțiunii s-a arătat că structura de control competentă din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare, a efectuat o verificare la sediul Consiliului Județean Timiș, privind modul de derulare a proiectului „Reabilitare DJ 592, Buziaș-Lugoj, Km 25+000+54+200, L=29,2 km”, cod SMIS 1388, finanțat prin programul operațional regional 2007-2013 și parțial din bugetul Județului Timiș, în cadrul căruia Consiliul Județean Timiș a încheiat „Acordul contractual de lucrări nr.5559/4.05.2010 privind reabilitarea DJ 592, Buziaș-Lugoj, Km 25+000+54+200, L-29,2 km”.

Organul de control a reținut că procedura de atribuire a contractului de achiziție publică a fost restricționată de Județul Timiș prin introducerea în documentația de atribuire a unor cerințe minime de calificare a ofertanților disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului ce urma a fi atribuit, deoarece suma cantităților de lucrări executate solicitată operatorilor economici ofertanți; ca dovadă a experienței lor similare, a fost mai mare decât suma cantităților de lucrări ce urmau a fi executate în baza contractului ce a constituit obiect al procedurii de atribuire, fiind încălcate astfel dispozițiile art.8 alin.1 și art.9 lit.a) din Normele de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din O.U.G. nr.34/2006, aprobate prin H.G. nr.925/2006.

S-a considerat ca reclamantul se face astfel vinovat de săvârșirea unor nereguli, în sensul art.2 lit.a) din O.U.G. nr.66/2011, sancționată, potrivit pct.17 din anexa acestui act normativ, cu aplicarea unei corecții financiare de 25% din valoarea acordului contractual nr.5559/4.05.2010.

Reclamanta a precizat că a promovat o contestație administrativă împotriva notei de constatare, în temeiul art.46 și 47 din O.U.G. nr.66/2011, respinsă prin decizia nr.39/7.12.2011 emisă de

Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare.

A mai susținut reclamanta că actele administrative emise de pârât sunt nelegale, în primul rând deoarece dispozițiile OUG nr.66/2011 nu au aplicabilitate în speță, actul normativ menționat fiind adoptat la o dată ulterioară celei la care a fost publicată documentația de atribuire în privința căreia s-a constatat pretinsa neregulă.

Pe de altă parte, invocând dispozițiile art.2 alin.1 lit.a) din O.U.G. nr.66/2011, reclamanta a învederat că neregula constatată nu are un impact financiar asupra fondurilor europene alocate prin contractul de finanțare în baza căruia se derulează acordul contractual de lucrări încheiat, căci nu s-a produs nici un prejudiciu patrimonial și nu se poate constata o legătură de cauzalitate între pretinsa abatere de la legalitate și vreun prejudiciu.

În plus, s-a arătat că neregula constatată viza o disproporție cantitativă la elementele de „terasamente” și mixturi asfaltice” prevăzute în proiectul tehnic al lucrării, față de cele indicate în documentația de atribuire a acordului contractual de lucrări, în sensul că s-au impus ca cerințe minime de calificare, în documentația de atribuire, cantitățile de 250.000 mc terasamente și 105.000 t mixturi asfaltice, iar în proiectul tehnic al lucrării au fost stabilite cantitățile de 258.063 mc terasamente și 83971 t mixturi asfaltice, constatându-se și că în categoria lucrărilor de terasamente și de mixturi asfaltice au fost încadrate eronat lucrări ce nu pot fi astfel calificate.

Reclamanta combate aceste concluzii al organului de control, susținând că menționatele cantități de lucrări au fost prevăzute în documentația de atribuire pe baza datelor furnizate de consultantul tehnic care a oferit asistența tehnică aferentă lucrărilor ce formează obiectul acordului contractual, în convenția încheiată cu acesta fiind indicate, între alte obligații, și acelea de întocmire a documentației de atribuire a contractului de lucrări și a fișei de date a achiziției, în considerarea calității sale de expert în domeniul pentru care Consiliul Județean Timiș a încheiat contractul de achiziție publică.

2.Soluția instanței de fond

Prin sentința nr.262/R din 18 aprilie 2012, Curtea de Apel Timișoara a admis acțiunea promovată de Județul Timiș prin reprezentant Consiliul Județean Timiș, a dispus anularea titlului de creanță stabilit prin nota de constatare emisă de pârât sub nr.CA 74182/5.10.2011, precum și a deciziei de soluționare a contestației administrative cu nr.39/7.12.2011, emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitare.

Pentru a pronunța această hotărâre, Curtea a reținut în esență următoarele. Reclamanta a solicitat anularea Notei de constatare nr.CA 74182/ 5.10.2011 și a Deciziei de soluționare a contestației administrative, invocând aceleași motive ca și în contestația ce a constituit plângerea prealabilă sesizării instanței. Pe de o parte, instanța a apreciat că nu pot fi reținute susținerile reclamantei referitoare la nelegalitatea Notei de constatare nr.CA 74182/ 5.10.2011, pentru încălcarea principiului neretroactivității legii, prin efectuarea controlului ce a condus la emiterea actului prin aplicarea dispozițiilor O.U.G. nr.66/2011.

Pe de altă parte, s-a reținut că este de observat că definiția dată de legiuitor noțiunii de „neregulă” este similară în O.U.G. nr.66/2011 și O.G. nr.79/2003, astfel încât nu s-ar putea considera că fapta imputată reclamantului nu putea fi calificată ca o atare neregula în baza legislației în vigoare la data publicării în SEAP a anunțului de participare și a documentației de atribuire în baza căreia s-a încheiat acordul contractual de lucrări nr.5559/ 4.05.2010. Ca atare, nici din acest punct de vedere nu s-a putut reține că prevederile O.U.G. nr.66/2011 au fost aplicate retroactiv, pentru a se concluziona că actele administrative atacate în speță ar fi nelegale. .

Cât privește sancțiunea aplicată în nota de constatare ce constituie titlu de creanță, pentru neregula constatată, instanța a reținut ca aceasta a fost cuantificată la nivelul prevăzut de O.U.G. nr.66/2011, fără însă ca în acest mod reclamanta să fie prejudiciată, de vreme ce această sancțiune era mai severă în O.G. nr.79/2003 și fără ca în acest mod să se încalce principiul neretroactivității legii, de vreme ce s-a aplicat sancțiunea indicată în actul normativ în vigoare la data constatării neregulii.

În egală măsură s-a constatat a fi nefondate susținerile potrivit cărora controlul de legalitate realizat de ANRMAP la data publicării în SEAP a anunțului de participare nr.89125/22.10.2009, precum și a documentației de atribuire a contractului de achiziție publică ar exclude orice altă formă de control de legalitate, din partea altor autorități. A mai observat instanța că în Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a creanței bugetare nr.CA 74182/ 5.10.2011, întocmită de pârât, nu se fac referiri la un prejudiciu cauzat bugetului Uniunii Europene sau fondurilor publice naționale din care s-a făcut cofinanțarea proiectului derulat de reclamant, reținându-se doar că acesta a încălcat dispozițiile art.8 alin.1 lit.b) și art.9 alin.1 lit.a) din Normele de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din O.U.G. nr.34/ 2006, aprobate prin H.G. nr.925/2006, fiind astfel evidențiată fapta considerată drept abatere de la legalitate, dar nu și urmările acesteia.

Astfel, instanța a constatat că probatoriul administrat în cauză dovedește că această abatere de la legalitate nu era nici de natură să cauzeze o atare pagubă, astfel cum impune art.2 alin.1 lit.a) din O.U.G. nr.66/2011.

A mai reținut instanța că fapta reclamantei ar fi fost de natură să prejudicieze bugetul Uniunii Europene sau fondurile publice naționale din care s-a făcut cofinanțarea proiectului derulat de reclamant, în măsura în care s-ar fi dovedit în speță că au existat operatori economici care să fi formulat oferte în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, care au fost respinse ca inacceptabile, urmare a faptului că nu îndeplineau cerințele minime de calificare impuse disproporționat de reclamantă, ori că au existat operatori economici care nu au mai depus oferte întrucât nu îndeplineau aceste cerințe minime, dar care aveau o experiență profesională suficientă, în sensul executării unor contracte pentru cantități de lucrări mai mari sau egale cu cele rezultate din proiectul tehnic (mai mici decât cele din documentația de atribuire, dar mai mari sau egale cu cele din proiect). Astfel de dovada nu s-a făcut în speță. Din raportul procedurii depusă la dosar a rezultat că nu au fost respinse ca inacceptabile niciuna din cele 8 oferte depuse în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, rezultând astfel că toți operatorii economici ofertanți au dovedit îndeplinirea cerințelor minime de calificare, referitoare la experiența profesională, stabilite prin documentația de atribuire.

De asemenea, instanța a constatat că în speță nu s-a dovedit faptul că au existat operatori economici interesați de atribuirea contractului de execuție a lucrărilor, care să fi renunțat la intenția de participare la procedura de atribuire, urmare a faptului că nu îndeplineau aceste cerințe minime de calificare.

Instanța a conchis că nu s-a dovedit în speță că fapta pretins nelegală a reclamantei, de impunere a unor cerințe minime de calificare disproporționate în raport cu complexitatea și valoarea contractului de achiziție publică atribuit nu a produs un prejudiciu și nici nu putea să producă un astfel de prejudiciu bugetului Uniunii Europene sau fondurilor publice naționale din care s-a făcut cofinanțarea proiectului derulat de reclamant, nefiind îndeplinită deci această condiție pentru constatarea unei nereguli în sensul art.2 alin.1 lit.a) din O.U.G. nr.66/2011.

3. Calea de atac exercitată

Împotriva sentinței pronunțată de Curtea de Apel Timișoara a declarat recurs Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului și s-a solicitat admiterea recursului și, pe cale de consecință, respingerea cererii de chemare în judecată.

În cadrul motivelor de recurs, după prezentarea situației de fapt, s-a criticat soluția instanței de fond deoarece se bazează în exclusivitate pe premisa eronată a inexistenței unui prejudiciu, în urma constatării unei nereguli în sensul prevederilor O.U.G. nr.66/2011.

S-a arătat ca așa cum a constatat autoritatea de audit, în cauză s-a săvârșit o „neregulă” în sensul art.2 alin.1 lit.a) din O.U.G. nr.66/2011, respectiv „orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/ sau europene, precum și cu prevederile contactelor ori a altor angajamente legale încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competență în gestionarea fondurilor europene care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/ bugetele donatorilor publici internaționali și/ sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit”.

Potrivit prevederilor mai sus menționate, s-a apreciat că pentru a fi în prezenta unei nereguli trebuie să existe o abatere, care constă în acțiunea/ inacțiunea beneficiarului prin care s-au încălcat prevederile legale în vigoare și ale contractului de finanțare, precum și un prejudiciu ce constă în suma plătită necuvenit.

Au fost invocate prevederile art.2 pct.7 din Regulamentul CE nr. 1803/2006 și art. 1 din Regulamentul nr.2988/95 al Consiliului U.E. și s-a considerat că în dreptul comunitar existența abaterii/ neregulii/ cheltuielii nejustificate presupune implicit potențialitatea/ existența prejudicierii bugetului U.E. În speță, neregula constă în acțiunea beneficiarului de a se abate de la dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, precum și de la prevederile contractului de finanțare, prin nerespectarea de către aceștia în cadrul procedurii de atribuire a contractului de prestări servicii a prevederilor art.75 alin.1-4 din O.U.G. nr.34/2006, acțiune ce a condus la atribuirea contractului fără organizarea unei licitații adecvate, iar prin neregulă s-au adus prejudicii atât bugetului U.E. cât și bugetului de stat, prin încasarea de către beneficiar a unor sume plătite necuvenit. Abaterile de la legislația națională și comunitară se sancționează, în opinia recurentei, cu neeligibilitatea cheltuielilor.

Beneficiarul a acceptat finanțarea nerambursabilă și s-a angajat să implementeze proiectul pe propria răspundere, în conformitate cu prevederile cuprinse în contract și cu legislația națională și comunitară în vigoare, iar contractul de finanțare este un acord privind furnizarea, în anumite condiții, a finanțării nerambursabile pentru acoperirea parțială a conturilor eligibile efectuate în vederea implementării unui proiect, iar o condiție esențială pentru ca o cheltuială să fie eligibilă este suficient ca aceasta să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare.

S-a prevăzut că în momentul semnării contractului de finanțare, beneficiarul a acceptat finanțarea nerambursabilă și s-a obligat să respecte prevederile legislației naționale în domeniul achizițiilor publice, nerespectarea acestor obligații conducând la neeligibilitatea cheltuielilor astfel efectuate. În ceea ce privește susținerile instanței în sensul că în speță nu s-a făcut dovada faptului că au fost cuprinse oferte ca inacceptabile, datorită faptului că nu îndeplineau cerințele minime de calificare impuse proporționat ori dovada nedeplinării altor oferte de către operatorii economici, împiedicați fiind de cerințele minime impuse, s-a arătat că instanța de fond dacă aprecia că probatoriul este insuficient, în virtutea rolului activ putea solicita suplimentarea acestuia.

Totodată, s-a precizat că recurenta era ținută, potrivit pct.17 din Anexa la O.U.G. nr.66/2011, să probeze nu atât neregula, cât descrierea acesteia, iar în descrierea acesteia se face referire la „potențiali ofertanți”, iar nu „ofertanți”, ceea ce presupune ca recurenta să facă dovada unui fapt negativ, respectiv împiedicarea depunerii de noi oferte, datorită cerințelor minime impuse.

S-a solicitat admiterea recursului și reținând cauza spre soluționare, să respingă ca netemeinică și nelegală acțiunea formulată de CJ Timiș.

Intimatul Județul Timiș, prin CJ Timiș, a formulat întâmpinare și a solicitat respingerea recursului ca nefondat.

4. Soluția instanței de recurs

După examinarea motivelor de recurs, a dispozițiilor legale incidente în cauză, Înalta Curte va respinge recursul declarat pentru următoarele considerente: Instanța de fond a fost investită cu soluționarea unei acțiuni în anulare a unor acte întocmite de recurentă pentru că intimata-reclamantă ar fi produs o neregulă în sensul prevederilor art.2 alin.1 lit.a) din O.U.G. nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/ sau fondurilor publice naționale aferente acestora. Acțiunea a fost admisă pentru că s-a apreciat de instanța de fond că nu este îndeplinită condiția prejudiciului cauzat ca urmare a neregulii.

Recurenta încearcă, în cadrul motivelor de recurs să demonstreze că existența abaterii/ neregulii presupune implicit potențialitatea/ existența prejudiciului bugetului U.E., dar aceste susțineri sunt nefondate. Potrivit art.2 alin.1 lit.a) din O.U.G. nr.66/2011, prin neregulă se înțelege „Orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/ bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit”.

Așa cum corect a reținut și instanța de fond, pentru a fi în prezenta unei nereguli trebuie îndeplinite cumulativ mai multe condiții:

- să fie săvârșite abateri de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/ sau europene, precum și cu prevederile contractelor sau altor angajamente legal încheiate;
- abaterea să fie săvârșită prin acțiune sau inacțiune, de către un beneficiar sau o autoritate cu competență în gestionarea fondurilor europene;
- prin această abatere să se fi creat un prejudiciu sau să se poată crea un prejudiciu bugetului U.E./ bugetelor donatorilor internaționali și/ sau fondurilor publice naționale printr-o sumă plătită necuvenit.

Din interpretarea textului nu rezultă că orice abatere presupune implicit existența unui prejudiciu sau potențialitatea lui, așa cum susține recurenta, ci acestea trebuie dovedite. În cauză, deși instanța de fond a subliniat de ce nu este îndeplinită condiția prejudiciului, în motivele de recurs nu s-au făcut referiri la aceste susțineri având în vedere că recurenta afirmă că prejudiciul este prezumat prin simpla dovedire a abaterii. Totuși, la dosarul de fond au fost depuse dovezi din care rezultă că nu există un prejudiciu deoarece contractul a fost atribuit la o valoare de 28.700/.896 lei față de valoarea estimată de 40.651.831 lei, valoarea indicată în anunțul de participare.

Susținerile recurente legate de caracterul prezumat al prejudiciului în raport de orice abatere sunt contrazise chiar de prevederile legale pentru că la pct.1.2. din Anexa nr.1 la O.U.G. nr.66/2011 se

prevede că pentru aplicarea necorespunzătoare a unor elemente auxiliare procedurii de atribuire, în cazul în care neregula este doar de natură formală, fără un potențial impact financiar, nu se va aplica nici o corecție/ reducere financiară.

Cum în cauză nu s-a făcut dovada *impactului financiar* produs de neregula constatată, nu poate fi aplicată nici corecția.

Referitor la criticile din recurs legate de nedepunerea dovezilor de către recurentă, în fața instanței de fond privind existența unor operatori economici care să fi renunțat la intenția de participare la procedura de atribuire pentru că nu îndeplineau aceste cerințe minime de calificare, se constată că instanța de fond a apreciat că nu s-ar putea considera că omisiunea unor potențiali ofertanți de a participa la procedura de atribuire a contractului ar fi de natură să producă o pagubă bugetului U.E. sau fondurilor publice naționale din care s-a făcut cofinanțarea proiectului derulat de reclamant, astfel că nu s-a solicitat recurenteii să facă dovada unui fapt negativ.

Apreciind că soluția instanței de fond este legală și temeinică, în baza art.312 Cod procedura civilă raportat la art.20 din Legea nr.554/2004, va fi respins recursul ca nefondat.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII DECIDE:

Respinge recursul declarat de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului împotriva Sentinței nr.262/R din 18 aprilie 2012 a Curții de Apel Timișoara - Secția de contencios administrativ și fiscal, ca nefondată.

Irevocabilă. Pronunțată în ședință publică, astăzi 23 noiembrie 2012.

Dosar nr. 774/36/2013

CURTEA DE APEL CONSTANTA
SECȚIA A II-A CIVILA, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 12/CA
ȘEDINȚA PUBLICĂ IN DATA DE 15 IANUARIE 2014

Pe rol judecarea acțiunii în contencios administrativ formulată de reclamanta **UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ - JUDEȚUL TULCEA**, cu sediul în Tulcea, județul Tulcea, în contradictoriu cu pârâtul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE - DIRECȚIA CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI, SERVICIUL CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI - POR**, cu sediul în București, , având ca obiect - anulare act administrativ.

Dezbaterile asupra cauzei au avut loc în ședința publică din data de 08 ianuarie 2014 și au fost consemnate în încheierea de amânare a pronunțării din acea dată, care face parte integrantă din prezenta hotărâre. Curtea, având nevoie de timp pentru a delibera, a amânat pronunțarea asupra cauzei la data de 15 ianuarie 2014, când a pronunțat prezenta hotărâre.

CURTEA

Asupra acțiunii în contencios administrativ de față. Din actele și lucrările dosarului, instanța constată următoarele: Prin cererea formulată la data de 06.09.2013 și înregistrată pe rolul Curții de Apel Constanța sub nr.246/36/2013, reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială - Județul Tulcea a solicitat în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția Constatăre și Stabilire Nereguli, Serviciul Constatăre și Stabilire Nereguli - POR anularea Deciziei nr. 109/1.08.2013, emisă în soluționarea contestației depuse împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare din data de 21.05.2013, înregistrată sub nr.40547/22.05.2013 privind Contractul de finanțare nr.586/5.11.2009 cod SMIS 3861 „Restaurarea și reabilitarea a două clădiri de patrimoniu din Municipiul Tulcea, incluse în circuite turistice regionale”, beneficiar Unitatea Administrativ Teritorială - Județul Tulcea, întocmită de către Direcția Constatăre și Stabilire Nereguli, Serviciul Constatăre și Stabilire Nereguli - POR, din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, prin care s- a stabilit în sarcina beneficiarului o creanță bugetară în sumă totală de 40.739,32 lei(32.674,12 lei + 8.065,20 lei TVA). Valoarea totală a corecției financiare stabilite este de 33.604,98 lei + 8.065,20 lei TVA, respectiv 25% aplicabilă la valoarea actului adițional nr.4/28.12.2011.

În motivarea cererii, reclamanta învederează că, în baza sesizării nr.VT- 14319/21.02.2013 adresate Unității Gestionare Nereguli Fonduri Europene, s-a procedat la verificări documentare și faptice asupra implicațiilor financiare cu privire la achiziționarea de lucrări suplimentare prin actul adițional nr.4/28.12.2011 la contractul de lucrări nr.23/17.02.2010.

Neregula a fost semnalată cu ocazia efectuării misiunii de audit a Autorității de Audit din cadrul Curții de Conturi în Raportul de audit de operațiuni pentru POR nr.52205/AP/21.02.2012, înregistrat la MDRT sub nr.95567/21.12.2012 - Anexa 2.1.2. Centralizatorul constatărilor și recomandărilor formulate Autorității de Management și Organismul Intermediar Sud Est (ADR Sud Est).

Din verificările efectuate de echipa de control s-a constatat faptul că Autoritatea contractantă a încheiat Actul adițional nr.4/28.12.2011 cu SC Coral SRL Tulcea pentru atribuirea unor lucrări suplimentare în valoare de 134.419,92 lei fără TVA, procedura de achiziție a acestor lucrări fiind negocierea fără publicarea unui anunț de participare, respectiv fără organizarea unei licitații

adequate, în special în absența unei urgențe imperative rezultate din evenimente imprevizibile sau a unor circumstanțe neprevăzute.

S-a reținut astfel că beneficiarul UAT - județul Tulcea, în calitate de Autoritate contractantă, a organizat o procedură de achiziție publică prin negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în lipsa îndeplinirii cerințelor prevederilor art. 122 lit. i din OUG 34/2006.

Reclamanta susține ca netemeinice și nelegale argumentele de respingere a contestației formulate de UAT - județul Tulcea, prezentate în cuprinsul actului administrativ - Decizia nr. 109/1.08.2013, pentru următoarele considerente: UAT - județul Tulcea a încheiat contractul de lucrări nr.23/17.02.2010 cu SC Coral SRL Tulcea pentru restaurarea și reabilitarea a două clădiri de patrimoniu din municipiul Tulcea, respectiv, Casa Avramide și Muzeul de Artă (Palatul Pașei).

În timpul elaborării proiectelor pentru cele două construcții, acestea funcționau ca muzee, fiind vizitabile, iar planurile inițiale ale celor două clădiri, precum și documentațiile tehnice ale intervențiilor anterioare nu s-au găsit în arhive. În consecință, în etapa inițială nu s-a putut preziona apariția unor lucrări suplimentare sau amplexarea acestora. De altfel, prin chiar adresa nr.1115/20.03.2013, Institutul Național al Patrimoniului - Direcția tehnică și de restaurare a monumentelor, autoritate în domeniu, a precizat faptul că „(...) în derularea contractelor de lucrări de consolidare - restaurare a clădirilor monumente istorice, (...) întotdeauna apar lucrări neprevăzute, de mai mică amploare, indiferent de nivelul de atestare sau specializare a proiectanților din domeniul protejării patrimoniului”. Prin urmare, este evident faptul că din motive obiective au rezultat lucrări suplimentare care nu puteau fi prevăzute înainte de începerea lucrărilor.

Aceste argumente sunt întărite de opinia exprimată de autoritatea în domeniu, care subliniază faptul că, indiferent de nivelul de atestare sau specializare a proiectanților, executarea intervențiilor la monumentele istorice reclamă în mod obișnuit lucrări suplimentare. Cu alte cuvinte, oricât de atente și profunde sunt cercetările și expertizele anterioare, ele nu pot releva întotdeauna natura și amplexarea lucrărilor ce urmează a fi executate.

De aceea, consideră reclamanta că sunt pe deplin îndeplinite cerințele prevăzute de art. 122 lit.i din OG 34/2008 în sensul că lucrările achiziționate, neincluse în contractul inițial, ce au făcut obiectul actului adițional nr.4/28.12.2011 la contractul de lucrări nr.23/17.02.2010, îmbracă în totalitate caracter neprevăzut, întrucât oricâtă prudență și diligență ar fi manifestat proiectantul acestea nu puteau fi descoperite. Identificarea și amplexarea lucrărilor suplimentare s-a realizat în timpul executării lucrărilor de sistematizare a curții de la intrarea principală când în urma săpăturilor de teren și a degajării zonei s-a descoperit o hrubă. De comun acord beneficiar, proiectant și executant au convenit efectuarea unei investigații arheologice pentru identificarea și eventual punerea în valoare a vestigiilor arheologice. Totodată, a fost anunțată și Direcția Județeană de Cultură și Patrimoniu Național Tulcea. Întrucât în hruba descoperită se colecta apă din pânza freatică, iar Raportul preliminar de cercetare arheologică propunea conservarea edificiului, au fost necesare lucrări suplimentare pentru protejarea atât a edificiului descoperit, cât și a zidăriei, finisajelor și frescelor în curs de restaurare.

În egală măsură, arată reclamanta, nu se poate susține că executarea lucrărilor nu a beneficiat de expertiză tehnică temeinică, deoarece acestea au primit avizul unui expert de specialitate din cadrul Ministerului Culturii.

Consideră reclamanta că alegerea și desfășurarea procedurii de achiziție prin negociere iară publicarea prealabilă a unui anunț de participare se încadrează în prevederile OG 34/2006, art. 122 alin. 1 dispunând asupra dreptului autorității contractante de a urma această procedură,

excepțională, numai în situațiile expres și limitativ arătate Or, pentru situația de fapt sunt incidente dispozițiile art. 122 lit. i, fiind pe deplin realizate condițiile cerute de textul legii, deoarece: a fost imperios necesară achiziționarea unor lucrări suplimentare neincluse în contractul inițial; necesitatea efectuării de lucrările suplimentare s-a datorat apariției unor circumstanțe imprevizibile; atribuirea s-a făcut contractantului inițial; lucrările suplimentare nu puteau fi separate din punct de vedere tehnic și economic de contractul inițial; valoarea contractului și actelor adiționale nu a depășit 20% din valoarea contractului inițial; prin aplicarea acestei proceduri autoritatea contractantă a dorit să nu sacrifice buna derulare și realizare a unui proiect, de dragul unei iluzorii concurențe, care ar fi condus și la prelungirea finalizării lucrării.

De altfel, verificarea legalității alegerii și desfășurării procedurii de achiziție prin negociere fără publicarea prealabilă a anunțului de participare s-a realizat de către structura teritorială a UCVP care nu a semnalat niciun fel de încălcare a legislației în materia achizițiilor publice. Sprijinul acordat de UCVP și structurile de specialitate de la nivel teritorial vizează verificarea aspectelor procedurale aferente procesului de atribuire a contractelor, în conformitate cu art. 1-3 din OUG nr.30/2006. Solicită admiterea acțiunii și anularea actului administrativ - Decizia nr.109/1.08.2013. În drept, a invocat disp. art.51 alin.2 din O.G. 66/2011, art.8 și art.11 alin.1 lit.(a) din Legea nr.554/2004, și celelalte acte normative invocate în acțiune.

La primirea cererii de chemare în judecată, completul căruia i s-a repartizat aleatoriu cauza, procedând la verificarea cererii, conform dispozițiilor art.200 din Noul Cod de procedură civilă, a dispus comunicarea unei copii a cererii de chemare în judecată către pârâtă, care a depus întâmpinare în termenul prevăzut de art.201 din Noul Cod de procedură civilă; întâmpinarea a fost comunicată reclamantei care a depus un răspuns la întâmpinare.

Prin întâmpinare, pârâta a invocat *excepția necompetenței teritoriale a Curții de Apel Constanța*, în raport de dispozițiile art.96 pct.1 din Codul de procedură civilă și art. 10 alin.1 din Legea nr.554/2004, iar pe fondul cauzei, a solicitat respingerea acțiunii ca neîntemeiată.

La termenul de judecată din data de 11 decembrie 2013, Curtea, constatând că acțiunea este întemeiată pe dispozițiile OUG nr. 66/2001, situație în care clauza prevăzută la art. 23 din Contractul de finanțare nu este incidentă în cauză, a respins excepția necompetenței teritoriale a Curții de Apel Constanța.

Pe fondul cauzei, pârâta a arătat că reclamanta a procedat la atribuirea contractului de execuție lucrări nr.23/17.02.2010 și, ulterior semnării contractului de lucrări, aceasta a organizat o procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, invocând prevederile art. 122 lit.i) din O.U.G. 34/2006.

Susține pârâta că lucrările suplimentare care fac obiectul actului adițional nr.4/28.12.2011 puteau fi prevăzute la data elaborării proiectului tehnic deoarece:

- în Studiul geotehnic se putea stabili cu precizie natura sursei de apă care menținea un nivel ridicat al apei subterane, pe bază de probe și analize fizico-chimice, cum de altfel s-a procedat pe parcursul execuției lucrărilor de intervenție;
- deși prin Studiul Geotehnic s-a prevăzut la Capitolul Concluzii: "Se recomandă analizarea executării de drenuri pentru captarea și dirijarea apei din zona fundațiilor", proiectul tehnic nu a prevăzut executarea unui dren.

Din analiza documentelor care au stat la baza stabilirii procedurii aplicate, în vederea încheierii contractului de lucrări suplimentare, nu rezultă că acestea sunt datorate unor circumstanțe imprevizibile devenite necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză.

Astfel, lucrările suplimentare în cauză reprezintă executarea unor lucrări ce au fost omise inițial în proiectul tehnic și care, la data execuției au fost considerate necesare.

Prin urmare lucrările suplimentare, în lipsa îndeplinirii cumulative a condițiilor prevăzute la art. 122 lit.i) din O.U.G. nr. 34/2006, reprezintă o modificare substanțială a condițiilor inițiale și este asimilată unui nou contract care trebuie reoferat.

Astfel, au fost încălcate prevederile art.20 alin (1) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, conform cărora autoritatea contractantă are obligația de a atribui contractul de achiziție publică prin licitație deschisă sau licitație restrânsă, dacă nu sunt îndeplinite condițiile aferente excepțiilor prevăzute la art.20 alin.(2) din O.U.G. nr. 34/2006.

Concluzionând, pârâta susține faptul că reclamanta trebuia să respecte prevederile legale ce guvernează sediul materiei achizițiilor publice, iar argumentele invocate de către beneficiar nu îl exonerează de respectarea prevederilor legale și contractuale, astfel că Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 40547/22.05.2013 și Decizia nr. 109/1.08.2013 au fost emise cu respectarea prevederilor legale incidente.

Analizând cauza sub aspectul motivelor invocate și în raport de probele administrate, Curtea constată că acțiunea este fondată.

Astfel, prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată la data de 21.05.2013, înregistrată sub nr.40547/22.05.2013, privind Contractul de finanțare nr.586/5.11.2009 cu titlul „Restaurarea și reabilitarea a două clădiri de patrimoniu din Municipiul Tulcea, incluse în circuite turistice regionale”, beneficiar Unitatea Administrativ Teritorială - Județul Tulcea, întocmită de către Direcția Constatare și Stabilire Nereguli - Serviciul Constatare și Stabilire Nereguli - POR din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, s-a stabilit în sarcina reclamantei o creanță bugetară în sumă totală de 40.739,32 lei (32.674,12 lei + 8.065,20 lei TVA). Valoarea totală a corecției financiare a fost stabilită, potrivit pct.2, subpct.2.2 din anexa 2 la OUG nr.66/2011, la suma de 33.604,98 lei + 8.065,20 lei TVA, respectiv 25% aplicabilă la valoarea actului adițional nr.4/28.12.2011.

În urma verificărilor efectuate de echipa de control s-a constatat că Autoritatea contractantă a încheiat Actul adițional nr.4/28.12.2011 cu SC Coral SRL Tulcea pentru atribuirea unor lucrări suplimentare în valoare de 134.419,92 lei fără TVA, procedura de achiziție a acestor lucrări fiind negocierea fără publicarea unui anunț de participare, respectiv fără organizarea unei licitații adecvate, în special în absența unei urgențe imperative rezultate din evenimente imprevizibile sau a unor circumstanțe neprevăzute, cu încălcarea art. 122 lit. i din OUG 34/2006.

Potrivit art. 122 lit.i din OUG nr.34/2006, „Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare numai în următoarele cazuri:

i) atunci când este necesară achiziționarea unor lucrări sau servicii suplimentare/adiționale, care nu au fost incluse în contractul inițial, dar care datorită unor circumstanțe imprevizibile au devenit necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză, și numai dacă se respectă, în mod cumulativ, următoarele condiții: atribuirea să fie făcută contractantului inițial; lucrările sau serviciile suplimentare/adiționale nu pot fi, din punct de vedere tehnic și economic, separate de contractul inițial fără apariția unor inconveniente majore pentru autoritatea contractantă sau, deși separabile de contractul inițial, sunt strict necesare în vederea îndeplinirii acestuia; valoarea cumulată a contractelor care vor fi atribuite și a actelor adiționale care vor fi încheiate pentru lucrări și/sau servicii suplimentare ori adiționale nu depășește 20% din valoarea contractului inițial;

Se constată că necesitatea executării lucrărilor suplimentare privind realizarea unui dren de captare a apei subterane a fost determinată de circumstanțe imprevizibile, respectiv de descoperirea în timpul lucrărilor a unei hrube inundate cu apă provenită din pânza freatică, situație în care legea permite procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.

Astfel, prin adresa nr.8647/26.08.2011, executantul lucrării - SC Coral SRL Tulcea - a adus la cunoștința reclamantei că, în timpul execuției lucrărilor de sistematizare pe verticală la Casa Avramide, în curtea de la intrarea principală s-a produs o surpare de teren, descoperindu-se astfel o hrubă.

Din dispoziția de șantier nr.6/21.10.2011 rezultă că hruba descoperită este formată din două galerii boltite, precum și o substructură din zidărie de piatră. Galeria fiind inundată, pentru a se putea efectua investigațiile arheologice, antreprenorul a executat epuizmente (cca 50 mc apă), dar după 24 de ore nivelul apei subterane a crescut la loc, fapt ce a demonstrat existența unei surse importante de apă. În urma analizei fizico-chimice a probei de apă recoltate a rezultat că apa nu provine din rețeaua publică de apă, ci este din pânza freatică.

În aceste condiții, prin Nota de fundamentare nr.II.2.1/12361/13.12.2011 s-a propus executarea unui dren pe laturile de est, nord și sud în lungime de 110 ml cu tub DN 160 mm, dren necesar pentru captarea apei și descărcarea ei în canalizare.

În ceea ce privește studiul geotehnic întocmit de SC Geotehnic SRL Tulcea pentru obiectivul „Reabilitare clădire muzeu de științele naturii (Casa Avramide)”, s-a prevăzut că, din punctul de vedere al prezenței apei subterane pe amplasament, în corelare cu soluția de fundare, excavația nu coboară sub nivelul apei subterane, fără riscuri de degradare a unor structuri alăturate.

S-a mai menționat că în timpul execuției nu a apărut apă, terenul fiind totuși foarte umed la saturat. Într-adevăr, s-a recomandat analizarea executării de drenuri pentru captarea și dirijarea apei din zona fundațiilor, însă s-a considerat că, în corelație cu datele amplasamentului, creșterea umidității este cauzată de pierderi mari din rețeaua de apă-canal din zona adiacentă, impunându-se o cercetare amănunțită a acestei zonei pentru a se identifica sursa pierderilor de apă.

Curtea apreciază că, față de concluziile studiului geotehnic și în raport de situația concretă descoperită după începerea lucrărilor, autoritatea contractantă nu putea să prevadă necesitatea lucrărilor suplimentare întrucât, nefiind identificată cauza umidității terenului, nu s-a putut anticipa că apa se va acumula în cantitate foarte mare în hruba descoperită, hrubă pentru care s-a decis conservarea arheologică.

Prin urmare, chiar dacă studiul geotehnic a evidențiat o umiditate sporită a terenului, acesta nu a indicat sursa apei, stabilind că excavația nu coboară sub nivelul apei subterane. Totodată, recomandarea făcută în concluziile studiului geotehnic se referă doar la o analizare a executării de drenuri, tară a se arăta necesitatea unei astfel de lucrări.

De asemenea, se constată că au fost respectate condițiile impuse de lege pentru ca atribuirea să fie făcută contractantului inițial deoarece lucrările suplimentare, deși separabile de contractul inițial, sunt strict necesare în vederea îndeplinirii acestuia, iar valoarea actului adițional pentru lucrările suplimentare nu depășește 20% din valoarea contractului inițial.

Având în vedere că în cauză a fost utilizată în mod legal procedura de atribuire directă tară publicarea prealabilă a unui anunț de participare, nu se poate considera că nu s-a asigurat o competiție adecvată în absența unor circumstanțe neprevăzute care să le justifice, nefiind astfel întrunite condițiile abaterii reținute.

Pentru considerentele expuse, apreciind că actele contestate sunt nelegale, urmează a admite acțiunea, în temeiul art. 18 raportat la art.8 și din Legea nr.554/2004, și a anula Decizia nr.109/01.08.2013 emisă de M.D.R.A.P. - Serviciul Soluționare Contestații Nereguli Fonduri Europene și Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată la 21.05.2013 și înregistrată sub nr.40547/22.05.2013.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Admite acțiunea formulată de reclamanta **UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ - JUDEȚUL TULCEA**, cu sediul în Tulcea, județul Tulcea, în contradictoriu cu pârâțul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE - DIRECȚIA CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI, SERVICIUL CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI - POR**, cu sediul în București.

Anulează Decizia nr.109/01.08.2013 emisă de M.D.R.A.P. - Serviciul Soluționare Contestații Nereguli Fonduri Europene și Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată la 21.05.2013 și înregistrată sub nr.40547/22.05.2013.

Cu recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Recursul se depune la Curtea de Apel Constanța, sub sancțiunea nulității, în condițiile prevăzute la art.83 alin.3 și art.84 din Codul de procedură civilă. Pronunțată în ședința publică, astăzi, 15 ianuarie 2014.

Dosar nr. 771/36/2013

CURTEA DE APEL CONSTANȚA
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 381/CA
ȘEDINȚA PUBLICĂ DE LA 09 DECEMBRIE 2013

Pe rol, judecarea cauzei contencios administrativ privind pe reclamanta **UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ - JUDEȚUL TULCEA**, cu sediul în Tulcea județul Tulcea și pe pârâțul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE - DIRECȚIA CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI - SERVICIUL CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI - POR**, cu sediul în București, sector 5, având ca obiect **anulare act administrativ**.

Dezbaterile au avut loc în ședința publică din **02.12.2013** și consemnate în încheierea de ședință din acea dată, încheiere ce face parte integrantă din hotărâre, când instanța, având nevoie de timp pentru a delibera, a amânat pronunțarea la data de **09.12.2013**:

CURTEA:

Asupra cauzei de față, constată următoarele:

1. Obiectul și părțile litigiului

La data de 05.09.2013 reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială - Județul Tulcea a investit Curtea de Apel Constanța cu o acțiune în anularea Deciziei nr.41/25.06.2013, emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Serviciul de Soluționare Contestații Nereguli Fonduri Europene, în soluționarea contestației formulate împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată în data de 22.04.2013 și înregistrată sub nr.33906/24.04.2013 și restituirea sumelor plătite cu titlu de creanță bugetară prin OP nr. 1217/18.06.2013 (463.260,57 lei) și OP nr. 1218/18.06.2013, pentru următoarele motive:

În fapt, în baza sesizărilor Direcției Autorității de Management - POR Unitatea Gestionare Nereguli Fonduri Europene cu privire la respectarea condițiilor legale și contractuale de către UAT - județul Tulcea s-a procedat la efectuarea de verificări documentare și factice a aspectelor menționate în sesizările nr.VT-96067/27.12.2012, VT-293/4.01.2013 și VT- 1710/11.01.2013 privind achiziționarea contractului de audit nr.20/8.02.2011 și a actelor adiționale de lucrări suplimentare nr. 1/324/20.08.2010 și nr.2/199/14.07.2011 la contractul de lucrări nr.23/17.02.2010.

Din verificările efectuate s-a concluzionat că, pentru:

- pentru actul adițional nr. 1/324/20.08.2010 la contractul de lucrări nr.23/17.02.2010 beneficiarul UAT - județul Tulcea, în calitate de Autoritate contractantă a organizat o procedură de achiziție publică prin negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, potrivit prevederilor art. 122 lit. i din OUG 34/2006.

- pentru actul adițional nr.2/199/14.07.2011 la contractul de lucrări nr.23/17.02.2010 beneficiarul UAT - județul Tulcea, în calitate de Autoritate contractantă a organizat o procedură de achiziție publică prin negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, potrivit prevederilor art. 122 lit. i din OUG 34/2006. Autoritatea contractantă a majorat în mod nejustificat prin actul adițional nr.2, valoarea inițială a contractului de lucrări prin recurgerea la procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în absența unei urgențe imperative rezultată din evenimente imprevizibile.

În ce privește contractul de audit nr. 20/8.02.2011:

- a) În fișa de date a achiziției, la pct.IV.3. Situația economico-financiară, se solicită ca media profitului din ultimii 3 ani să fie pozitivă.
- b) În fișa de date a achiziției, la pct.IV.4. Capacitatea tehnică și/sau profesională se solicită ca experiență similară cel puțin un contract de servicii audit financiar al unui proiect finanțat din fonduri externe nerambursabile și recomandare aferentă cu calificativul - foarte bine.
- c) În fișa de date a achiziției, la pct.IV.4. Capacitatea tehnică și/sau profesională - informații privind personalul se solicită recomandări pentru personalul implicat în realizarea contractului și experiență în auditarea a cei puțin 2 contracte similare din care cel puțin 1 proiect cu finanțare din fonduri europene.

În cadrul procedurii de atribuire, Comisia de evaluare a acceptat un alt contract și recomandarea aferentă deși acestea nu au fost inițial prezentate în cadrul ofertei.

Constatările cuprinse în Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.33906/24.04.2013 au fost contestate de către Autoritatea contractantă - UAT județul Tulcea, prin Decizia nr.41/25.06.2013 fiind respinse criticile aduse pentru următoarele argumente:

Lucrările suplimentare efectuate în cauză reprezintă fie schimbări de soluții tehnice pentru anumite categorii de lucrări, fie executarea unor lucrări omise inițial din proiectul tehnic, apreciate ca necesare la momentul execuției.

Documentațiile de natură tehnică care au stat la baza acestor lucrări - expertiza, proiectul tehnic - trebuiau să țină seama de faptul că obiectul proiectului consta în restaurarea celor două clădiri care datorită faptului că sunt monumente istorice și au o vechime îndelungată, necesită o expertiză detaliată a întregului ansamblu, inclusiv printr-o investigație arheologică, datorită specificului celor două construcții.

În luarea deciziilor și aplicarea măsurilor, autoritatea de management nu este condiționată de activitățile desfășurate de ANRMAP și UCVAP, prevalându-se de dispozițiile art.32 din HG 457/2008.

Au existat suficiente elemente care să indice situația economico-financiară a societății, doar din prezentarea bilanțului, nefiind necesare cerințele cu privire înregistrarea de profit. Prin cerințele minime stabilite de Autoritatea contractantă, s-a restricționat accesul posibililor ofertanți la procedura de achiziție, prin impunerea unei anumite surse de finanțare pentru derularea contractului de audit.

Apreciază ca fiind nelegal și netemeinic actul administrativ - Decizia nr.41/25.06.2013, pentru următoarele considerente:

Referitor la organizarea unei proceduri de achiziție publică fără publicarea unui anunț de participare, pentru încheierea actelor adiționale nr. 1/324/20.08.2010 și nr.2/199/14.07.2011. UAT - județul Tulcea a încheiat contractul de lucrări nr.23/17.02.2010 cu SC Coral SRL Tulcea pentru restaurarea și reabilitarea a două clădiri de patrimoniu din municipiul Tulcea, respectiv, Casa Avramide și Muzeul de Artă (Palatul Pașei).

În timpul elaborării proiectelor pentru cele două construcții, acestea funcționau ca muzee, fiind vizitabile, iar planurile inițiale ale celor două clădiri, precum și documentațiile tehnice ale intervențiilor anterioare nu s-au găsit în arhive. În consecință, în etapa inițială nu s-a putut previziona apariția unor lucrări suplimentare sau amplexarea acestora.

De altfel, prin chiar adresa nr. 1115/20.03.2013, Institutul Național al Patrimoniului - Direcția tehnică și de restaurare a monumentelor, autoritate în domeniu, a precizat faptul că „(...) în derularea contractelor de lucrări de consolidare - restaurare a clădirilor monumente istorice, (...) întotdeauna apar lucrări neprevăzute, de mai mică sau mai mare amploare, indiferent de nivelul de atestare sau specializare a proiectanților din domeniul protejării patrimoniului”.

Prin urmare, este evident faptul că din motive obiective au rezultat lucrări suplimentare care nu puteau fi prevăzute înainte de începerea lucrărilor.

Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.33906/24.04.2013, afirmație menținută și în Decizia nr.41/25.06.2013 se precizează faptul că ceea ce a înțeles echipa de control să sancționeze este alegerea procedurii de atribuire a lucrărilor suplimentare, iar nu necesitatea acestora. Ca atare se poate concluziona, că exista posibilitatea alegerii unei alte proceduri de achiziție, procedură care nu a fost urmată.

În mod evident alegerea și desfășurarea procedurii de achiziție prin negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare se încadrează în prevederile OG 34/2006, art. 122 alin. 1 dispunând asupra dreptului autorității contractante de a urma această procedură, excepțională, numai în situațiile expres și limitativ arătate. Ori, pentru situația de fapt sunt incidente dispozițiile art. 122 lit. i fiind pe deplin realizate condițiile cerute de textul legii, deoarece:

- a fost imperios necesară achiziționarea unor lucrări suplimentare neincluse în contractul inițial;
- necesitatea efectuării de lucrările suplimentare s-a datorat apariției unor circumstanțe imprevizibile;
- atribuirea s-a făcut contractantului inițial;
- lucrările suplimentare nu puteau fi separate din punct de vedere tehnic și economic de contractul inițial
- valoarea contractului și actelor adiționale nu a depășit 20% din valoarea contractului inițial.

De altfel, verificarea legalității alegerii și desfășurării procedurii de achiziție prin negociere fără publicarea prealabilă a anunțului de participare s-a realizat de către structura teritorială a UCVAP care nu a semnalat nici un fel de încălcare a legislației în materia achizițiilor publice.

Referitor la neregulile constatate la contractul de audit nr.20/8.02.2011

Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare 33906/24.04.2013 relevă în privința contractului de audit nr.20/8.02.2011 următoarele abateri de la prevederile OG 34/2006:

- Solicitarea din fișa de date a achiziție, ca media profitului din ultimii 3 ani să fie pozitivă.
- Solicitarea din fișa de date a achiziției la pct.IV.4 Capacitatea tehnică și/sau profesională, ca experiență similară cel puțin un contract de servicii de audit financiar al unui proiect finanțat din fonduri externe nerambursabile și recomandare aferentă cu calificativul - foarte bine.
- Solicitarea din fișa de date a achiziției la pct.IV.4 Capacitatea tehnică și/sau profesională
- Informații privind personalul, de recomandări pentru personalul implicat în realizarea contractului și experiență în auditarea a cel puțin 2 contracte similare din care cel puțin 2 contracte similare, din care cel puțin un proiect cu finanțare din fonduri europene.
- Acceptarea în cadrul procedurii de atribuire de către Comisia de evaluare a unui alt contract și a recomandării aferente, deși acestea nu au fost inițial prezentate în cadrul ofertei.

Cu privire la criteriile de calificare și selecție apreciate ca fiind restrictive și nerelevante, solicitate prin fișa de date pentru contractul nr.20/2011, precizează faptul că la data elaborării documentelor de atribuire nu erau în vigoare prevederile legale prin care se restricționau anumite cerințe de calificare, nefiind aplicabile prevederile Ordinului Președintelui ANRMAP nr.509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție. Cerințele minime de calificare pentru achiziția serviciilor de audit au făcut obiectul verificării și validării de către ANRMAP.

În privința solicitării a cel puțin un contract de servicii de audit financiar aferent unor proiecte finanțate din fonduri nerambursabile, apreciază că această cerință nu încalcă prevederile art.8 din HG 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, considerând că prezintă relevanță și nu este disproporționată în raport cu natura și complexitatea contractului, având în vedere că ofertantului declarat câștigător îi revine obligația de a presta servicii de audit în cadrul unui proiect de reabilitare și restaurare, finanțat din fonduri europene, cu un grad ridicat de complexitate. Nu este lipsit de relevanță nici faptul că derularea relațiilor contractuale în cadrul proiectelor finanțate din fonduri nerambursabile prezintă o anumită specificitate, necesitând experiență în domeniu.

Conform prevederilor art.7 din HG 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, criteriile de calificare și selecție, astfel cum sunt prevăzute la art. 176 din Ordonanța de urgență au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în ipoteza în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.

Cerința este justificată prin dorința autorității contractante ca aceste servicii să fie prestate de specialiști bine pregătiți profesional în domeniul auditării financiare în general și cu totul special în ceea ce privește proiectele financiare din fonduri structurate, ținându-se seama de specificul aparte al serviciilor de audit în cadrul acestor proiecte.

Intimata a formulat întâmpinare solicitând respingerea contestației ca nefondată. Reclamanta a răspuns la întâmpinarea formulată de pârâtă. Reclamanta a formulat concluzii scrise.

CURTEA

Analizând obiectul pricinii prin prisma criticilor aduse precum și a apărărilor făcute de pârâtă Curtea reține că aceasta nu este fondată pentru considerentele:

În urma verificării de către echipa de control a procedurii de achiziție publică pentru atribuirea contractului de servicii audit nr.20/08.02.2011, și a actelor adiționale de lucrări suplimentare nr. 1/324/20.08.2010 și nr.2/199/14.07.2011 la contractul de lucrări nr.23/17.02.2010, au fost reținute nereguli față de prevederile legislației privind achizițiile publice.

În raport de aspectele contestate, prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 33906/24.04.2013 ce face obiectul cauzei de față, s-au reținut următoarele:

Referitor la actul adițional nr. 1/324/20.08.2010, respectiv actul adițional nr.2/199/14.07.2011 la contractul de lucrări nr.23/17.02.2010, autoritatea contractantă a organizat o procedură de achiziție publică prin negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, potrivit prevederilor art. 122 lit. i) din OUG nr.34/2006. Prin actul adițional nr.2, autoritatea contractantă a majorat în mod nejustificat valoarea inițială a contractului de lucrări prin recurgerea la procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în absența unei urgențe imperative rezultată din evenimente imprevizibile.

Referitor la contractul de audit nr.20/08.02.2011:

- a) În fișa de date a achiziției, la pct. IV.3 Situația economico - financiară, se solicită ca media profitului din ultimii 3 ani să fie pozitivă;
- b) La pct. IV.4 Capacitatea tehnică și / sau profesională, din fișa de date, se solicită ca experiență similară cel puțin un contract de servicii audit financiar al unui proiect finanțat din fonduri externe nerambursabile și recomandare aferentă cu calificativul "foarte bine",

c) Tot la pct.IV.4 Capacitatea tehnică și / sau profesională - informații privind personalul se solicită recomandări pentru personalul implicat în realizarea contractului și experiență în auditarea a cel puțin 2 contracte similare din care cel puțin un proiect cu finanțare din fonduri europene.

Pentru fiecare act adițional în parte, echipa de control a aplicat corecții financiare de 25% din valoarea lucrărilor suplimentare, potrivit pct.2,2 din Anexa la OUG nr.66/2011, stabilite prin actul adițional nr. 1/324/20.08.2010, respectiv prin contractul adițional nr.2/199/14.07.2011, la contractul de lucrări nr.23/17.02.2010. Împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.33906/24.04.2013, reclamanta a formulat contestație administrativă, ce a fost respinsă prin decizia nr.41/25.06.2013. Referitor la motivele de nelegalitate și netemeinicie invocate prin cererea de chemare în judecată, Curtea reține următoarele:

Echipa de control din cadrul instituției pârâte a constatat faptul că UAT Județul Tulcea, în calitate de autoritate contractantă a organizat procedura de negociere fără publicarea în prealabil a unui anunț de participare pentru atribuirea actelor adiționale nr.1 și 2 la contractul de lucrări nr.23/17.02.2010 încheiat cu SC Coral SRL Tulcea, respectiv cerere de oferte pentru atribuirea contractului de servicii audit nr.20/08.02.2011, în cadrul proiectului „Restaurarea și reabilitarea a două clădiri de patrimoniu din Municipiul Tulcea, incluse în circuite turistice regionale”. Criteriul de atribuire utilizat pentru contractul de servicii audit a fost „prețul cel mai scăzut”.

În cadrul procedurii de licitație pentru contractul de servicii audit, au fost depuse 6 oferte, din care în fază finală s-au calificat 4 ofertanți cu oferte admisibile. Urmare aplicării criteriului de atribuire, contractul de servicii audit a fost încheiat cu asocierea dintre SC Audit & Account SRL.

Ținând seama de abaterile constatate în ceea ce privește contractul de audit și în conformitate cu prevederile art. 4 din HG nr. 875/2011, echipa de control a constatat că, în cazul mai multor încălcări în cadrul aceleiași proceduri de achiziție, corecțiile financiare nu se cumulează și se aplică corecția maximă, motiv pentru care a aplicat o reducere procentuală de 5 % din valoarea contractului nr. 20/984/08.02.2011.

Referitor la primul motiv invocat de reclamantă, legat de organizarea unei proceduri de achiziție publică fără publicarea unui anunț de participare, pentru încheierea actelor adiționale nr. 1/324/20.08.2010, respectiv actul adițional nr.2/199/14.07.2011 la contractul de lucrări nr. 23/17.02.2010, se reține că pentru ambele acte adiționale, reclamanta, în calitate de autoritate contractantă a organizat o procedură de achiziție publică prin negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în conf. cu prevederile art. 122 lit.i) din OUG nr. 34/2006. Prin actul adițional nr. 2, autoritatea contractantă a majorat valoarea inițială a contractului de lucrări prin recurgerea la procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în absența unei urgențe imperative rezultată din evenimente imprevizibile.

Obiectivele de investiții avute în vedere de contractul inițial de lucrări, respectiv de cele două acte adiționale ce au urmat, vizau două clădiri de patrimoniu din municipiul Tulcea, și anume Casa Avramide și Muzeul de Artă Tulcea ce sunt încadrate ca și monumente istorice și funcționau ca muzeu de artă, respectiv muzeu de științele naturii.

La baza alegerii procedurii de achiziție publică, lucrările suplimentare au constat, în principal, în următoarele: lucrări de consolidare, lucrări de restaurare și lucrări de amenajări exterioare.

Autoritatea contractantă - petentă în cauză s-a apărut arătând că, lucrările suplimentare au fost stabilite de către proiectant prin dispozițiile de șantier nr.1 și nr.2, fiind necesare datorită următoarelor motive: "în urma săpăturilor, a decopertărilor, a desfacerilor și a demolărilor la cele două clădiri de patrimoniu s-au descoperit degradări ample și periculoase ale pereților, tasări ale

terenului datorate pierderilor de apă masive din rețelele interioare și exterioare, stâlpi din beton fără fundații, planșe de lemn putrede, diferite nișe în ziduri, hrubă sau pardoseală, goluri de uși fără buiandrugi, etc".

Din analiza documentelor invocate mai sus ce au stat la baza stabilirii procedurii alese și având în vedere textele legale invocate anterior, nu rezultă că aceste lucrări suplimentare sunt datorate unor circumstanțe imprevizibile, ci reprezintă omisiuni de proiectare.

Lucrările suplimentare în cauză reprezintă fie schimbări de soluții tehnice pentru anumite categorii de lucrări, fie executarea unor lucrări ce au fost omise inițial în proiectul tehnic și care, la data execuției au fost considerate necesare.

Documentațiile de natură tehnică ce au stat la baza acestor lucrări (atât expertiza cât și proiectul tehnic) trebuiau să aibă în vedere faptul că obiectul proiectului constă în restaurarea celor două clădiri care datorită faptului că sunt monumente istorice și au o vechime îndelungată, necesita o expertiză corespunzătoare a elementelor de structură și arhitectură.

De aceea nu poate fi primit motivul de nelegalitate referitor la faptul că aceste lucrări s-au impus ca fiind suplimentare în considerarea caracterului lor neprevăzut la momentul începerii lucrărilor .

Nu poate fi ignorată nici împrejurarea potrivit cu care cele două clădiri sunt încadrate în categoria monumentelor istorice, iar proiectantul trebuia să ia toate măsurile pentru o expertizare detaliată a întregului ansamblu, inclusiv printr-o investigație arheologică, datorită specificului celor două construcții.

De altfel în acest sens a fost și adresa nr. 1115/20.03.2013 a Institutului Național al Patrimoniului se apreciază că "pentru o cât mai corectă evaluare a problemelor unei construcții existente și implicit a elaborării unor documentații tehnice cât mai complete, sunt necesare studii și cercetări cât mai amănunțite, ceea ce presupune să ai acces din punct de vedere vizual și fizic, pentru prelevarea de date, la obiectul studiat".

În ce privește cealaltă critică de nelegalitate a actului administrativ contestat referitoare la neregulile constatate la contractul de audit, Curtea reține că nici aceasta nu poate fi primită pentru considerentele :

Referitor la prima cerință, respectiv un contract de servicii audit financiar al unui proiect finanțat din fonduri externe nerambursabile și recomandare aferentă cu calificativul - foarte bine, potrivit prevederilor art. 178 alin.(2) din OUG nr.34/2006 în vigoare la data desfășurării procedurii de achiziție publică: "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire".

În acord cu dispozițiile legale în Fișa de date a achiziției, se prevede că autoritatea contractantă poate să solicite informații cu privire la activitatea desfășurată în ultimii trei ani, în ceea ce privește capacitatea tehnică și profesională a operatorilor economici.

De asemenea, realizarea de servicii de audit, are la bază prevederile legislației naționale privind domeniul specific al serviciilor de audit și nu are legătură cu sursa de finanțare a acestor servicii specifice la care se referă contractul de servicii de audit.

Referitor la cerința minimă potrivit căreia reclamanta a solicitat pentru personalul propus experiență în auditarea a cel puțin 1 proiect cu finanțare UE, în mod corect a reținut pârâta că nu este relevantă în demonstrarea experienței similare pentru derularea acestui contract, întrucât

capacitatea profesională nu poate fi influențată de natura sursei din care va fi finanțat contractul de audit. Sursa de finanțare ar putea constitui un element care să fie luat în calcul în situația în care ar fi vorba despre un criteriu minim de calificare solicitat pentru managerul unui contract de consultanță în domeniul proiectelor cu sursa de finanțare indicată, dar nu în cazul unui proiect de realizare a serviciilor de audit, care are la bază legislația specifică din acest domeniu.

Instituindu-se această cerință de această manieră s-a creat o restricționare a accesului posibililor ofertanți la procedura de achiziție, fiind impusă o anumită sursă de finanțare pentru derularea contractului de audit, sursă care nu poate influența activitatea specifică derulată în baza acestui contract.

Referitor la susținerea reclamantei potrivit căreia la data elaborării documentelor de atribuire nu erau aplicabile prevederile Ordinului ANRMAP nr. 509/2011, chiar dacă Ordinul a intrat în vigoare în 2011, se reține că nici această critică nu poate conduce la concluzia nelegalității actului criticat motivat de faptul că această împrejurare nu poate afecta obligația autorităților contractante de a nu prevedea criterii restrictive în documentațiile de atribuire, astfel cum dispune art. 178 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006.

Aceasta cu atât mai mult cu cât responsabilitatea respectării prevederilor privind materia achizițiilor publice respectiv scopului și principiilor acesteia în cadrul procedurilor de achiziție revine autorității contractante.

Față de cele arătate Curtea reține că demersul procesual al reclamantei nu se fundamentează legal și probatoriu situație în care urmează a fi respins ca nefondat.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Respinge acțiunea formulată de reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ - JUDEȚUL TULCEA, cu sediul în Tulcea în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE - DIRECȚIA CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI - SERVICIUL CONSTATARE ȘI STABILIRE NEREGULI - POR, cu sediul în București, sector 5, având ca obiect **anulare act administrativ**, ca nefondată.

Definitivă. Cu recurs. Pronunțată în ședința publică, astăzi 09 decembrie 2013.

Dosar nr. 952/45/2012

**CURTEA DE APEL IAȘI
SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 66/2013**

Pe rol fiind pronunțarea cauzei de contencios administrativ și fiscal privind pe reclamant Municipiul Vaslui și pe pârât Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului, având ca obiect contestație act administrativ fiscal împotriva deciziei numărul 172/01.11.2012 emisă de pârât. La apelul nominal făcut în ședința publică se constată lipsa părților. Procedura de citare este legal îndeplinită.

S-a făcut referatul cauzei de către greșier care învederează că dezbaterile asupra fondului cauzei au avut loc în ședința publică din 08.03.2013, susținerile părților fiind consemnate în încheierea de ședință din acea zi, parte integrantă din prezenta sentință. Din lipsă de timp pentru deliberare și pentru a se da posibilitatea părților de a depune note de concluzii scrise, s-a amânat pronunțarea pentru astăzi, 14 martie 2013. După deliberare;

CURTEA DE APEL,

Prin acțiunea înregistrată pe rolul acestei instanțe sub nr. 952/45/2012 reclamantul Municipiul Vaslui a chemat în judecată pe pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului solicitând anularea Deciziei nr. 172 din 01.11.2012, emisă de către Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului prin care a fost soluționată contestația administrativă formulată împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată la data de 17.09.2012, privind contractul de finanțare nr.962/07.10.2010, proiectul cod SMIS 7022, cu titlul " Reabilitare infrastructură de străzi în municipiul Vaslui", beneficiar Municipiul Vaslui, Domeniul Major de Intervenție 1.1., nr. CA 70502 din 21.09.2012, înregistrată la sediul Unității administrativ - teritoriale, municipiul Vaslui cu nr. 27528 din 03.10.2012. În motivare reclamantul a arătat că actele contestate sunt netemeinice și nelegale pentru următoarele considerente.

În ceea ce privește constatarea și susținerea că „beneficiarul a utilizat ca factor de evaluare, termen de intervenție în perioada de garanție”, acesta neavând o legătură concretă cu obiectul procedurii, nefiind de natură să procure un avantaj real Autorității Contractante, conducând doar la distorsionarea rezultatului procedurii ", aceste aprecieri sunt neîntemeiate, întrucât, termenul de intervenție (max 20 puncte): se definește ca "perioada scursă de la luarea la cunoștință de către executant a defecțiunilor transmise de autoritatea contractantă, până la sosirea pe amplasamentul lucrărilor în vederea constatării defecțiunilor".

În acest sens avantajul urmărit a fost acela de a beneficia, pe perioada de garanție a lucrărilor (pe parcursul căreia contractul de lucrări este în vigoare, producându-și efectele - așa cum reiese din prevederile art.6.2 din contractul nr. 12461/16.05.2011), de o mentenanță promptă, orice defecțiune fiind rapid diagnosticată și remediată în timp util. astfel încât, să se limiteze eventualele pagube, în privința cărora Municipiul Vaslui ar avea o mare responsabilitate (putându-se înregistra accidente soldate cu victime sau pagube materiale importante), care ar trebui achitate din bugetul unității administrativ - teritoriale.

Elaborarea procedurii de achiziție, în concordanță cu scopul și principiile achizițiilor publice, a pornit de la premisa bunelor intenții, prin garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici, promovarea concurenței între operatorii economici și u transparenței întregului demers. În plus oricărei oferte care nu s-ar fi încadrat în limite realiste i se puteau solicita clarificări de către comisia de evaluare, fapt care a fost chiar pus în practică în cazul ofertantului câștigător SC TRANSMER MURGENI și TANCRAID GALAȚI. Astfel, în data de 03.03.2011 a fost

transmisă acestui ofertant o solicitare de clarificări prin care i se solicita inclusiv justificarea termenului de intervenție de 25 minute în perioada de garanție. În data de 04.03.2011 s-a primit răspunsul cu detalierea justificării. Pe de altă parte chiar precizarea unor valori la limita de punctaj maxim ar fi distorsionat rezultatul procedurii, sugerându-le participanților pentru ce parametri să oferteze pentru a obține acest punctaj maxim. Astfel, în cazul în care se preciza un nivel minim al acestui criteriu este mai mult decât sigur că toți concurenții ar fi ofertat pe acest nivel, astfel criteriul devenind irelevant.

Cu privire la mențiunea că factorul de evaluare "termenul de intervenție în perioada de garanție (max. 12 ore)" nu are o legătură concretă cu specificul contractului și nu se regăsește printre factorii enumerați la art. 199 din O.U.G. nr.34/2006, modificată și completată, contractul de lucrări este valabil, producându-și efectele inclusiv pe perioada de garanție acordată lucrărilor, respectiv până la încheierea procesului verbal de recepție finală a lucrărilor (după 120 luni de la terminarea lucrărilor) că, dacă pe perioada de execuție a lucrărilor, deși mai există unele dificultăți de comunicare și colaborare între reprezentanții autorității contractante și executantul lucrărilor, neimpunerea unor condiții referitoare la această perioadă, creează dificultăți enorme, mai ales în ceea ce privește respectarea termenului în care i se solicită să intervină, astfel, constituind cel puțin un avantaj financiar, în sensul că astfel poate fi evitată producerea unor pagube materiale, încadrându-ne în prevederile art. 15 alin.(2) din H.G. nr.925/2006, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora: " (2) Atunci când stabilește factorii de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care:

- a) nu au o legătură directă cu natura și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;
- b) nu reflectă un avantaj real și evident pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv".

Factorul de evaluare, stabilit poate fi încadrat printre factorii de evaluare prevăzuți de art. 199 alin.(2), potrivit căruia "Factorii de evaluare a ofertei, prevăzuți la aliniatul 1 pot fi, alături de preț : caracteristici privind nivelul calitativ, tehnic sau funcțional, caracteristici de mediu, costuri de funcționare, raportul cost/eficiență, servicii post-vânzare și asistență tehnică (perioada de garanție putând fi ,considerată drept o perioadă de asistență tehnică), termen de livrare sau de execuție, alte elemente considerate semnificative pentru evaluarea ofertelor".

De altfel, această enumerare nu este una limitativă sau exhaustivă, așa cum se poate observa din formularea art. 199 alin.(2) din O.U.G. nr. 34/2006, modificată și completată, "alte elemente considerate semnificative pentru evaluarea ofertelor", legiuitorul oferind autorităților contractante posibilitatea impunerii altor factori care consideră că au legătură cu obiectul contractului.

Autoritatea contractantă deși era îndreptățită să impună ofertanților îndeplinirea anumitor condiții și în ceea ce privește întreținerea lucrărilor executate pe perioada de garanție a acestora, având în vedere faptul că această procedură (datorită complexității sale și implicit a valorii acesteia), a necesitat publicarea în Jurnalul European, ceea ce permitea înscrierea la licitație a unui ofertant de oriunde din lume, astfel încât, în aceste condiții, autoritatea contractantă nu putea impune, ca și condiție, un timp minim de intervenție sau obligativitatea deschiderii unui punct de lucru stabil pe raza municipiului Vaslui, aceste cerințe putând fi considerate ca fiind restrictive și având efectul de a îngrădi concurența, aducând, astfel, atingere scopului ordonanței, reglementat de art.2 alin.(1) lit. a), respectiv " promovarea concurenței între operatorii economici", așa cum, de altfel, a statuat Consiliul Național pentru Soluționarea Contestațiilor prin Decizia nr. 2477/244 C10/1457 din 16.06.2009.

Astfel un termen de intervenție de 25 de minute, respectiv deplasarea de la un punctul de lucru (1 km distanță față de municipiul Vaslui) și până la locul unei defecțiuni pentru constatare și

semnalizarea defecțiunii nu este o durată prea mică nici chiar la o oră de vârf în trafic, pentru un oraș precum Vaslui.

În aceste condiții, autoritatea contractantă, prin precizarea punctajului ce va li acordat fiecărui factor de evaluare în parte, precum și prezentarea algoritmului de calcul al acestora, în documentația de atribuire - fișa de date a achiziției, a respectat dispozițiile art. 199 alin. (1) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora " în cazul aplicării criteriului " oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic", oferta stabilită ca fiind câștigătoare este oferta care întrunește punctajul cel mai mare rezultat din aplicarea unui sistem de factori de evaluare pentru care se stabilesc ponderi relative sau un algoritm de calcul specific. În cazul în care, din motive obiective, pe care autoritatea contractantă le poate justifica temeinic, este imposibilă stabilirea exactă a ponderilor relative pentru fiecare factor de evaluare, autoritatea contractantă are obligația de a indica în anunțul de participare sau în documentația de atribuire cel puțin ordinea descrescătoare a importanței factorilor de evaluare care urmează să fie utilizați".

Referitor la cea de-a 2-a abatere reținută de echipa de control, respectiv faptul că Municipiul Vaslui ar fi încheiat contractul de lucrări cu operatorul economic, în condițiile în care acesta nu a făcut dovada îndeplinirii tuturor criteriilor de selecție și calificare impuse prin documentația de atribuire, considerând că au fost încălcate dispozițiile art.200 alin.(1) din O.U.G. nr.34/2006, modificată și completată, autoritatea contractantă a încheiat contractul de lucrări cu respectarea prevederilor legale și cu ofertantul care a îndeplinit toate criteriile minime de calificare și selecție impuse.

Astfel, autoritatea contractantă, dorind să verifice unele dintre documentele prezentate de către ofertantul S.C. Tancred S.R.L. Galați, a solicitat relații de la o altă autoritate contractantă, cu care acesta încheiasse unui dintre contractele ce au fost depuse drept experiență similară, în temeiul art.35 din H.G. nr.925/2006, modificată și completată.

Așa cum se poate observa, art.35 din H.G. nr.925/2006, prevede că " Pe parcursul analizării și verificării documentelor prezentate de ofertanți, comisia de evaluare are dreptul de a solicita oricând clarificări sau completări ale documentelor prezentate de aceștia pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare, astfel cum sunt acestea prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate", fără însă a preciza, în mod clar, cui anume poate solicita aceste clarificări.

Datorită faptului că Primăria Municipiului Brăila nu a dat curs solicitărilor formulate de către Municipiul Vaslui, în această situație, membrii comisiei, având în vedere documentele prezentate de către ofertat și, ținând cont și de faptul că procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor având ca obiect " Reparații și întreținere străzi în Municipiul Brăila" unde se precizează, printre altele, valoarea investiției, precum și că recepția a fost admisă de către comisia de recepție (aceasta neformulând nicio obiecție), are ștampila Primăriei și este , pe deasupra și legalizat, a considerat că ofertantul îndeplinește condițiile impuse.

Față de încadrarea și sancționarea faptei potrivit punctului 1, subpunctului 1.9 din anexa la O.U.G. nr.66/2011, respectiv abatere constatată " Negociere în timpul procedurii de atribuire "pe considerente analogice, avându-se în vedere sancțiunea aplicabilă pentru fapte similare, dar care vizează contracte a căror valoare se situează sub pragul stabilit în legislația națională privind achizițiile publice pentru care există obligația publicării în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, în acest caz nu poate fi vorba de o analogie a situațiilor, deoarece, datorită complexității proiectului, valorii estimate, precum și a faptului că lucrările sunt realizate din fonduri europene nerambursabile, pe lângă experții cooptați alături de comisia de evaluare, procedura de achiziție a tăcut obiectul verificării de UCVAP, în conformitate cu prevederile O.U.G. nr.30/2006 - privind funcția de verificare a aspectelor procedurale aferente procesului de atribuire a contractelor de

achiziție publică, modificată și completată, Ministerul Finanțelor Publice, prin Direcția Generală a Finanțelor Publice Vaslui, desemnând un observator, în baza Deciziei de Verificare nr. 242761/112943/20.12.2010, observator ce a participat la ședința de deschidere a ofertelor, ședința de analiză a ofertelor depuse de ofertanți, precum și la elaborarea Raportului procedurii.

Mai mult decât atât, procedura de achiziție a fost supusă controlului Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor care, potrivit prevederilor art.278 alin.(3) din O.U.G. nr.34/2006 poate sesiza, din oficiu, orice încălcare a dispozițiilor legale, chiar dacă nu au tăcut obiectul contestației formulate.

Astfel, în cauză au fost formulate 2 contestații - una de către Asocieria formată din S.C. Tehnic Asist S.R.L. Botoșani, S.C. Topavedi S.R.L. și S.C. Corevas S.A. Vaslui, prin liderul S.C. Tehnic - Asist S.R.L. Botoșani și cealaltă de către S.C. Vega S.R.L. Galați, contestații care au fost respinse ca nefondate, prin Decizia nr. 1609/C8/1218, 1288 din 27.04.2011, CNSC-ul dispunând, totodată, continuarea procedurii, ceea ce presupune că aceasta este legală.

"(3) În situația în care Consiliul apreciază că, în afară de actele contestate în cadrul procedurii de atribuire, există și alte acte care încalcă prevederile prezentei ordonanțe de urgență, la care nu s-a făcut referire în contestație, atunci acesta va sesiza atât Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, cât și Unitatea pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice din cadrul Ministerului Finanțelor Publice, transmițându-le în acest sens toate datele/documentele relevante în susținerea sesizării."

De asemenea, prin aplicarea unor sancțiuni, în baza unor acte normative publicate și intrate în vigoare la data de 30.06.2011, respectiv după atribuirea contractului de lucrări - 16.05.2011 pentru, așa numite abateri legislative, referitoare la o documentație de atribuire, întocmită și lansată la o dată anterioară - 15.12.2010, s-au încălcat prevederile art.6 alin.(1) și (2) din Legea nr. 287/2009 - Codul Civil, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora:

"(1) Legea civilă este aplicabilă cât timp este în vigoare. Aceasta nu are putere retroactivă.

(2) Actele și faptele juridice încheiate ori, după caz, săvârșite sau produse înainte de intrarea în vigoare a legii noi nu pot genera alte efecte juridice decât cele prevăzute de legea în vigoare la data încheierii sau, după caz, a săvârșirii ori producerii lor.", în acest context apreciind că sa produs o încălcare a principiului neretroactivității legii civile în timp.

La data de 28.01.2013 a depus la dosar întâmpinare Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice solicitând respingerea acțiunii ca neîntemeiată.

S-a solicitat și introducerea în cauză în conformitate cu dispozițiile art. 16 indice 1 din Legea nr. 554/2004 a Curții de Conturi a României, cerere ce a fost respinsă la termenul din 08.03.2013.

În dovedirea propriilor susțineri părțile au depus la dosar o serie de acte. S-a atașat și documentația ce a stat la baza întocmirii actelor contestate.

În fapt Curtea reține că în baza Ordinului Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului nr. 1551/23.08.2012 s-a dispus efectuarea unui control la autoritatea contractantă Municipiul Vaslui. În temeiul dispozițiilor art. 2 din OUG nr. 66/2011 ce a avut ca scop investigarea aspectelor ce se regăsesc în Raportul de audit de operațiuni pentru Programul Operațional Regional al Autorității de Audit nr. 51140/AP/23.07.2012 - Anexa 4.1 - Centralizatorul constatărilor și recomandărilor formulate Autorității de management POR și OI NORI) EST înregistrat la MDRT cu nr. 54438/2012 și transmis cu adresa nr. VT - 58666/07.08.2012.

În urma controlului s-a întocmit nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare din data de 17.09.2012 prin care s-au reținut următoarele fapte:

Beneficiarul a utilizat ca factor de evaluare „termen de intervenție în perioada de garanție”, acesta neavând o legătură concretă cu obiectul procedurii, nefiind de natură să procure un avantaj real Autorității Contractante, conducând doar la distorsionarea rezultatului procedurii, astfel:

1. Conform notei justificative nr. 28402 din 09.12.2010, privind alegerea criteriului de atribuire și a fișei de date a achiziției, criteriul de atribuire utilizat a fost cea mai avantajoasă ofertă economică, factori de evaluare fiind:

- prețul ofertei 60 de puncte;
- punctajul tehnic 40 de puncte. Punctajul tehnic stabilit după următorul algoritm: termenul de intervenție în perioada de garanție (max. 12 ore) - maxim 20 de puncte și garantarea lucrării (minim 60 luni) - maxim 20 de puncte.

La procedura de achiziție au participat 7 operatori economici, a căror oferte au fost considerate admisibile, departajarea câștigătorului realizându-se prin aplicarea factorilor de evaluare menționați mai sus. A fost desemnat câștigător operatorul economic care a oferat un termen de intervenție de 25 minute pe parcursul unei perioade de garanție a lucrării de 10 ani și cu oferta financiară situată pe locul doi ca preț cel mai scăzut.

Autoritatea contractantă, prin răspunsul la nota de relații din data de 24.05.2012, la pct. 1.1.1., a justificat utilizarea acestui factor de evaluare prin faptul că lucrările care urmau să fie executate aveau ca obiect reabilitarea infrastructură de străzi, orice defecțiune apărută putând să conducă la accidente sau la blocarea porțiunii de drum, interesul fiind acela de remediere cât mai rapidă a defecțiunilor.

Autoritatea contractantă nu a stabilit un termen minim de intervenție, în baza căruia ofertanții să își formuleze oferte, prin stabilirea unui termen minim de intervenție, autoritatea contractantă ar fi putut să evite situația în care potențialii operatori economici să prezinte oferte cu termene nerealiste, care să conducă la distorsionarea rezultatului procedurii.

Pe de altă parte, prin precizarea de către Autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției a unui termen maxim de intervenție de 12 ore, s-a creat indirect un avantaj operatorilor economici care aveau deschis sau aveau posibilitatea să își deschidă un punct de lucru în vecinătatea municipiului Vaslui, doar aceștia putând oferta termenele de intervenție foarte mici.

Autoritatea contractantă nu a precizat în mod clar și detaliat în fișa de date a achiziției documentele ce trebuiau depuse de către potențialii ofertanți în susținerea și probarea termenului de intervenție ofertat de către aceștia;

Mai mult decât atât, având în vedere faptul că obiectul procedurii de achiziție este execuția de lucrări de reabilitare străzi interne, utilizarea factorului de evaluare „termenul de intervenție în perioada de/garanție (maxim 12 ore), nu are o legătură concretă cu specificul contractului și nu a fost de natură a procura autorității contractante un avantaj de natură tehnică sau financiară, ci a condus doar către distorsionarea rezultatului procedurii. În susținerea acestei afirmații, în cazul în care Autoritatea contractantă nu ar fi utilizat acest factor de evaluare ar fi fost desemnat câștigător operatorul economic SC "Vega 93" SRL Galați, care a prezentat oferta admisibilă și cu prețul cel mai scăzut (29.511.503 lei tară TVA).

Prin utilizarea acestui factor de evaluare au fost încălcate prevederile:

- art. 199 și OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, conform cărora factorii de evaluare a ofertei pot fi, alături de preț: caracteristici privind nivelul calitativ, tehnic sau funcțional,

caracteristici de mediu, costuri de funcționare, raportul cost/eficiență, servicii post-vânzare și asistență tehnică, termen de livrare sau de execuție, alte elemente considerate semnificative pentru evaluarea ofertelor... factori de evaluare cu ponderile relative ale acestora, algoritmul de calcul, precum și metodologia de punctare a avantajelor trebuie să aibă legătura concretă cu specificul contractului;

- art. 15 din HG 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, conform cărora atunci când stabilește factorii de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care nu au legătura directă cu natura și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit... nu reflectă un avantaj real și evident pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv.

Municipiul Vaslui a încheiat contractul de lucrări cu operatorul economic, în condițiile în care acesta nu a tăcut dovada îndeplinirii tuturor criteriilor de selecție și calificare impuse prin documentația de atribuire.

A reținut organul de control că, conform cerințelor prevăzute de pct. V.4 din fișa de date a achiziției, Autoritatea contractantă a solicitat potențialilor ofertanți să facă dovada faptului că în ultimii 5 ani au încheiat contracte de lucrări similare în valoare minimă de 40.000.000 lei fără TVA - valoare ce se poate obține din însumarea a maxim 3 contracte.

SC"TanCard"SRL Galați, membru al asocierii câștigătoare a prezentat pentru dovedirea îndeplinirii acestei cerințe ca experiență similară următoarele: contractul nr. 196994 din 20.05.2008, actul adițional nr. 1 încheiat cu Unitatea Teritorială a Municipiului Brăila, recomandarea din partea acestuia și procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor.

Din analiza documentelor depuse, Comisia de evaluare a constatat că valoarea contractului de 4.981.481,61 lei este inferioară valorii menționate în recomandare și procesul verbal de recepție, de 12.445.443,11 lei și în loc să ceară clarificări ofertantului, a solicitat clarificări de la Primăria Brăila, care nu a comunicat un răspuns.

În aceste condiții, Comisia de evaluare a decis, fără nici o argumentare temeinic motivată, că valoarea investiției se justifică la nivelul sumei de 12.445.443,11 lei.

Se reține faptul că, dacă comisia de evaluare ar fi luat în considerare valoarea contractului de lucrări și nu valoarea din recomandare și procesul verbal, ofertantul nu ar fi îndeplinit cerința din fișa de date a achiziției și oferta ar fi fost respinsă.

Deoarece Autoritatea contractantă a optat să solicite clarificări unei entități ce nu era implicată în procedură și implicit îi lipsea motivația de a formula și transmite un răspuns, și nu a solicitat clarificări ofertantului, autoritatea contractantă nu a aplicat corespunzător prevederile art. 35 din HG 925/2006, conform cărora, „pe parcursul analizării și verificării documentelor prezentate de ofertanți, comisia de evaluare are dreptul de a solicita oricând clarificări sau completări ale documentelor prezentate de aceștia pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de clarificare”.

În documentația de atribuire a contractului de lucrări UAT Vaslui a solicitat la „Experiență similară - cerințe minime” următoarele;

„Ofertanții (operatori economici sau persoane fizice autorizate) trebuie să facă dovada faptului că în ultimii 5 ani au încheiat contracte de lucrări similare în valoare minimă de 40.000.000 lei fără TVA - valoare ce se poate obține din însumarea a maxim 3 contracte.

Pentru demonstrarea celor declarate, ofertanții trebuie să prezinte formularul - experiență similară”

De asemenea, UAT Vaslui a solicitat ca ofertanții să depună, în mod obligatoriu (în caz contrar, ofertele fiind respinse) copii după contractele de lucrări, procesele verbale de recepție și recomandări din partea beneficiarilor.

Asocierea SC "Transmir" SRL Murgeni și SC "Trancrad" SRL Galați a depus în cadrul ofertei pentru „Experiență similară - Cerințe minime” documente cu următoarele valori însumate:

- contracte de lucrări - 34.940.954,18 lei;
- procese verbale de recepție și recomandări - 42.404.915,68 lei.

De menționat este faptul că, actul adițional nr. 1 la contractul nr. 196994/20.05.2008, încheiat cu Unitatea Teritorială a Municipiului Brăila, depus în cadrul ofertei nu are precizată nicio valoare. Împotriva notei de constatare a neregulilor și de stabilire a creanței bugetare a formulat contestație reclamantul din prezenta cauză. Contestația a fost soluționată prin intermediul Deciziei nr. 172/01.11.2012, în sensul respingerii ca nefondată a acesteia.

În ceea ce privește primul dintre motivele de nelegalitate a actelor administrative contestate, motiv invocat de reclamanta. Curtea apreciază că este întemeiat. Astfel, cele două acte administrative au fost emise cu încălcarea principiului legalității aplicării sancțiunii, a principiului previzibilității și predictibilității legii.

Contractul de finanțare nr. 962/2010 cod SNIS 969 în baza căruia a fost asigurată procedura de achiziție a proiectului s-au încheiat în momentul în care era în vigoare OG nr. 79/2003 iar nu OUG nr. 66/2011. De asemenea tot sub imperiul aceleiași legislații a fost desfășurată și întreaga procedura de achiziție publică care se pretinde a fi nelegală conform actelor de control care fac obiectul prezentei acțiuni.

Prin art. 65 din OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, publicată în MO nr. 461/30.06.2011, OG nr. 79/2003 a fost abrogată expres.

Este adevărat că potrivit art. 66 din OUG nr. 66/2011 activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare" dar, în opinia instanței acest articol are aplicare numai în privința procedurii de constatare și raportare a neregulilor, organizării și stabilirii atribuțiilor structurilor/echipelor de control, condițiilor de fond și formă ale procesului-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare, a căilor de atac împotriva acestor acte administrative, etc.

În același sens, este și voința legiuitorului care în art. 2 alin 6 și 7 stabilește că „Notei de constatare a neregulilor și de aplicare a corecțiilor financiare i se aplică toate prevederile prezentei ordonanțe de urgență aplicabile procesului-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare. Activității de stabilire a corecțiilor financiare i se aplică toate prevederile prezentei ordonanțe, de urgență aplicabile activității de stabilire a creanțelor bugetare", ceea ce înseamnă că s-a făcut o distincție clară între procedurile de constatare a neregulilor și încălcarea obligațiilor asumate de beneficiarul fondurilor nerambursabile.

Controversa poartă însă asupra sancțiunii aplicabile unei încălcări a dispozițiilor contractuale, calificată ca „neregulă” săvârșită înainte de intrarea în vigoare a OUG nr. 66/2011, și anume în perioada derulării procedurii de achiziție publică.

Potrivit art. 15 alin. 2 din Constituție „Legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile”. Potrivit regulii constituționale, în doctrina juridică ..a afirmat că o lege nouă nu poate aduce atingere situațiilor juridice definitiv formale (constituite, modificate sau stinse) și nici efectelor produse înainte de intrarea ei în vigoare. S-a afirmat de asemeni că dispozițiile unei legi noi se aplică doar actelor și faptelor juridice încheiate, produse sau săvârșite după intrarea ei în vigoare. Așa cum prevede textul constituțional, de la principiul neretroactivității legii există și excepții, și anume legea penală sau contravențională mai favorabilă.

Pentru a stabili dacă sancțiunea corecțiilor financiare se încadrează în situația de excepție prevăzută în teza finală a art. 15 alin. 2 din Constituție, instanța retine ca potrivit definiției date de art. 2 lit. o din OUG nr. 66/2011 corecțiile financiare sunt „măsurile administrative luate de autoritățile competente, în conformitate cu prevederile prezentei ordonanțe de urgență, care constau în excluderea de la finanțarea din fonduri europene și/sau fonduri publice naționale aferente acestora a cheltuielilor pentru care a fost constatată o neregulă”.

Aceste masuri administrative au fost reglementate pentru săvârșirea de către beneficiarul fondurilor nerambursabile a unor „nereguli în aplicarea de către beneficiari a prevederilor privind procedurile de achiziție publică, fie în raport ai reglementările naționale în vigoare în domeniul achizițiilor publice, fie cu procedurile specifice de achiziții aplicabile beneficiarilor privați împrejurare în care „se emit note de constatare a neregulilor financiare”, așa cum prevede art. 27 din ordonanța.

Abaterile pentru care se aplică corecții financiare sunt descrise în Anexa OUG nr. 66/2011 și nu au fost reglementate în dispozițiile ordonanței abrogate.

Din textele menționate rezultă că aplicarea măsurilor administrative deși sunt urmarea unor abateri de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit (conform definiției date de art.2 lit. a din ordonanță) reprezintă un ilicit juridic diferit de ilicitul penal sau contravențional. Prin urmare, teza finală a art. 15 alin. 2 din Constituție, nu poate fi considerată ca aplicabilă.

Inaplicabilitatea sancțiunilor administrative prevăzute de OUG nr. 66/2011, este impusă și de dispozițiile art. 2 alin. 2 din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2988/95 al Consiliului din 18 decembrie 1995 privind protecția intereselor financiare ale Comunităților Europene, aplicabil conform art. 148 alin. 2 din Constituție. Potrivit acestor dispoziții „Nici o sancțiune administrativă nu poate fi impusă în absența unor dispoziții în acest sens prevăzute într-un act comunitar emis anterior abaterii respective. În cazul modificării ulterioare a dispozițiilor care impun sancțiuni administrative și care sunt incluse în normele comunitare, se aplica retroactiv dispozițiile mai favorabile”. Or, sancțiuni administrative sub forma corecțiilor financiare și descrierea faptelor ce constituie abateri, nu au avut o reglementare anterioară, pentru a se pune problema aplicării legii mai favorabile.

Legat de acest aspect, instanța nu poate retine caracterul mai favorabil al aplicării corecțiilor financiare față de restituirea integrală a fondurilor nerambursabile aplicată ca sancțiune pentru săvârșirea unei nereguli și prevăzută în OG nr. 79/2003. Aceasta pentru că efectele aplicării celor două sancțiuni sunt diferite. În baza dispozițiilor OG nr. 79/2003 constatarea unei nereguli era urmată de obligarea beneficiarului fondurilor nerambursabile la restituirea integrală a fondurilor obținute. Dar, restituirea fondurilor era urmarea rezilierii/rezoluțiunii unilaterale a contractului de

finanțare, ceea ce presupune desființarea contractului, și deci încetarea efectelor lui (îndeplinirii drepturilor și obligațiilor corelative).

În reglementarea OUG nr. 66/2011, corecțiile financiare sunt sancțiuni care nu au efect asupra efectelor contractului, părțile fiind ținute în continuare să-și îndeplinească drepturile și obligațiile asumate.

De altfel, aplicării corecțiilor financiare stabilite de OUG nr. 66/2011, i se opune și principiul stabilității securității juridice care impune ca o dispoziție legală să permită celor interesați să cunoască cu exactitate întinderea obligațiilor ce le sunt impuse. Cei cărora o dispoziție legală li se adresează, trebuie să aibă posibilitatea să-și cunoască în mod neechivoc drepturile și obligațiile și să procedeze în consecință. CJCE a statuat că „Imperativul securității juridice se impune cu o rigoare deosebită în cazul în care o reglementare poate avea implicații financiare(Cauza C-94/05 pct. 43).

Or, reclamantă nu era în măsură să cunoască în mod neechivoc drepturile și obligațiile sale legate de aplicarea prevederilor privind procedurile de achiziție publică deoarece obligația de a implementa Proiectul „în conformitate cu prevederile prezentului contract și ale legislației naționale și comunitare în vigoare” exprimă obligații generice și mult prea vagi față de specificitatea abaterilor descrise în anexa la ordonanța de urgență.

În același sens s-a exprimat și CJCE în Cauza C - 158/06 „atunci când condițiile de acordare a unui sprijin financiar oferit de UE unui stat membru sunt enunțate în decizia de acordare, dar nu au fost nici publicate nici comunicate de acest stat membru beneficiarului final al sprijinului, dreptul comunitar nu se opune aplicării principiului securității juridice în sensul împiedicării restituirii de către acest beneficiar a sumelor plătite necuvenit cu condiția să fie constatată buna credință a beneficiarului menționat”. Dar, în aceeași cauză s-a apreciat că nu există culpa beneficiarului (și în consecință nici reaua credință) atunci când beneficiarul nu a avut posibilitatea de a cunoaște în mod neechivoc, cu exactitate, drepturile și obligațiile care îi reveneau.

În consecință, aplicarea unei corecții financiare, pentru o abatere ce nu era descrisă la data încheierii contractului și nici la data derulării procedurii de achiziție publică, încalcă atât dispozițiile art. 15 alin. 2 din Constituție cât și dispozițiile art.2 alin. 2 din Regulamentul nr. 2988/95 precum și principiul securității juridice. Celelalte motive invocate de reclamant nu pot fi primite de către instanță.

Astfel, referitor la prima faptă imputabilă autorității contractante, respectiv faptul că a utilizat ca factor de evaluare „termen de intervenție în perioada de garanție” care nu are o legătură concretă cu obiectul procedurii, nefiind în măsură să procure un avantaj autorității contractante, instanța apreciază temeinică această concluzie a organului de control.

Se reține că autoritatea publică nu a precizat în mod clar și detaliat în fișa de date a achiziției documentele pe care ofertanții ar fi trebuit să le depună în susținerea și dovedirea acestui termen de intervenție, această sincopă fiind cauza pentru care s-a formulat și plângere la CNSC de către unul dintre ofertanți.

Prin utilizarea acestui factor de evaluare au fost încălcate prevederile:

- art. 199 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, conform cărora factorii de evaluare a ofertei pot fi, alături de preț: caracteristici privind nivelul calitativ, tehnic sau funcțional, caracteristici de mediu, costuri de funcționare, raportul cost/eficiență, servicii post-vânzare și asistență tehnică, termen de livrare sau de execuție, alte elemente considerate semnificative pentru evaluarea ofertelor... factori de evaluare cu ponderile relative ale acestora, algoritmul de

calcul, precum și metodologia de punctare a avantajelor trebuie să aibă legătura concretă cu specificul contractului;

- art. 15 din HG 925/2006. cu modificările și completările ulterioare, conform cărora atunci când stabilește factorii de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care nu au legătura directă cu natura și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit... nu reflectă un avantaj real și evident pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv.

Având în vedere că specificul contractului nr. 12461/16.05.2011 este de execuție lucrări (în baza unui proiect, aferent Cererii de finanțare), nu poate fi luată în considerare existența unei legături directe cu natura și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit sau un avantaj real și evident pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv, datorită modului de definire ca „perioada scursă de la luarea la cunoștință de către executant a defecțiunilor transmise de autoritatea contractantă până la sosirea pe amplasamentul lucrărilor în vederea constatării defecțiunilor.

Acest - factor de evaluare nu este de natură a aduce nici un avantaj autorității contractante deoarece o perioadă mai scurtă de timp scursă până la momentul constatării defecțiunilor apărute la drumul public nu echivalează în nici un fel cu o perioadă mai scurtă de timp pentru remedierea acestora. În acest fel au fost avantajați unii dintre participanții la procedura de achiziție, în speță cei care aveau puncte de lucru în apropierea spațiului în care s-au desfășurat lucrările. Această modalitate defectuoasă de întocmire a fișei de date a achiziției a fost de natură să distorsioneze rezultatul procedurii și să afecteze bugetul public și fondurile comunitare alocate deoarece ca urmare a acestui criteriu de departajare ofertantul cu prețul cel mai scăzut s-a situat pe locul doi. Și în ceea ce privește a doua faptă imputabilă - încheierea contractului de lucrări cu operatorul economic, în condițiile în care acesta nu a făcut dovada îndeplinirii tuturor criteriilor de selecție și calificare impuse prin documentația de atribuire - concluziile organului de control sunt pe deplin justificate.

Prin documentația de atribuire, UAT Vaslui a solicitat ca ofertanții să depună, în mod obligatoriu (în caz contrar, ofertele fiind respinse) copii după contractele de lucrări, procesele verbale de recepție și recomandări din partea beneficiarilor. În speță SC"Trancred" SRL - membru al asociației câștigătoare a prezentat, pentru dovedirea îndeplinirii acestei cerințe (experiența similară) contractul nr. 196994/20.05.2008 și actul adițional nr. I (care nu avea precizată vreo valoare) - încheiat cu Unitatea Teritorială Brăila, recomandare din partea acestuia și procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor.

Din analiza documentelor depuse, Comisia de evaluare a constatat că valoarea contractului - 4.981.481,61 lei este inferioară valorii menționate în recomandare și procesul verbal de recepție - 12.445.443,11 lei, fără a solicita în acest sens clarificări ofertantului SC"Trancred" SRL, ci primăriei Brăila (care nu a transmis nici un răspuns la această clarificare).

Cu toate acestea, Comisia de evaluare a decis, fără nicio argumentare temeinic motivată că, valoarea investiției se justifică la nivelul sumei de 12.445.443,11 lei. Dacă aceasta ar fi luat în considerare valoarea contractului de lucrări și nu valoarea din recomandare și procesul verbal, ofertantul nu ar fi îndeplinit cerința din fișa de date a achiziției și oferta ar fi fost respinsă.

Deoarece Autoritatea contractantă a optat să solicite clarificări unei entități care nu era implicată în procedura de achiziție și implicit în lipsa motivației de a formula și transmite un răspuns, fără a solicita clarificări ofertantului, au fost încălcate prevederile art. 35 din HG ru-. 925/2006, conform cărora: „Pe parcursul analizării și verificării documentelor prezentate de ofertanți, comisia de evaluare are dreptul de a solicita oricând clarificări sau completări ale documentelor prezentate de

aceștia pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare, astfel cum sunt acestea prevăzute la art. 176 din Ordonanța de Urgență sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate”. Raportat la cele de mai sus, reclamanta a învederat următoarele: „primăria Municipiului Brăila nu a dat curs solicitărilor formulate de Municipiul Vaslui, în această situație, membrii comisiei, având în vedere documentele prezentate de către ofertant și ținând cont și de faptul că procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor având ca obiect „Reparații și întreținere străzi în Municipiul Brăila, unde se precizează printre altele valoarea investiției,... a considerat că ofertantul îndeplinește condițiile impuse.”

Prin urmare, în absența documentelor probante prevăzute în fișa de date a achiziției: Cap. V.4 Capacitatea tehnică și/sau profesională privind îndeplinirea cerințelor minime din Fișa de date a achiziției pentru Experiența similară (Ofertanții - operatori economici sau persoane fizice autorizate - trebuie să facă dovada faptului că în ultimii 5 ani au încheiat contracte de lucrări similare în valoare minimă de 40.000.000 lei fără TVA - valoare ce se poate obține prin însumarea a maxim 3 contracte. Pentru demonstrarea celor declarate ofertanții trebuie să prezinte formularul experiență similară”), autoritatea contractantă a luat decizia acordării contractului de lucrări Asocierii sus menționate, deși aceasta nu a îndeplinit condițiile în urma documentelor prezentate.

Conform prevederilor art. 209 al.1 lit.a din OUG 34/2006, privind atribuirea contractelor de achiziție publică a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, „Autoritatea contractantă are obligația de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică în următoarele cazuri: a) dacă au fost depuse numai oferte inacceptabile și sau neconforme”. Având în vedere faptul că procedura nu a fost anulată, neexcluderea acestui ofertant de la procedură a condus la concluzia că acestui ofertant i s-a aplicat un tratament preferențial, încălcându-se principiile care stau la baza achizițiilor publice. Valoarea contractelor prezentate pentru îndeplinirea cerinței de către asocieria Transmir SRL Murgeni - SC”Trancard” SRL Galați a fost sub limita minimă admisă respectiv 39.940.954,18 lei, în schimb fiind prezentate procesele verbale de recepție și recomandări cu valoare cumulată mai mare decât minima admisă. Acest aspect a fost considerat ca fiind un tratament preferențial pentru ofertantul câștigător, din partea Autorității contractante, care a negociat cu acesta pe parcursul derulării procedurii, mai ales în condițiile în care ofertantul de pe locul 2 a avut oferta cu preț mai scăzut. Cu alte cuvinte, oferta a fost acceptată în condițiile „prezentării” altor documente decât cele solicitate tuturor participanților prin documentația de atribuire, deși erau incidente prevederile art. 36 al. 1 lit.b din H.G. nr. 925/2006 - „Oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește cerințele minime de calificare.

Pentru considerentele mai sus arătate, reținând faptul că prin corecția financiară aplicată au fost încălcate principiile legalității aplicării sancțiunii, a previzibilității și predictibilității legii, instanța urmează a admite acțiunea și a anula actele atacate, decizia nr. 172/2012 și nota de constatare.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Admite acțiunea formulată de Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul Vaslui în contradictoriu cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului.

Dispune anularea Deciziei nr. 172/01.11.2012. a notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare încheiată la data de 17.09.2012 privind contractul de finanțare nr. 962/07.10.2010 cod SMIS 7022.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică, azi, 14.03.2013.

Dosar nr. 4595/2/2013

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 3900
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 06.12.2013

Pe rol pronunțarea acțiunii în contencios administrativ formulată de **reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ - JUDEȚUL VÂLCEA**, în contradictoriu cu **pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE**, având ca obiect „**anulare act administrativ NOTA 40519/22.05.2013**”.

Dezbaterile și susținerile părților au avut loc în ședința publică din data de 22.11.2013 fiind consemnate în încheierea de ședință de la acea dată, când Curtea, în temeiul art. 396 alin. 1 Noul Cod de procedură civilă, având nevoie de timp pentru a delibera și pentru a da părților posibilitatea să depună concluzii scrise, în temeiul art. 394 alin. 2 Noul Cod de procedură civilă, a amânat succesiv pronunțarea la data de la data de 29.11.2013 și, apoi, la data de 06.12.2013 pentru când a hotărât următoarele:

CURTEA,

Deliberând asupra acțiunii civile de față: Prin acțiunea civilă înregistrată pe rolul acestei instanțe la data de 01.07.2013, sub nr. 4595/2/2013 reclamanta Unitatea Administrativ - Teritorială - Județul Vâlcea, reprezentată prin Președinte, în contradictoriu cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice a formulat cerere de chemare în judecată, prin care a solicitat:

- anularea Notei nr. 40519 din 22.05.2013 de propunere spre respingere a pretențiilor beneficiarului Unitatea Administrativ - Teritorială - Județul Vâlcea, transmisă cu notificarea nr. 44707 din 05.06.2013, înregistrată la Consiliul Județean Vâlcea sub nr. 7258 din 11.06.2013, precum și a actelor care au stat la baza emiterii acesteia și decontarea sumelor fără aplicarea corecției, pentru următoarele:

Prin adresa nr. 30.415/12.04.2013 transmisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, înregistrată la Consiliul Județean Vâlcea sub nr. 4901 din 22.04.2013, referitoare la Contractul de finanțare nr. 1.511/22.04.2011, cod SMIS 3079, încheiat în cadrul Programului Operațional Regional 2007-2013, pentru proiectul Reabilitare și modernizare DJ 648 Lonești - Olanu - Limita județului Olt, km 0+000 - km 8+900 și construire două poduri din beton armat, județul Vâlcea, au fost informați cu privire la identificarea unei abateri de la aplicarea legislației în domeniul achizițiilor publice în cadrul Contractului de servicii nr. 14.187/25.11.2011, încheiat cu S.C. AVA BAU STYLE S.R.L. și aplicarea unei corecții financiare de 5 % .

Prin adresa nr. 4901/R din 17.05.2013, Consiliul Județean Vâlcea a prezentat punctul de vedere, motivat, însoțit de toate înscrisurile doveditoare susținerilor sale.

Cu toate acestea, Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, prin Nota nr. 40519 din 22.05.2013, a propus respingerea pretențiilor beneficiarului Unitatea Administrativ - Teritorială - Județul Vâlcea susținând că au fost încălcate prevederile art. 11 alin. (7) din Hotărârea de Guvern nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare potrivit cărora "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune îndeplinirea unor criterii de calificare pentru eventualii subcontractanți, dar resursele materiale și umane ale subcontractanților declarați se iau în considerare pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă sunt prezentate documente relevante în acest sens".

Toate aceste susțineri sunt nefondate. În principal, trebuie precizat că noțiunea de abatere nu este definită de Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, această ordonanță definind la secțiunea a II-a, art. 2 alin. (1) lit. a) „noțiunea de neregulă ca fiind orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit”

Din interpretarea sistematică și logică a prevederii legale anterior enunțată, rezultă că, pentru a fi întrunit caracterul de neregulă, trebuie îndeplinite cumulativ următoarele condiții:

Existența unei abateri de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții;

Abaterea să fie rezultatul acțiunii sau inacțiunii beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene; Abaterea să fi prejudiciat sau să poată prejudicia bugetul Uniunii Europene/ bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit. Având în vedere cele arătate în propunerea de corecție financiară, trebuia justificată atât existența abaterii cât și prejudiciul financiar produs în urma nerespectării unor prevederi legale în materia achizițiilor publice. Per a contrario, în cazul în care cele trei condiții enunțate nu sunt îndeplinite în mod cumulativ, caracterul de neregulă / abatere nu poate fi constatat și, pe cale de consecință, nici sancționat.

În ceea ce privește susținerile Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației. Publice că abaterea de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice aferente Contractului de servicii nr. 14.187 din 25.11.2011 au constat în încălcarea prevederilor art. 11 alin. (7) din Hotărârea de Guvern nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, considerăm că sunt nefondate. În documentația de atribuire postată în SEAP, prin invitația de participare 313633 publicată în data de 08.09.2011, nu au fost incluse criteriile de calificare și / sau selecție de natură să împiedice participarea potențialilor ofertanți la procedura de achiziție din următoarele considerente:

Orice ofertant care s-ar fi considerat restricționat și/sau împiedicat să participe la procedura de achiziție, avea posibilitatea de a formula, până la data limită de depunere a ofertelor, solicitări de clarificări privind modificarea sau eliminarea documentelor solicitate la cap V.4.3. Informații privind subcontractanții din Fișa de date a achiziției, respectiv Certificatul constatator și C.U.I. Mai mult decât atât, în perioada anterioară depunerii ofertelor nu au existat contestații din partea ofertanților interesați la nivelul documentației de atribuire care să conteste posibile cerințe restrictive care ar fi putut să conducă la restricționarea participării operatorilor economici la procedura în cauză.

Dovada clară a faptului că cerințele nu au fost restrictive o constituie numărul de operatori economici care au depus oferte în cadrul acestei proceduri și anume 7 operatori (astfel cum a fost consemnat în Procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 11.183/ 23.09.2011), ceea ce a determinat un cadru concurențial real și nediscriminatoriu, fapt reținut în actul de constatare nr. 2388/08.04.2013/ 3625/20.03.2013 dar și în Nota care face obiectul acestei acțiuni unde se precizează că "în stabilirea corecției s-a avut în vedere faptul că au fost depuse 7 oferte astfel impactul cerinței solicitate a fost scăzut".

Toate cele 7 oferte au fost declarate admisibile în urma evaluării, ceea ce demonstrează că nu a fost restricționată participarea niciunui operator economic, nefiind încălcate principiile prevăzute la art. 2 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare.

Mai mult decât atât chiar Ordonanța de Urgență a Guvernului 34/2006, cu modificările și completările ulterioare reglementează numărul minim de 3 (trei) participanți la procedură, îndestulător pentru a asigura o concurență reală în cadrul altor proceduri de achiziție publică. Această cerință a autorității contractante nu a avut niciun impact asupra achiziției în cauză, întrucât niciun operator economic nu a subcontractat părți din contract, după cum este menționat în Procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 11193/ 23.09.2011.

Chiar în cazul în care ofertanții ar fi dorit să subcontracteze părți din contract, documentele solicitate pentru aceștia - Certificatul constatator și CUI - sunt documente pe care orice operator economic (societate comercială sau persoană fizică autorizată) le deține în mod curent. Prin urmare, anexarea acestor documente la oferta depusă nu ar fi necesitat consum de timp sau costuri financiare.

Cerința privind depunerea Certificatului constatator și C.U.I. s-a introdus deoarece, conform art. 45, alin (2) din O.U.G 34/2006: "Ofertantul are obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează a le subcontracta și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși". Formularul 12 G (Anexa nr. 3) conține doar informații referitoare la partea/părțile din contract care urmau a fi subcontractată(e). În cazul în care operatorii economici ar fi completat doar formularul 12G, autoritatea contractantă nu ar fi regăsit datele de recunoaștere ale subcontractanților, motiv pentru care s-a solicitat Certificatul constatator și C.U.I. Numai denumirea subcontractantului, cum se regăsea în formularul 12 G, nu constituia în accepțiunea legii "date de recunoaștere a operatorului economic".

Autoritatea contractantă nu a solicitat Certificatul constatator și CUI ca documente suplimentare, așa cum s-a reținut în adresa MDRAP nr. 3625/20.03.2013/ 2388/08.04.2013, dar și în Nota care face obiectul acestei acțiuni, pentru datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși, acestea nefiind cuprinse în formularul 12G. Chiar dacă aceste documente conțin și alte informații față de cele considerate necesare pentru identificarea subcontractorilor, nu rezultă din documentația de atribuire că autoritatea contractantă ar fi utilizat acele informații pentru a lua vreo decizie în ceea ce privește ofertantul în cauză. Cerința privind solicitarea Certificatului constatator și C.U.I. nu era prevăzută în mod expres, la data elaborării documentației de atribuire, în legislația privind achizițiile publice drept cerință de calificare pentru un operator economic.

După cum rezultă din cuprinsul art. 183, Paragraful 3 - Capacitatea de exercitare a activității profesionale, din Ordonanța de Urgență a Guvernului 34/2006: "Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita oricărui operator economic să prezinte documente edificatoare care să dovedească forma de înregistrare ca persoană fizică sau juridică și, după caz, de atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, în conformitate cu prevederile din țara în care ofertantul/candidatul este stabilit."

Însăși autoritatea responsabilă pentru reglementarea achizițiilor publice (ANRMAP) a simțit nevoia creării unui cadru unitar în ceea ce privește "caracterul restrictiv" al cerințelor din documentația de atribuire, publicând în acest sens Ordinul Președintelui ANRMAP nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 687/28.09.2011. Numai începând cu această dată s-au creat bazele unui sistem de referință în ceea ce privește terminologia arbitrară de „formulări restrictive” versus „formulări nerestrictive”. Or, documentația

de atribuire a fost publicată în SEAP prin invitația de participare 313633 publicată în data de 08.09.2011, anterior intrării în vigoare a Ordinului Președintelui ANRMAP nr. 509/2011.

Având în vedere obiectul contractului de servicii, respectiv de asigurare a serviciilor de supraveghere prin diriginte/diriginți de șantier a lucrărilor de construcții pentru un drum județean, posibilitatea ca operatorii economici să subcontracteze părți din contract este minimă. Cu toate acestea autoritatea contractantă a lăsat această posibilitate ofertanților, dacă ar fi fost cazul. După cum s-a menționat niciun operator economic nu a subcontractat părți din contract.

Autoritatea contractantă consideră că nu au fost aplicate criteriile de calificare și selecție și/ sau criteriile de atribuire (factori de evaluare) nelegale, care să împiedice anumiți ofertanți potențiali să participe la procedura de atribuire. În drept au fost invocate prevederile art. 8, art. 10, art. 11, art. 12 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare coroborate cu cele ale art. 194 și următoarele din Codul de procedură civilă, precum și art. 23 din Contractul de finanțare nr. 1511 din 27.04.2011.

În dovedirea cererii au fost depuse în copie următoarele înscrisuri:

- Nota nr. 40519 din 22.05.2013 de propunere spre respingere a pretențiilor beneficiarului Unitatea Administrativ - Teritorială - Județul Vâlcea;
- Notificarea nr. 44707 din 05.06.2013, înregistrată la Consiliul Județean Vâlcea sub nr. 7258 din 11.06.2013;
- Convocarea la conciliere nr. 30415 din 12.04.2013, înregistrată la Consiliul Județean Vâlcea sub nr. 4901 din 22.04.2013;
- Adresa nr. 3625/20.03.2013/ 2388/08.04.2013;
- Punctul de vedere nr. 4901/R din 17.05.2013;
- Fisă de date a achiziției nr. 9827 din 19.08.2011;
- Proces - verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 11193 din 23.09.2011;
- Formularul 12 G;
- Contractul de finanțare.

Legal citat, pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE (MDRAP) a depus întâmpinare la dosar, prin care a solicitat respingerea acțiunii ca nefondată, arătându-se în esență următoarele: Prin intermediul cererii de chemare în judecată, UATJ Vâlcea a solicitat anularea Notei nr. 40519/22.05.2013 de propunere spre respingere a pretențiilor reclamantei, precum și a actelor care au stat la baza emiterii acesteia.

În fapt, între instituția pârâtă, în calitate de Autoritate de Management pentru Programul Operațional Regional 2007-2013, Agenția de Dezvoltare Regională Sud-Vest Oltenia (în calitate de Organism Intermediar pentru Programul Operațional Regional 2007-2013) și Unitatea administrativ teritorială județul Vâlcea (în calitate de Beneficiar) s-a încheiat contractul de finanțare nr. 1511/22.04.2011, Cod SMIS 3079, Proiect " Reabilitare și modernizare Di 648 Ionești-Olanu-limita județului Olt, km 0+000-8+900 și construcție două poduri din beton armat, județ Vâlcea".

În cadrul proiectului amintit, în urma procesului de verificare a Cererii de rambursare 3, s-au identificat abateri de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice aferente contractului de servicii nr. 14187/25.11.2011 și a fost aplicată o reducere procentuală de 5% în baza art. 6 și 9 din O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora (punctul 2.3 din Anexa).

Abaterile de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice aferente contractului de servicii 14187/25.11.2011 au constat în încălcarea prevederilor art. 11 alin. (7) din H.G. nr. 925/2006.

Prin intermediul adresei nr. 30415/12.04.2013, reclamanta a fost convocata la conciliere pentru data de 22.05.2013. La data de 22. 05.2013 s-a încheiat Procesul verbal de conciliere nr. 40461. Reclamanta nu s-a prezentat la conciliere dar a transmis punctul său de vedere prin intermediul adresei nr. 49011 R/I 7.05.2013. La aceeași dată, a fost emisă și Nota de propunere spre respingere a pretențiilor beneficiarului nr. 40519/22.05.2013. În ceea ce privește cererea de chemare în judecată la acest punct al cererii de chemare în judecată, reclamanta susține inexistența abaterii și a prejudiciului - susținerile reclamantei de la acest punct nu pot fi reținute raportat la următoarele considerente:

Abaterea săvârșită de către reclamantă constă în încălcarea dispozițiilor art. 11 alin. 7 din HG nr. 925/2006, respectiv "aplicarea unor criterii de calificare și selecție și/sau a unor criterii de atribuire (factori de evaluare) nelegale" (punctul 2.3 din Anexa la OUG nr. 66/2011).

În ceea ce privește susținerea reclamantei legată de inexistența nereguli generată de lipsa prejudiciului: Potrivit art. 5 din Contractul de finanțare, „cheltuielile sunt considerate eligibile dacă sunt în conformitate cu Hotărârea Guvernului nr. 759/2007 ...”. Conform art.2 alin.1 lit.d din H.G. nr. 759/2007, „Pentru a fi eligibilă, o cheltuială trebuie ... să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare”. Aceste dispoziții se completează cu prevederile art. 9 pct. 21 și 22 din Contractul de finanțare, conform căruia:

„(21) Beneficiarul este obligat să respecte prevederile cuprinse în Anexa IV Cererea de Finanțare referitoare la asigurarea conformității cu politicile Uniunii Europene și naționale privind achizițiile publice, ajutorul de stat, egalitatea de șanse, dezvoltarea durabilă, informarea și publicitatea.

(22) în scopul atribuirii contractelor de servicii, furnizare, execuție de lucrări necesare pentru implementarea Proiectului care face obiectul prezentului contract, beneficiarul, în calitate de Autoritate Contractantă, are obligația de a respecta prevederile legislației naționale. Nerespectarea prevederilor conduce la neeligibilitatea cheltuielilor astfel efectuate”

Mai mult, așa cum se observă din prevederile contractului mai sus amintit, finanțarea se acordă sub condiția respectării integrale a prevederilor contractuale. Față de prevederile contractului de finanțare, este evident că nerespectarea procedurilor de achiziții constituie o neregulă, prejudiciul fiind în acest caz prezumat prin nerespectarea clauzelor contractuale. De asemenea, potrivit art. 2 alin. (1), lit. a) din O.U.G. nr. 66/2011, neregula reprezintă "orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit".

Potrivit prevederilor legale mai sus enunțate, pentru a fi în prezența unei nereguli, trebuie să existe o abatere, care constă în acțiunea/inacțiune beneficiarului prin care s-au încălcat prevederile legale în vigoare și ale contractului de finanțare, precum și un prejudiciu ce constă în suma plătită necuvenit. În speță, neregula constă în acțiunea beneficiarului de a se abate de la dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, precum și de la prevederile contractului de finanțare.

Dispozițiile art. 2 alin. (4) din O.U.G. nr. 66/2011, stipulează că termenii de ... "prejudiciu"... "au semnificația dată de reglementările incidente și de ghidurile lor de aplicare, emise de Uniunea Europeană/donatorul public internațional".

Art. 2 pct. 7. din Regulamentul (CE) nr. 1083/2006 al Consiliului U.E. "neregularitate" înseamnă orice încălcare a unei dispoziții a dreptului comunitar care rezultă dintr-un act sau dintr-o omisiune a unui operator economic care are sau ar putea avea ca efect un prejudiciu la adresa bugetului general al Uniunii Europene prin imputarea unei cheltuieli necorespunzătoare bugetului general.

Referitor la „existența sau potențialitatea unui efect prejudiciabil al încălcării/abaterii pentru bugetul general al Uniunii Europene...”, art. 1 din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2988/95 al Consiliului U.E. din 18 decembrie 1995 - privind protecția intereselor financiare ale Comunităților Europene prevede: "(1) în scopul protejării intereselor financiare ale Comunităților Europene, se adoptă prin prezenta o reglementare generală privind controalele uniforme, măsurile și sancțiunile administrative privind abaterile de la dreptul comunitar.

(2) Constituie abatere orice încălcare a unei dispoziții de drept comunitar, ca urmare a unei acțiuni sau omisiuni a unui agent economic, care poate sau ar putea prejudicia bugetul general al Comunităților sau bugetele gestionate de acestea, fie prin diminuarea sau pierderea veniturilor acumulate din resurse proprii, colectate direct în numele Comunităților, fie prin cheltuieli nejustificate".

În concluzie, în acord cu legislația europeană, existența abaterii/neregulii/ cheltuieli nejustificate presupune implicit potențialitatea/existența prejudicierii bugetului U.E. O neregulă cu impact financiar reprezintă o situație în care s-a realizat plata unor fonduri ce constituie cheltuieli nejustificate, prejudiciindu-se astfel bugetul european.

În ceea ce privește susținerile reclamantei legate de aspectele constatate în urma verificărilor ocazionate de Cererea de rambursare nr. 3, s-au arătat următoarele: Conform Notei Direcției Generale Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Regional nr. 3625/20.03.2013 în procesul de verificare a Cererii de rambursare nr. 3 pentru proiectul SMIS 3079 cu titlul „Reabilitare și modernizare DJ 648 Ionești-Olanu-limita județului Olt, km 0+000-8+900 și construcție două poduri din beton armat, județ Vâlcea”, s-au identificat abateri de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice aferente contractului de servicii nr. 14187/25.11.2011 și a fost aplicată o reducere procentuală de 5% în baza art. 6 alin. (3) din O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora (punctul 2.3 din Anexa).

Abaterile de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice aferente contractului de servicii 14187/25.11.2011 au constat în încălcarea prevederilor art. 11 alin. (7) din H.G. nr. 925/2006. Din verificarea modului de atribuire a contractului de achiziție publică au fost constatate următoarele: Autoritatea contractantă a solicitat prin fișa de date a achiziției, pct. V.4.5 Informații privind subcontractanții, ca cerință minimă obligatorie prezentarea de către subcontractanți a certificatului constatator și a CUI.

Astfel au fost încălcate prevederile art. 11 alin. (7) din HG nr. 925/2011: „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune îndeplinirea unor criterii de calificare pentru eventualii subcontractanți, dar resursele materiale și umane ale subcontractanților declarați se iau în considerare pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă sunt prezentate documente relevante în acest sens.” Conform art. 45 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, autoritatea

contractantă putea solicita prezentarea de către ofertant a „părții/părților din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși”.

Autoritatea contractantă a solicitat prezentarea informațiilor respective și suplimentar a solicitat prezentarea certificatului constatator și a CUI de către subcontractanți. În certificatul constatator se înscriu modificările aduse înregistrărilor din Registrul Comerțului, respectiv: acționarii, împuterniciții și reprezentanții firmei, emblema și alte semne distinctive ale firmei, hotărârea de punere sub interdicție a comerciantului, deschiderea procedurii de reorganizare judiciară sau de faliment, hotărârea de condamnare a comerciantului, cenzorului sau administratorului pentru fapte penale etc. Așa cum se observă aceste informații, care rezultă din certificatul constatator, exced cu mult informațiile necesare identificării operatorilor economici care urmează a fi subcontractanți. De fapt, acest document reflectă capacitatea subcontractanților de exercitare a activității.

În stabilirea corecției s-a avut în vedere faptul că au fost depuse 7 oferte astfel că impactul cerinței a fost scăzut. Potrivit art. 6 din O.U.G. nr. 66/2011 autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația aplicării de reduceri procentuale din sumele solicitate la plată de către beneficiari, în situația în care constată abateri de la aplicarea prevederilor privind procedurile de achiziție. Conform art. 9 din același act normativ:

"Pentru cheltuielile incluse în solicitările/cererile de plată ale beneficiarilor care nu respectă condițiile de legalitate, regularitate sau conformitate stabilite prin prevederile legislației naționale și comunitare, identificate de autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene înainte de efectuarea plății, nu se aplică:

- a) procedura de constatare a neregulii prevăzută la art. 21;
- b) procedura de raportare a neregulilor prevăzută la art. 58 și 59, cu excepția cazurilor menționate la art. 8, pentru care DLAF comunică autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene că a sesizat parchetul competent să efectueze cercetarea penală."

Analizând actele și lucrările dosarului, instanța a reținut următoarele:

Între instituția pârâtă, în calitate de Autoritate de Management pentru Programul Operațional Regional 2007-2013, Agenția de Dezvoltare Regională Sud- Vest Oltenia (în calitate de Organism Intermediar pentru Programul Operațional Regional 2007-2013) și reclamanta Unitatea administrativ teritorială județul Vâlcea (în calitate de Beneficiar) s-a încheiat contractul de finanțare nr. 1511/22.04.2011, Cod SMIS 3079, Proiect " Reabilitare și modernizare Di 648 Ionești-Olanu-limita județului Olt, km 0+000-8+900 și construcție două poduri din beton armat, județ Vâlcea".

În cadrul proiectului amintit, în urma procesului de verificare a Cererii de rambursare 3, s-au identificat abateri de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice aferente contractului de servicii nr. 14187/25.11.2011 și a fost aplicată o reducere procentuală de 5% în baza art. 6 și 9 din O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora (punctul 2.3 din Anexa).

Abaterile de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice aferente contractului de servicii 14187/25.11.2011 au constat în încălcarea prevederilor art. 11 alin. (7) din H.G. nr. 925/2006. Prin intermediul adresei nr. 30415/12.04.2013, reclamanta a fost convocata la conciliere pentru data de 22.05.2013.

La data de 22. 05.2013 s-a încheiat Procesul verbal de conciliere nr. 40461. Reclamanta nu s-a prezentat la conciliere dar a transmis punctul său de vedere prin intermediul adresei nr. 49011 R/17.05.2013. La aceeași dată, a fost emisă și Nota de propunere spre respingere a pretențiilor

beneficiarului nr. 40519/22.05.2013. În ceea ce privește cererea de chemare în judecată la acest punct al cererii de chemare în judecată, reclamanta susține inexistența abaterii și a prejudiciului - susținerile reclamantei de la acest punct nu pot fi reținute raportat la următoarele considerente:

Abaterea săvârșită de către reclamantă constă în încălcarea dispozițiilor art. 11 alin. 7 din HG nr. 925/2006, respectiv "aplicarea unor criterii de calificare și selecție și/sau a unor criterii de atribuire (factori de evaluare) nelegale" (punctul 2.3 din Anexa la OUG nr. 66/2011). În ceea ce privește susținerea reclamantei legată de inexistența nereguli generată de lipsa prejudiciului: Potrivit art. 5 din Contractul de finanțare, „cheltuielile sunt considerate eligibile dacă sunt în conformitate cu Hotărârea Guvernului nr. 759/2007...” Conform art.2 alin.1 lit.d din H.G. nr. 759/2007, „Pentru a fi eligibilă, o cheltuială trebuie să fie conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare”.

Aceste dispoziții se completează cu prevederile art. 9 pct. 21 și 22 din Contractul de finanțare, conform căruia:

„(21) Beneficiarul este obligat să respecte prevederile cuprinse în Anexa IV Cererea de Finanțare referitoare la asigurarea conformității cu politicile Uniunii Europene și naționale privind achizițiile publice, ajutorul de stat, egalitatea de șanse, dezvoltarea durabilă, informarea și publicitatea
(22) în scopul atribuirii contractelor de servicii, furnizare, execuție de lucrări necesare pentru implementarea Proiectului care face obiectul prezentului contract, beneficiarul, în calitate de Autoritate Contractantă, are obligația de a respecta prevederile legislației naționale. Nerespectarea prevederilor conduce la neeligibilitatea cheltuielilor astfel efectuate”

Mai mult, așa cum se observă din prevederile contractului mai sus amintit, finanțarea se acordă sub condiția respectării integrale a prevederilor contractuale. Față de prevederile contractului de finanțare, este evident că nerespectarea procedurilor de achiziții constituie o neregulă, prejudiciul fiind în acest caz prezumat prin nerespectarea clauzelor contractuale.

De asemenea, potrivit art. 2 alin. (1), lit. a) din O.U.G. nr. 66/2011, neregula reprezintă "orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit".

Potrivit prevederilor legale mai sus enunțate, pentru a fi în prezența unei nereguli, trebuie să existe o abatere, care constă în acțiunea/inacțiune beneficiarului prin care s-au încălcat prevederile legale în vigoare și ale contractului de finanțare, precum și un prejudiciu ce constă în suma plătită necuvenit. În speță, neregula constă în acțiunea beneficiarului de a se abate de la dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, precum și de la prevederile contractului de finanțare.

Dispozițiile art. 2 alin. (4) din O.U.G. nr. 66/2011, stipulează că termenii de ... "prejudiciu"... "au semnificația dată de reglementările incidente și de ghidurile lor de aplicare, emise de Uniunea Europeană/donatorul public internațional". Art. 2 pct. 7. din Regulamentul (CE) nr. 1083/2006 al Consiliului U.E. "neregularitate" înseamnă orice încălcare a unei dispoziții a dreptului comunitar care rezultă dintr-un act sau dintr-o omisiune a unui operator economic care are sau ar putea avea ca efect un prejudiciu la adresa bugetului general al Uniunii Europene prin imputarea unei cheltuieli necorespunzătoare bugetului general.

Referitor la „existența sau potențialitatea unui efect prejudiciabil al încălcării/abaterii pentru bugetul general al Uniunii Europene...”, art. 1 din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2988/95 al

Consiliului U.E. din 18 decembrie 1995 - privind protecția intereselor financiare ale Comunităților Europene prevede: "(1) în scopul protejării intereselor financiare ale Comunităților Europene, se adoptă prin prezenta o reglementare generală privind controalele uniforme, măsurile și sancțiunile administrative privind abaterile de la dreptul comunitar.

(2) Constituie abatere orice încălcare a unei dispoziții de drept comunitar, ca urmare a unei acțiuni sau omisiuni a unui agent economic, care poate sau ar putea prejudicia bugetul general al Comunităților sau bugetele gestionate de acestea, fie prin diminuarea sau pierderea veniturilor acumulate din resurse proprii, colectate direct în numele Comunităților, fie prin cheltuieli nejustificate".

În concluzie, în acord cu legislația europeană, existența abaterii/neregulii/ cheltuieli nejustificate presupune implicit potențialitatea/existența prejudicierii bugetului U.E. O neregulă cu impact financiar reprezintă o situație în care s-a realizat plata unor fonduri ce constituie cheltuieli nejustificate, prejudiciindu-se astfel bugetul european.

În ceea ce privește susținerile reclamantei legate de aspectele constatate în urma verificărilor ocazionate de Cererea de rambursare nr. 3, se rețin următoarele: Conform Notei Direcției Generale Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Regional nr. 3625/20.03.2013 în procesul de verificare a Cererii de rambursare nr. 3 pentru proiectul SMIS 3079 cu titlul „Reabilitare și modernizare DJ 648 Lonești-Olanu-limita județului Ilt, km 0+000-8+900 și construcție două poduri din beton armat, județ Vâlcea”, s-au identificat abateri de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice aferente contractului de servicii nr. 14187/25.11.2011 și a fost aplicată o reducere procentuală de 5% în baza art. 6 alin. (3) din O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora (punctul 2.3 din Anexa).

Abaterile de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice aferente contractului de servicii 14187/25.11.2011 au constat în încălcarea prevederilor art. 11 alin. (7) din H.G. nr. 925/2006.

Din verificarea modului de atribuire a contractului de achiziție publică au fost constatate următoarele: Autoritatea contractantă a solicitat prin fișa de date a achiziției, pct. V.4.5 Informații privind subcontractanții, ca cerință minimă obligatorie prezentarea de către subcontractanți a certificatului constatator și a CUI.

Astfel au fost încălcate prevederile art. 11 alin. (7) din HG nr. 925/2011: „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune îndeplinirea unor criterii de calificare pentru eventualii subcontractanți, dar resursele materiale și umane ale subcontractanților declarați se iau în considerare pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă sunt prezentate documente relevante în acest sens.” Conform art. 45 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă putea solicita prezentarea de către ofertant a „părții/părților din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși”.

Autoritatea contractantă a solicitat prezentarea informațiilor respective și suplimentar a solicitat prezentarea certificatului constatator și a CUI de către subcontractanți. În certificatul constatator se înscriu modificările aduse înregistrărilor din Registrul Comerțului, respectiv: acționarii, împuterniciții și reprezentanții firmei, emblema și alte semne distinctive ale firmei, hotărârea de punere sub interdicție a comerciantului, deschiderea procedurii de reorganizare judiciară sau de faliment, hotărârea de condamnare a comerciantului, cenzorului sau administratorului pentru fapte penale etc. Așa cum se observă aceste informații, care rezultă din certificatul constatator, exced cu mult informațiile necesare identificării operatorilor economici care urmează a fi

subcontractanți. De fapt, acest document reflectă capacitatea subcontractanților de exercitare a activității.

În stabilirea corecției s-a avut în vedere faptul că au fost depuse 7 oferte astfel că impactul cerinței a fost scăzut. Potrivit art. 6 din O.U.G. nr. 66/2011 autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația aplicării de reduceri procentuale din sumele solicitate la plată de către beneficiari, în situația în care constată abateri de la aplicarea prevederilor privind procedurile de achiziție. Conform art. 9 din același act normativ:

”Pentru cheltuielile incluse în solicitările/cererile de plată ale beneficiarilor care nu respectă condițiile de legalitate, regularitate sau conformitate stabilite prin prevederile legislației naționale și comunitare, identificate de autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene înainte de efectuarea plății, nu se aplică:

- a) procedura de constatare a neregulii prevăzută la art. 21;
- b) procedura de raportare a neregulilor prevăzută la art. 58 și 59, cu excepția cazurilor menționate la art. 8, pentru care DLAF comunică autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene că a sesizat parchetul competent să efectueze cercetarea penală.”

Se reține că pârâta a aplicat reducerea procentuală de 5% din valoarea contractului nr. 14187/25.11.2011 cu respectarea tuturor normelor legale incidente. Față de considerentele de fapt și de drept, instanța reține că recursul nu este fondat, astfel că o va respinge.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Respinge acțiunea formulată de **reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ - JUDEȚUL VÂLCEA**, cu sediul în Râmnicu-Vâlcea, județul Vâlcea, în contradictoriu cu **pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE**, cu sediul în București, sector 5, ca nefondată.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, azi 06.12.2013.

Dosar nr. 1207/46/2013

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A VIII A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 2508
Ședința publică de la 10 septembrie 2013

Pe rol se află soluționarea acțiunii promovate de reclamantul JUDEȚUL VÂLCEA în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, având ca obiect „contestație act administrativ fiscal”. Dezbaterile asupra fondului cauzei au avut loc în ședința publică din data de 03.03.2013 fiind consemnate în încheierea de ședință publică de la acea dată, care face parte integrantă din prezenta hotărâre, când Curtea, având nevoie de timp pentru a delibera, a amânat pronunțarea la data de 10.09.2013, când, în aceeași compunere, a hotărât următoarele:

CURTEA,

Deliberând asupra cauzei de față, constată următoarele: Prin cererea înregistrată pe rolul Curții de Apel Pitești - Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal la data de 27.03.2013, reclamantul Județul Vâlcea a solicitat, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, anularea Notei nr. 14198/20.02.2013 de propunere spre menținere a reducerii procentuale de 5% din valoarea eligibilă a Contractului de servicii nr. 8588/10.08.2010 și a Notificării acestei note nr. 16787/28.02.2013, înregistrată la Consiliul Județean Vâlcea sub nr. 3219/15.03.2013; anularea Informării înregistrată la Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului nr. 9379/07.12.2012 privind corecția aplicată Județului Vâlcea de 5% din valoarea eligibilă a Contractului de servicii nr. 8588/16.08.2010, conform Notei de aprobare a cheltuielilor eligibile, și decontarea sumelor fără aplicarea acestei corecții.

În motivare, reclamantul a arătat că autoritatea pârâtă a reținut în mod eronat încălcarea prevederilor legale privind achizițiile publice în ce privește procedura de atribuire a contractului de servicii în discuție.

Astfel, referitor la modificarea termenului limită de depunere a ofertelor fără publicarea unei erate, a apreciat că aceasta nu constituie abatere în sensul pct. 2.3 sau din Anexa la OUG nr. 66/2011. A precizat că, ulterior publicării în SEAP a anunțului de participare, procedura a fost suspendată, anunțul în acest sens fiind generat în mod automat, întrucât procedura s-a derulat prin mijloace electronice. Suplimentar, s-a publicat și o clarificare privind suspendarea procedurii, reluarea acesteia realizându-se ulterior prin activarea butonului corespunzător, Reîntoarcere la cursul normal, care are ca scop decalarea termenelor de depunere a ofertelor și de evaluare, conform instrucțiunilor de utilizare SEAP. Prin urmare, a fost generat în SEAP anunțul prin care operatorii economici erau informați cu privire la noile date de depunere a ofertelor și de evaluare, fiind totodată publicată și o clarificare privind reluarea procedurii de achiziție.

Reclamantul a subliniat faptul că publicarea eratei nu a mai fost necesară, atâta timp cât informațiile erau deja publicate automat în SEAP, fiind respectat așadar principiul transparenței și tratamentului egal, sens în care a arătat că au depus oferte cinci operatori economici. A menționat totodată că legislația în domeniul achizițiilor publice, în vigoare la acea dată, nu prevedea în mod expres obligativitatea publicării unei erate în cazul suspendării procedurii de achiziție pentru achizițiile derulate on-line, art. 26 alin. 2 din HG nr. 925/2006 făcând referire la modificări ale informațiilor din primul anunț.

Referitor la cea de-a doua abatere, privind cerința referitoare la profitul net pozitiv, în dovedirea situației economico-financiare a ofertanților, a susținut că aceasta a fost prevăzută nu pentru a restricționa accesul unor potențiali participanți la procedură, ci pentru a preveni riscul neîndeplinirii contractului, în condițiile în care legislația în vigoare la momentul respectiv nu califica o asemenea cerință ca fiind restrictivă, ci, dimpotrivă, utilizarea acesteia reprezenta o practică la nivel național, necontestată de) ANRMAP.

Cu privire la a treia abatere, reclamantul a arătat că impunerea cerinței ca experiența similară să fie dovedită prin realizarea în ultimii trei ani a cel puțin trei contracte în domeniul sănătății, încheiate prin proces-verbal de recepție și însoțite de recomandările beneficiarilor, a fost justificată de natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urma să se încheie, respectiv pentru lucrări de reabilitare a unui spital, fără întreruperea activității. A menționat că asumarea de către ofertanți a condițiilor impuse prin caietul de sarcini nu este suficientă pentru a demonstra implicit și capacitatea tehnică a acestora de a elabora documentațiile tehnico-economice faza proiect tehnic, conform legislației specifice domeniului sănătății, pentru un obiectiv de importanță vitală care trebuie să funcționeze în condiții de securitate maximă pe toată perioada executării lucrărilor. Și în privința acestei cerințe, a arătat că nu era interzisă de lege, precizând și că nu a fost contestată. A invocat totodată punctul de vedere a reprezentantului DG AMPOR 9, din cadrul autorității pârâte, potrivit căruia există cerințe speciale pentru proiectarea spitalelor, astfel că experiență similară în domeniu este de dorit și nu reprezintă o cerință restrictivă.

În ce privește cea din urmă abatere, referitoare la datele de recunoaștere ale subcontractanților solicitate prin documentația de atribuire, reclamantul a apreciat că nici aceasta nu constituie abatere în sensul pct. 2.3 din Anexa la OUG nr. 66/2011, menționând că prin solicitarea de clarificări s-a cerut prezentarea unor documente privind subcontractanții avându-se în vedere importanța lucrărilor pe care aceștia urmau să le execute și faptul că acestea implicau anumite calificări și atestate, niciunul dintre ofertanți nefiind însă respins pentru motive legate de subcontractanți.

Reclamantul a susținut așadar că, abaterile fiind reținute în mod eronat, nu se justifică aplicarea reducerii procentuale de 5%, subliniind și faptul că achiziția publică în discuție a fost inițiată înainte de încheierea contractului de finanțare și de intrarea în vigoare a OUG nr. 66/2011, prevederile acestora nefiind așadar aplicabile. Pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice a formulat întâmpinare, prin care a solicitat respingerea acțiunii ca neîntemeiată.

Părțile au depus la dosar înscrisuri.

Prin concluziile scrise, reclamantul a invocat și faptul că ANRMAP nu a identificat abateri în legătură cu achiziția analizată, că pârâțul nu a justificat prejudiciul financiar produs prin pretinsa nerespectare a legislației în materie și că Ordinul ANRMAP nr. 509/2011 privind cerințele considerate restrictive a fost adoptat ulterior atribuirii contractului de servicii ce face obiectul cauzei.

Prin sentința civilă nr. 136/29.05.2013, Curtea de Apel Pitești a declinat competența de soluționare a cauzei în favoarea Curții de Apel București - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, competentă teritorial să dezlege pricina față de prevederile art. 23 alin. 1 din contractul de finanțare încheiat între părți, prin care s-a stabilit ca eventualele litigii legate de executarea contractului să fie soluționate de instanța competentă material din raza teritorială a municipiului București. Cauza a fost înregistrată pe rolul Curții de Apel București - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal la data de 19.06.2013.

Analizând actele și lucrările dosarului, Curtea reține următoarele:

Între Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului și Unitatea Administrativ Teritorială Județul Vâlcea s-a încheiat contractul de finanțare nr. 2163/09.09.2011, pentru implementarea proiectului „Reabilitarea Spitalului Județean de Urgență Vâlcea” (fila 44).

Cu ocazia verificării cererii de rambursare nr. 1 formulată de reclamant pentru acest proiect, autoritatea publică pârâtă a identificat abateri de la aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul achizițiilor publice, aferente contractului de servicii nr. 8588/16.08.2010, încheiat de beneficiar, în calitate de autoritate contractantă, cu SC Asix Design SRL și IPCT Instalații SRL, și a fost aplicată o reducere procentuală de 5% din valoarea contractului, în sumă de 8.250 lei și 1.980 lei TVA aferent, în baza art. 6 alin. 3 din OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora și pct. 2.3 și 2.4 din Anexa la această ordonanță (fila 24).

Abaterile reținute în sarcina reclamantului vizează încălcarea prevederilor art. 2 alin. 2 lit. b și art. 178 alin. 2 din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii și a art. 8 alin. 1, art. 11 alin. 2 și art. 26 alin. 2 din HG nr. 925/2006 privind normele de aplicare a ordonanței, după cum urmează: autoritatea contractantă a modificat termenul limită de depunere a ofertelor fără a publica o erată în acest sens; a solicitat prin documentația de atribuire, pentru dovedirea situației economico-financiare, ca ofertanții să facă dovada că au înregistrat profit net pozitiv conform ultimului bilanț contabil; în dovedirea experienței similare, a solicitat ca ofertanții să dețină o experiență semnificativă în proiectarea și realizarea de facilități în domeniul sănătății, respectiv realizarea în ultimii 3 ani a cel puțin 3 contracte în domeniu, încheiate prin proces-verbal de recepție și însoțite de recomandările beneficiarilor; pentru subcontractanți, a impus depunerea certificatului constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului, a certificatului unic de înregistrare emis de Camera de Comerț și Industrie, copie și fișa de informații generale.

Prin prezenta acțiune în contencios administrativ, promovată după parcurgerea procedurii de conciliere, reclamantul contestă reducerea procentuală aplicată, susținând în esență că abaterile au fost în mod nelegal reținute în sarcina sa. Ca un prim argument, reclamantul afirmă că în speță nu sunt aplicabile clauzele contractului de finanțare, procedura de atribuire a contractului de servicii nr. 8588/16.08.2010 fiind derulată anterior, în vederea obținerii finanțării. De asemenea, susține că nu sunt incidente nici prevederile OUG nr. 66/2011, intrată în vigoare ulterior încheierii contractului de servicii. Sub acest aspect, Curtea reține că cererea de rambursare a fost formulată tocmai în temeiul contractului de finanțare, care acoperă și cheltuielile premergătoare, de proiectare, astfel că reclamantul este îndreptățit la rambursare doar în condițiile acestui contract.

Or, art. 5 alin. 2 din contractul de finanțare condiționează caracterul eligibil al cheltuielilor de efectuarea acestora în conformitate cu termenii și condițiile prevăzute de contract, iar art. 9 alin. 24 impune obligația respectării legislației naționale în domeniul achizițiilor publice la atribuirea contractelor de servicii, furnizare sau execuție de lucrări necesare pentru implementarea proiectului, statuând expres faptul că nerespectarea acestei obligații conduce la neeligibilitatea cheltuielilor sau aplicarea de corecții financiare conform legislației în vigoare.

Prin urmare, prin semnarea contractului de finanțare, reclamantul și-a asumat riscul de a nu-i fi rambursate cheltuielile premergătoare, aferente atribuirii contractului de servicii de proiectare, în măsura în care procedura de atribuire a încălcat legislația achizițiilor publice, fiind vorba despre cheltuieli care nu respectă termenii și condițiile contractului de finanțare.

În ce privește aplicabilitatea în cauză a OUG nr. 66/2011, aceasta este indiscutabilă, în condițiile în care, așa cum s-a arătat, chiar prin contract (art. 9 alin. 24) se face trimitere la prevederile legislației în vigoare în materia corecțiilor financiare aplicabile în caz de nerespectare de către

beneficiarul finanțării a dispozițiilor legale ce guvernează achizițiile publice, ordonanța indispuție fiind în vigoare atât la momentul încheierii contractului de finanțare, cât și la momentul instrumentării cererii de rambursare.

Se impune totodată precizarea că procedura de atribuire a contractului de servicii în discuție a fost analizată de autoritatea de management, din punct de vedere al conformității cu legislația achizițiilor publice, prin raportare la dispozițiile OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006 în vigoare la momentul derulării acesteia, în timp ce caracterul eligibil al cheltuielilor și consecințele realizării unor cheltuieli neeligibile s-au apreciat în funcție de prevederile contractului de finanțare în temeiul căruia a fost solicitată rambursarea și în conformitate cu legislația aplicabilă rambursării în vigoare la momentul soluționării cererii formulate în acest sens.

Din această perspectivă, Curtea reține că autoritatea publică pârâtă a făcut o corectă aplicare a legii în timp. Referitor la faptul că Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nu a identificat abateri de la legalitate în derularea procedurii de atribuire a contractului de servicii, Curtea reține că această împrejurare nu exclude un control ulterior realizat de autoritatea de management în scopul soluționării cererii de rambursare, chiar asupra unor aspecte deja verificate de alte autorități, de vreme ce este vorba despre activități de control realizate de instituții diferite, cu atribuții distincte, iar coexistența mai multor tipuri de răspundere nu este exclusă de lege. Mai mult decât atât, se constată că atribuția ANRMAP de verificare *ex-ante* a documentației de atribuire a fost instituită ulterior atribuirii contractului de servicii ce face obiectul cauzei, prin HG nr. 801/2011 pentru modificarea și completarea HG nr. 525/2007 privind organizarea și funcționarea ANRMAP, astfel că nu se poate susține, în speță, că derularea procedurii prin intermediul SEAP presupune un accept implicit al documentației din partea acestei autorități.

Reclamantul a mai susținut că autoritatea publică pârâtă nu a justificat prejudiciul financiar produs prin abaterile de la legalitate reținute. În acest sens, Curtea constată că, potrivit art. 9 alin. 24 din contractul de finanțare și prevederilor art. 6 alin. 1 și 3 din OUG nr. 66/2011, excluderea de la rambursare a cheltuielilor neeligibile nu este condiționată de producerea unui prejudiciu, în speță nefiind vorba despre constatarea unei nereguli, în sensul art. 2 alin. 1 lit. a din OUG nr. 66/2011 după procedura reglementată de art. 17 și urm. din același act normativ, ci de verificarea eligibilității cheltuielilor cu ocazia avizării cererii de rambursare depuse de beneficiarul finanțării.

Astfel, în contractul încheiat între părți s-a prevăzut că nerespectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice conduce la neeligibilitatea cheltuielilor efectuate în asemenea condiții sau la aplicarea de corecții financiare conform legislației în vigoare.

Iar OUG nr. 66/2011 prevede la art. 6 alin. 1 următoarele: „Autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația de a exclude integral sau parțial de la rambursarea/plata cheltuielilor efectuate și declarate de beneficiari acele cheltuieli care nu respectă condițiile de legalitate, regularitate ori conformitate stabilite prin prevederile legislației naționale și comunitare în vigoare, în situația în care - în procesul de verificare a solicitărilor de plată - acestea determină existența unor astfel de cheltuieli”, cu precizarea din alin. 3: „în aplicarea prevederilor alin. (1), autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația aplicării de reduceri procentuale din sumele solicitate la plată de către beneficiari, în situația în care constată abateri de la aplicarea prevederilor privind procedurile de achiziție, fie în raport cu reglementările naționale în vigoare în domeniul achizițiilor publice, fie cu procedurile specifice de achiziții aplicabile beneficiarilor privați, în conformitate cu prevederile anexei care face parte integrantă din prezenta ordonanță de urgență, cu excepția cazurilor în care: a) sancțiunile prevăzute în legislația națională în domeniul achizițiilor publice impun aplicarea unor corecții mai mari decât cele prevăzute în anexă; b) autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor

europene care asigură finanțarea proiectelor din cadrul Programului Național de Dezvoltare Rurală 2007 - 2013 aplică măsurile cuprinse în reglementările proprii acestui program”.

Din interpretarea coroborată a acestor dispoziții legale și contractuale rezultă că reținerea unei abateri atrage drept consecință aplicarea reducerii procentuale, independent de producerea unui prejudiciu financiar, o asemenea cerință nefiind prevăzută. Înlăturând, pentru motivele de mai sus, argumentele de nelegalitate a măsurii dispuse de pârât întemeiate pe aplicarea greșită a legii în timp și neindividualizarea unui prejudiciu, Curtea va analiza în cele ce urmează criticile formulate de reclamant cu privire la fiecare dintre abaterile reținute în sarcina sa.

Cât privește modificarea termenului limită de depunere a ofertelor fără publicarea unei erate, Curtea constată că o asemenea conduită a autorității contractante contravine dispozițiilor art. 26 alin. 2 din HG nr. 925/2006, potrivit căroră: „în cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja publicate, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, în condițiile prevăzute de Regulamentul Comisiei Europene nr. 1.564/2005, care stabilește formatul standard al anunțurilor publicitare în cadrul procedurilor de atribuire prevăzute în directivele nr. 17/2004/CE și 18/2004/CE”.

În acest mod s-a încălcat principiul tratamentului egal, abatere prevăzută de pct. 2.4 din Anexa la OUG nr. 66/2011, ce atrage o reducere procentuală de 10% din valoarea contractului, cu posibilitatea reducerii la 5% în funcție de gravitate. În apărare, reclamantul a invocat faptul că prelungirea termenului de depunere a ofertelor a fost consecința suspendării procedurii, noul termen fiind generat automat în SEAP odată cu reluarea procedurii și, de asemenea, adus la cunoștința operatorilor economici prin publicarea unei clarificări referitoare la reluarea procedurii.

Aceste aspecte nu sunt de natură a înlătura abaterea constatată, atâta timp cât dispozițiile art. 26 alin. 2 din HG nr. 925/2006 instituie obligația generală de publicare a unei erate în cazul modificării informațiilor inițiale din anunț, fără a face distincție în funcție de cauza care a determinat modificarea, fie aceasta și suspendarea procedurii, și, de asemenea, fără a face referire la valoarea contractului și la pragul ce determină obligativitatea publicării anunțului în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene. Prin urmare, publicarea unei erate este obligatorie și în cazul procedurilor de atribuire a contractelor cu valoarea sub plafonul prevăzut de art. 55 alin. 2 lit. a din OUG nr. 34/2006, a căror publicitate se realizează doar la nivel național, prin SEAP.

În ce privește postarea clarificării referitoare la noul termen limită de depunere a ofertelor, se constată că legea nu permite o asemenea posibilitate, modalitatea de informare prevăzută fiind exclusiv aceea a publicării unei erate. Totodată, recurgerea la clarificare nu asigură respectarea principiului tratamentului egal, întrucât modificarea datelor din anunț trebuie să fie accesibilă tuturor operatorilor economici, și nu doar aceluia care și-au manifestat interesul pentru procedura în discuție încă de la publicarea anunțului inițial. Astfel, un operator economic care, consultând anunțul de participare, a considerat termenul de depunere a ofertei prea scurt, nu va accesa și clarificările postate ulterior în SEAP, procedura declanșată neprezentând interes pentru el în condițiile comunicate. În schimb, constatând publicarea unei erate, o va putea consulta pentru a lua cunoștință de modificările aduse informațiilor inițiale din anunț și, în noile condiții, și-ar putea reconsidera poziția cu privire la interesul de a participa la procedură.

Împrejurarea că la procedură au participat cinci ofertanți nu demonstrează inexistența abaterii, atâta timp cât respectarea principiului tratamentului egal trebuie realizată în raport de toți operatorii economici potențial interesați.

Referitor la cea de-a doua abatere, constând în impunerea cerinței de calificare privind profitul net pozitiv realizat în ultimul an, în dovedirea capacității economico-financiare a ofertanților, Curtea reține că în mod corect aceasta a fost considerată o cerință restrictivă, contrară prevederilor art. 178 alin. 2 din OUG nr. 34/2006, potrivit cărora: „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire”.

În același sens, art. 179 din ordonanță prevede următoarele: „(1) Criteriile de calificare și selecție stabilite de către autoritatea contractantă trebuie să aibă o legătură evidentă cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit. (2) Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul cerințelor minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească”, iar art. 8 alin. 1 din HG nr. 925/2006 stabilește că „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care: a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit; b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit”.

Justificările invocate de reclamant, în sensul că impunerea acestei cerințe a urmărit prevenirea riscului neîndeplinirii contractului din cauza lipsei resurselor financiare, nu pot fi primite, în condițiile în care faptul că întreprinderea a înregistrat profit sau pierdere în ultimul an nu constituie un indicator al situației economico - financiare generale a acesteia, al solvabilității și lichidității, nefăcând dovada că ofertantul în cauză are acces la mijloacele financiare necesare executării contractului.

Prin urmare, în mod corect s-a reținut că prin impunerea acestei cerințe nelegale s-a restricționat participarea la procedura de achiziție, abatere sancționată conform pct. 2.3 din Anexa la OUG nr. 66/2011 cu o reducere procentuală de 10% din valoarea contractului, ce poate fi diminuată la 5% în funcție de gravitate. Faptul că la data încheierii contractului de servicii nu fusese adoptat Ordinul ANRMAP nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, prin care s-a prevăzut expres că cerința referitoare la profitul pozitiv nu este acceptată, nu înlătură caracterul nelegal al cerinței analizate, acesta decurgând direct din prevederile OUG nr. 34/2006 și ale HG nr. 925/2006, în vigoare la momentul respectiv, pe care reclamantul, în calitate de autoritate contractantă, era obligat să le respecte.

În ceea ce privește cerința de experiență similară impusă în dovedirea capacității tehnice și profesionale constând în experiență semnificativă în proiectarea și realizarea de facilități în domeniul sănătății, demonstrată prin realizarea în ultimii 3 ani a cel puțin 3 contracte în domeniu, Curtea reține că aceasta nu contravine prevederilor anterior citate ale art. 178 alin. 2, art. 179 alin. 1 și 2 din OUG nr. 34/2006 și art. 8 alin. 1 din HG nr. 925/2006.

În acest sens, se reține specificitatea și complexitatea obiectului contractului, respectiv executarea de servicii de elaborare a proiectului tehnic, a documentațiilor tehnico-economice și a caietului de sarcini pentru execuția lucrărilor de reabilitare a Spitalului Județean de Urgență Vâlcea, fără întreruperea activității unității, precum și necesitatea respectării unor reglementări speciale, cum sunt cele ale Ordinului Ministrului Sănătății nr. 914/2006 pentru aprobarea normelor privind condițiile pe care trebuie să le îndeplinească un spital în vederea obținerii autorizației sanitare de funcționare. În raport de aceste elemente, solicitarea autorității contractante ca ofertanții să își demonstreze experiența similară în proiectarea și realizarea de facilități în domeniul sănătății satisface condițiile prevăzute de art. 8 alin. 1 din HG nr. 925/2006, respectiv este relevantă și nu

apare ca fiind excesivă în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.

Pentru considerentele de mai sus, impunerea cerinței de experiență similară analizată nu poate fi reținută ca abatere în sarcina reclamantului, în sensul pct. 2.3 din Anexa la OUG nr. 66/2011, nefiind vorba despre o cerință nelegală.

Ca o ultimă abatere, pârâtul a reținut că, printr-o solicitare de clarificări, autoritatea contractantă a pretins, pentru subcontractanți, depunerea certificatului constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului, a certificatului unic de înregistrare emis de Camera de Comerț și Industrie, copie și fișa de informații generale, contrar dispozițiilor art. 11 alin. 7 din HG nr. 925/2006, potrivit cărora „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune îndeplinirea unor criterii de calificare pentru eventualii subcontractanți”.

Sub acest aspect, Curtea reține că într-adevăr, în conformitate cu dispozițiile art. 35 din HG nr. 925/2006, autoritatea contractantă, prin intermediul comisiei de evaluare, are dreptul de a solicita clarificări sau completări ale documentelor prezentate de ofertanți pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare, însă nu poate solicita îndeplinirea unor criterii de calificare de către subcontractanți, în privința acestora fiind îndreptățită să solicite doar datele de identificare, conform art. 45 alin. 2 din OUG nr. 34/2006. Cu toate acestea, se constată că cerința în discuție, fiind formulată după deschiderea ofertelor, pe calea solicitării de clarificări, și nefiind urmată de descalificarea niciunui dintre operatorii economici care au depus oferte, nu a restricționat accesul la procedura de atribuire analizată, nefiind astfel îndeplinite condițiile prevăzute de pct. 2.3 din Anexa la OUG nr. 66/2011 pentru ca impunerea acestei cerințe nelegale să fie considerată abatere, respectiv nu s-a împiedicat participarea niciunui potențial ofertant la procedură.

În consecință, și această abatere a fost reținută în mod nelegal. Cât privește însă reducerea procentuală aplicată, de 5% din valoarea contractului, se impune menținerea acesteia, întrucât primele două abateri reținute de pârât în sarcina reclamantului se confirmă, iar 5% reprezintă nivelul minim prevăzut în cazul comiterii abaterilor de la pct. 2.3 și 2.4 din Anexa la OUG nr. 66/2011.

Pentru toate aceste considerente, reducerea procentuală fiind în mod legal aplicată de autoritatea publică pârâtă, acțiunea va fi respinsă ca neîntemeiată.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII, HOTĂRĂȘTE:

Respinge acțiunea formulată de reclamantul JUDEȚUL VÂLCEA, cu sediul în Râmnicu Vâlcea, jud. Vâlcea, în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, cu sediul în București, ca nefondată.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Cererea de recurs se depune la Curtea de Apel București. Pronunțată în ședință publică, azi, 10.09.2013.

Dosar nr. 3796/91/2012

TRIBUNALUL VRANCEA
SECȚIA A II-A CIVILA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINTA CIVILĂ Nr. 4092/2012
Ședința publică de la 29 Noiembrie 2012

Pe rol pronunțarea asupra acțiunii formulate de reclamantul U.A.T. VRANCEA, cu sediul în FOCȘANI, JUD. VRANCEA , în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE SI TURISMULUI, cu sediul în BUCUREȘTI, având ca obiect anulare act administrativ. Dezbaterile orale la fond au avut loc în ședința publică din 22.11.2012, note consemnate și atașate prin încheierea de la acea dată, care face parte integrantă din prezenta și când instanța, în vederea deliberării, a amânat pronunțarea cauzei pentru data de astăzi 29.11.2012, când

TRIBUNALUL

Prin cererea înregistrată la 3796/91/2012 reclamanta UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ JUDEȚUL VRANCEA, a chemat în judecată MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI BUCUREȘTI, solicitând pronunțarea unei hotărâri judecătorești prin care să se dispună anularea deciziei nr.22/2011 prin care s-a menținut ca temeinică și legală Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA 73392/2011.

Arată reclamantul că decizia nr. 22/2011 este nelegală într-o cauză identică, C.N.S.C., a considerat că solicitarea de a deține o stație de preparare a mixturilor asfaltice la o distanță de 50 km, de locul de așternere nu contravine prevederilor care guvernează achizițiile publice, este evident faptul că nici solicitarea de a deține o stație de preparare a mixturilor asfaltice la o distanță de 75 de km de locul de așternere nu poate să contravină aceluiași prevederi legale. La data desfășurării procedurii de achiziție publică nu există nici o prevedere legală care să interzică introducerea condiției anterior menționate. Procedura de achiziție publică pentru atribuirea contractului având ca obiect „Reabilitarea și modernizarea DJ 205 R km: 21+700-km+700 Cotești - Poiana Cristei" a fost inițiată și finalizată în anul 2009, pe baza prevederilor legale existente la acea dată. Or, la nivelul anului 2009 nu există nici o restricție legală cu privire la distanța dintre stația de preparare a asfaltului și locul de așternere a acestuia.

În consecință, este evident că atât timp cât legiuitorul nu a inclus în actele normative care reglementează domeniul achizițiilor publice interdicția de a introduce o astfel de cerință în documentația de atribuire, nu se poate reține faptul că instituția ar fi acționat în mod abuziv restrângând astfel accesul agenților economici la procedura anterior amintită. În cazul de față nu se poate reține aplicarea Ordinului ANRMAP nr. 509/2001 privind formularea criteriilor de calificare și selecție. Echipa de control nu și-a justificat în nici un fel susținerile conform cărora autoritatea contractantă ar fi încălcat prevederile legale care reglementează domeniul achizițiilor publice.

În nota de constatare nr.CA 73392/03.10.211 menținută prin Decizia nr.22/2011, echipa de control se limitează doar la a preciza faptul că prin introducerea cerinței anterior amintite autoritatea contractantă a încălcat prev. de art.8 alin. 1 din HG nr.925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare ale OUG nr.34/2006 privind achizițiile publice cu modificările și completările ulterioare. Practic se invocă un text de lege fără ca apoi să se ofere argumente de ordin legal și/sau tehnice care pot fi luate în considerare în adoptarea deciziei de sancționare. Singura susținere în favoarea celor afirmate de echipa de control este impresia, nefundamentată tehnic, a membrilor săi. Odată cu finalizarea procedurii de achiziție publică dosarul acesteia a fost înaintat în două exemplare A.D.R. Brăila spre avizare. Unul dintre aceste exemplare a fost destinat inclusiv M.D.R.T., care a avut astfel posibilitatea să analizeze încă din anul 2009 documentele achiziției și să constate dacă au fost sau nu respectate prevederile legale în domeniul achizițiilor publice. În fișa de date a

achiziției se prevede în mod expres că echipamentele și utilajele pot fi asigurate din dotarea proprie sau prin închiriere.

De asemenea, autoritatea contractantă nu a limitat în nici un fel dreptul de asociere a ofertanților care nu pot îndeplini singuri condițiile impuse în fișa de date a achiziției cu atât mai mult cu cât valoarea contractului este mare și în momentul de față sunt puțini agenți economici în România care pot face față singuri, atât din punct de vedere economic cât și tehnic, condițiilor impuse de realizarea unei astfel de lucrări. Faptul că autoritatea contractantă nu a respectat principiul liberei concurențe rezultă și din faptul că la procedura având ca obiect „Reabilitarea și modernizarea DJ 205 R km 21+ 700 - km. 28+700 Cotești - Poiana Cristei” au participat nu mai puțin de 4 ofertanți. Mai mult nici unul dintre aceștia nu a fost exclus, dintr-un motiv sau altul, de la procedură astfel încât la evaluarea finală au fost luate în considerare toate cele 4 oferte. În consecință, consideră că Decizia M.D.R.T. nr. 22/2011 este nelegală și în contradicție gravă cu deciziile C.N.S.C și ale instanțelor de judecată.

Prin întâmpinarea depusă în termen legal, pârâțul Ministerul dezvoltării Regionale și Turismului a solicitat respingerea acțiunii ca nefondată, actele atacate fiind temeinice și legale. Prin cererea depusă la data de 31.05.2012 reclamanta a invocat excepția de necompetență materială a Curții de Apel Galați, în raport de prevederile art. 10 alin.1 din Legea nr. 554/2004. Prin sentința civilă nr. 326/02.07.2012 Curtea de Apel Galați a declinat competența de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului Vrancea - Secția a II a Civilă și de Contencios Administrativ Fiscal.

Pentru a hotărî astfel, instanța a avut în vedere că în cauză este vorba de contestarea unei decizii nr. 22/2011 și a notei de constatare nr. 73392/03.10.2011 emise în baza OUG nr. 66/2011. Conform art.21 alin. 19 din OUG nr. 66/2011 procesul verbal de constatarea neregulilor și de stabilire a creanței bugetare este act administrativ. Conform art. 51a alin. 2 din OUG nr.66/2011 deciziile pronunțate în soluționarea contestațiilor pot fi atacate la instanța de contencios administrativ competentă în condițiile Legii nr. 554/2004. Prin nota de constatare s-a impus în sarcina pârâtei suma de 291.544,91 lei reprezentând corecție financiară pentru nereguli la proiectul „Reabilitarea și Modernizarea DJ 205 R Costești - Poiana Cristei” finanțat din fonduri comunitare. Natura juridică a acestui debit este de creanță bugetară, conform OUG nr.66/2011. Competența de soluționare a acțiunii în contencios administrativ având ca obiect contestarea actului prin care s-a impus în sarcina reclamantului obligația de plată se stabilește conform art. 10 alin. 1 din Legea nr. 554/2004 în funcție de criteriul valoric. Dosarul a fost înregistrat la această instanță la 23.07.2012 sub nr. 3796/91/2012.

Analizând actele și lucrările dosarului, se rețin următoarele.

În urma verificării documentației de atribuire aferente acordului contractual nr. 6204/30.06.2009 încheiat cu SC VEGA SRL echipa de control din cadrul instituției pârâta a contestat că în cadrul procedurii de atribuire a acestui contract de achiziție publică au fost încălcate dispozițiile art. 8 al. 1 din HG nr. 925/2006, respectiv autoritatea contractantă reclamanta în cauză - a impus criterii de calificare și selecție restrictive la capacitatea tehnică și/sau profesională, cu nerespectarea dispozițiilor art. 178 al. 1 din OUG nr.34/2006.

Pentru neregulile constatate echipa de control a dispus în temeiul art. 25 și art. 28 și următoarele din OG nr. 66/2011, aplicarea unei corecții financiare de 5% din valoarea acordului contractual verificat.

Împotriva notei de constatare, în temeiul art. 46 din OUG nr. 66/2011 reclamanta a formulat contestați.

Prin Decizia nr. 22/15.11.2011 pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului a respins ca neîntemeiată contestația, având în vedere că în cadrul procedurii a propus operatorilor economici participanți la licitație, criteriile de calificare și selecție restrictive. În acest sens, s-a reținut că potrivit fișei de date Capitolul V, autoritatea contractantă a solicitat drept cerință minimă din partea ofertanților asigurarea din data - în proprietate sau închiriere a unei stații de asfaltare 150 t / oră amplasată la distanță de maxim 75 km. De un loc de desfășurare a lucrărilor, cu încălcarea dispozițiilor art. 8 al. 1 din HG nr. 925/2006.

Potrivit acestui articol din HG nr.925/2006 autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție puse prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care

- a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului.
- b) sunt disproportionale în raport cu natura și complexitatea contractului.

Imposibilitatea autorității contractante de a solicita îndeplinirea unor cerințe referitoare a situația economico-financiară, și/sau la capacitatea tehnică și profesională care conduc la restricționarea participării la procedura de atribuire este prevăzută și de art. 178 al.2 din OUG nr. 34/2006.

Din actele și lucrările dosarului rezultă că reclamanta, cu ocazia atribuirii contractului de achiziție publică Reabilitarea și modernizarea DJ 20Ș km. 21 + 700 - km. 28 + 700 Cotești - Poiana Cristei în anul 2009, a introdus în documentația de atribuire obligativitatea deținerii unei stații de asfaltare de 150 T / oră amplasată la distanță de aproximativ 75 km. De locul de desfășurare a lucrărilor.

Necesitatea limitării distanței de amplasare a rezultat din cerința dispusă de standardul SR 174 . 2 referitoare la existența unei temperaturi a mixturii asfaltice la așternere de minim 145 grade Celsius, dar și de zona de așternere a asfaltului conform proiectului în cauză, respectiv deal care nu permitea basculantelor să se deplaseze cu viteză, ceea ce ducea la pierderea, temperaturii mixturii minime admise.

Rezultă că, reclamanta, pentru a-și asigura o mixtură asfaltică de calitate conform standardelor în vigoare este singura în măsură să decidă asupra distanței maxime de transport de la stația de mixtură și până la locul lucrării. Reclamanta a avut în vedere la întocmirea documentației de asigurarea temperaturii optime a mixturii asfaltice încât lucrarea executată să îndeplinească toate standardele, să fie de calitate din punct de vedere calitativ pentru prepararea, transportul și punerea în operă a mixturii asfaltice. De altfel, reclamanta, a introdus în această cerință minimă cu respectarea dispozițiilor art. 8 al.2 din HG nr. 925/2006.

În aceste sens, reclamanta și-a motivat necesitatea acestei cerințe prin nota justificativă atașată dosar de achiziție, privind alegerea criteriilor minime de calificare. Cum reclamanta a întocmit specificațiile tehnice în conformitate cu prevederile legale în vigoare, dar și cu necesitățile sale pentru asigurarea unei temperaturi standard pentru o lucrare de calitate, Tribunalul apreciază întemeiată acțiunea. Pentru aceste motive va admite contestația și va anula decizia și nota de constatare ce constituie titlul de creață.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Admite acțiunea înregistrată la nr. 3796/91/2012, formulată de reclamantul Unitatea Administrativ Teritorială Vrancea, cu sediul în FOȘANI, JUD. VRANCEA , în contradictorii cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI TURISMULUI, cu sediul în BUCUREȘTI, având ca obiect anulare act administrativ. Anulează decizia nr. 22/15.11.2011 și nota de constatare nr. CA 73392/03.10.2011 emise de pârât.

Cu recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică de la 29 Noiembrie 2012.

PROGRAMUL OPERAȚIONAL DEZVOLTAREA CAPACITĂȚII ADMINISTRATIVE

Dosar nr. 1335/33/2012

CURTEA DE APEL CLUJ
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONȚENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ Nr. 835/2012
Ședința publică de la 06 Noiembrie 2012

Pe rol judecarea cererii de suspendare și acțiunea în contencios formulată de reclamantul CONSILIUL JUDEȚEAN CLUJ PRIN PREȘEDINTELE CONSILIULUI JUDEȚEAN CLUJ în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL ADMINISTRAȚIEI ȘI INTERNELOR - DIRECȚIA PENTRU DEZVOLTAREA CAPACITĂȚII ADMINISTRATIVE, având ca obiect anulare act administrativ. Se constată că mersul dezbaterilor și susținerile orale ale părților au fost consemnate în încheierea de ședință din data de 23 octombrie 2012, încheiere care face parte integrantă din prezenta hotărâre, iar pronunțarea s-a amânat pentru data de astăzi.

CURTEA,

Prin cererea înregistrată în dosarul cu numărul de mai sus, reclamantul Consiliul Județean Cluj a chemat în judecată pârâțul Ministerul Administrației și Internelor - Direcția Pentru Dezvoltarea Capacității Administrative, solicitând ca prin hotărârea ce o va pronunța să dispună: suspendarea executării Notei de stabilire a corecției financiare încheiată la data de 31.07.2012, înregistrată sub nr. 2235507/D.G.D.G.A./10.08.2012, până la soluționarea definitivă și irevocabilă a cauzei; anularea în tot a Notei de stabilire a corecției financiare încheiată la data de 31.07.2012, înregistrată sub nr. 2235507/D.G.D.G.A./10.08.2012.

În motivarea cererii arată că Consiliul Județean Cluj a implementat proiectul "Elaborarea Strategiei de dezvoltare a Județului Cluj pentru perioada 2014 - 2020", cod SMIS 12836, finanțat prin contractul de finanțare nr. 211/02.11.2010. Prin acest proiect, s-a dorit elaborarea Strategiei de dezvoltare a Județului Cluj pentru perioada 2014 - 2020, strategie care să fie corelată cu programele și politicile de la nivel regional, național și european. Strategia trebuie să identifice nevoile reale de dezvoltare ale Județului Cluj, pe o bază consultativă care să asigure consensul asupra priorităților de dezvoltare, a direcțiilor de acțiune strategică, pe termen scurt, mediu și lung și transpunerea lor într-un portofoliu de proiecte cu impact ridicat asupra comunității.

În urma derulării procedurii de achiziție publică, contractul de servicii de consultanță și instruire pentru elaborarea Strategiei de Dezvoltare a Județului Cluj, s-a încheiat între Consiliul Județean Cluj și Institutul Regional pentru Cercetare, Educație și Transfer Tehnologic S.A.

În urma controlului efectuat de către Ministerul Administrației și Internelor - Direcția pentru Dezvoltarea Capacității Administrative, prin Proiectul Notei de stabilire a corecției financiare încheiată la data de 22.06.2012, înregistrată sub nr. 2234261/D.G.D.G.A./25.06.2012, s-a constatat faptul că "Prin stabilirea cerințelor de calificare de către autoritatea contractantă privind îndeplinirea capacității tehnice și/sau profesionale, există prezumția restricționării participării la procedura de atribuire a contractului a acelor operatori economici care au acumulat experiență similară în prestarea unor servicii de consultanță similare dar care nu au fost finanțate din fonduri structurale nerambursabile.

De asemenea, solicitarea ca operatorii economici să dispună în cadrul echipei de proiect de un manager de proiect care să dețină 5 ani experiență în managementul proiectelor finanțate din fonduri structurale nerambursabile (fonduri preaderare, fonduri structurale etc) este de asemenea o cerință minimă de calificare ce poate restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului a acelor operatori economici ce au cooptat în cadrul echipei de proiect un expert ce

are o experiență mai mică de 5 ani sau care are o experiență în domeniul de 5 ani acumulată în cadrul unor proiecte ce nu au fost finanțate din fonduri structurale nerambursabile."

În baza acestor constatări s-a stabilit corecția financiară aplicată contractului de servicii nr. 152/5769/12.04.2011 în cuantum de 5%, respectiv 15.800,00 lei. Împotriva Proiectului Notei de stabilire a corecției financiare, prin adresa nr. 10469/02.07.2012, Consiliul Județean Cluj a formulat un punct de vedere prin care a contestat decizia de aplicare a corecțiilor financiare. Argumentele Consiliului Județean Cluj au fost respinse de către Ministerul Administrației și Internelor - Direcția Pentru Dezvoltarea Capacității Administrative, care a emis Nota de stabilire a corecției financiare încheiată la data de 31.07.2012, înregistrată sub nr. 2235507/D.G.D.G.A./10.08.2012.

Prin adresa nr. 13265/16.08.2012, Consiliul Județean Cluj a formulat în temeiul prevederilor articolului 7 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, plângere prealabilă, dar care fost respinsă prin decizia internă a M..I. - A.M.P.O.D.C.A. în ceea ce privește anularea în tot a Notei de stabilire a corecției financiare încheiată la data de 31.07.2012, înregistrată sub nr. 2235507/D.G.D.G.A./10.08.2012, arată că:

Atât verificările, cât și întreaga întemeiere de drept a Proiectul Notei de stabilire a corecției financiare, cât și a Notei de stabilire a corecției financiare nr. 2235507/D.G.D.G.A./10.08.2012 au fost întocmite în baza Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/29 iunie 2011, publicată în Monitorul Oficial nr. 461 din 30 iunie 2011 și a normelor de aplicare publicate ulterior, însă, procedura de licitație pentru atribuirea contractului de servicii a fost lansată prin anunțul nr. 114829/11.01.2011. Astfel, nici la lansarea procedurii, nici la data încheierii contractului (12.04.2011), Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/29 iunie 2011 nu erau în vigoare. Neretroactivitatea legilor, este un principiu de drept, consacrat inclusiv prin Constituția României, care la articolul 15, alineat 2, prevede că "legea dispune numai pentru viitor cu excepția legii penale mai favorabile".

Acuzația adusă reclamantei, că prin impunerea cerinței ca managerul de proiect să aibă 5 ani experiență în managementul proiectelor finanțate din fonduri structurale nerambursabile poate conduce la restricționarea concurenței între operatorii economici, este nefondată. Prin acest proiect, deosebit de complex, s-a dorit elaborarea Strategiei de dezvoltare a Județului Cluj pentru perioada 2014 - 2020, strategie care să fie corelată cu programele și politicile de la nivel regional, național și european. Strategia trebuie să identifice nevoile reale de dezvoltare ale Județului Cluj, pe o bază consultativă care să asigure consensul asupra priorităților de dezvoltare, a direcțiilor de acțiune strategică, pe termen scurt, mediul și transpunerea lor într-un portofoliu de proiecte cu impact ridicat asupra comunității. Astfel, consideră că contractul de servicii de consultanță și instruire pentru elaborarea Strategiei de Dezvoltare a Județului Cluj este de o complexitate deosebită.

Conform prevederilor articolului 178, alineat 2 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire."

Cu privire la această situație, Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, în interpretarea dată prin Notificarea din 22 martie 2011, publicată pe site-ul oficial al instituției www.anrmap.ro consideră că: "în vederea evitării încălcării prevederilor art. 178, alin (2) din O.U.G. nr. 34/2006 se va considera ca restrictivă impunerea unui număr de ani mai

mare de 5 pentru experiență profesională generală, respectiv mai mare de 3 ani pentru experiență profesională specifică, cu excepția următoarelor situații:

a) atunci când există reglementări specifice, care vor fi menționate la nivelul anunțului/invitației de participare;

b) atunci când contractele ce urmează a fi atribuite sunt de o complexitate deosebită și pentru îndeplinirea acestora autoritatea contractantă stabilește ca fiind necesară impunerea unui număr de ani pentru experiență profesională superior celui menționat anterior.

Astfel, în cazul anunțului de participare, completarea acestor informații se va face în cadrul secțiunii "Capacitate tehnică".

Articolul 3 din Ordinul Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 313 din 29 iunie 2011 cu privire la interpretarea anumitor dispoziții privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, prevede faptul că "Orice document emis de alte organisme/autorități, cu excepția Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, prin care se impune respectarea de către entitățile juridice menționate la art. 2 a regulilor privind derularea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, nu produce efecte juridice."

Per a contrario, respectarea oricărui document emis de Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice pentru interpretarea prevederilor legale privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică, este obligatorie. Având în vedere complexitatea proiectului, respectiv elaborarea Strategiei de dezvoltare a Județului Cluj pentru perioada 2014 - 2020, considerăm că impunerea cerinței susmenționate nu încalcă prevederile articolului 178, alineatul 2 din O.U.G. nr. 34/2006. Mai mult, această interpretare a fost emisă anterior lansării procedurii de achiziție publică, este publicată pe site-ul ANRMAP, deci este opozabilă Consiliului Județean Cluj.

Efectele "abaterii" constatate sunt ipotetice, respectiv faptul că ar exista prezumția restricționării participării operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului, nu este de natură a demonstra eventuale implicații asupra corectitudinii desfășurării procedurii. La procedura de achiziție în cauză, nu au existat ofertanți care să solicite modificarea criteriilor sau să reclame această restricționare. Mai mult, documentația de licitație a fost verificată anterior publicării de către S.E.A.P, precum și de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, în cadrul procedurii de verificare a contestației depuse de către operatorul economic S.C. HALCROW ROMÂNIA S.R.L.

Prejudiciul cauzat ofertanților nu este clar și cuantificabil, nu constituie un element cu implicații financiare. Acesta nu poate fi demonstrat într-un mod obiectiv, nici la nivelul ofertanților, nici în cadrul proiectului sau a contractului atribuit prin această procedură, nici că ar fi viciat procedura de atribuire a contractului. Consideră nejustificată și discreționară decizia de aplicare a cuantumului corecției financiare (5%) mai ales că nu au fost nici arătate, nici demonstrate, implicațiile financiare ale abaterii. Astfel, pentru motivele precizate în Nota de constatare, simple susțineri ipotetice, prezumate, despre lezarea/limitarea unor potențiali ofertanți neidentificați, considerăm că nu poate fi aplicată o corecție sau sancțiune, fără a fi demonstrat un efect cuantificat.

Termenul de "abatere" nu este definit nici de către Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011, nici de către normele de aplicare a acesteia. Însă, OUG nr. 66/2011 definește noțiunea de "neregulă", noțiune care include toate tipurile de abateri. Conform articolului 2, alineat 1, litera a) din acest act normativ, neregula reprezintă "orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile

contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității eu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit". Pentru a întruni elementele constitutive ale neregulii, respectiv ale abaterii, trebuie îndeplinite cumulativ toate prevederile susmenționate. În speță, nu poate fi reținută abaterea, întrucât fapta nu a prejudiciat și nici nu poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora.

Prin întâmpinare, intimata - MINISTERUL ADMINISTRAȚIEI ȘI INTERNELOR - DIRECȚIA PENTRU DEZVOLTAREA CAPACITĂȚII ADMINISTRATIVE, a solicitat respingerea acțiunii reclamantului ca neîntemeiată. În motivare arată că în fundamentarea notei de stabilire a corecției financiare nr. 2235507/10.08.2012, intimata a invocat dispozițiile legale în materie care au reprezentat temeiul emiterii acesteia, și totodată a prezentat punctul de vedere al A.N.R.M.A.P. referitor la interpretarea dispozițiilor art. 178 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În procesul de verificare, management și control al gestionării fondurilor europene, singurele autorități îndrituite să efectueze verificări și să constate abateri de la prevederile legislației în domeniul achizițiilor publice sunt Autoritățile de Management, Autoritatea de Certificare și Plată din cadrul Ministerului Finanțelor Publice, Autoritatea de Audit din cadrul Curții de Conturi a României și Comisia Europeană.

Așa cum a fost precizat în nenumărate scrisori adresate Statului membru de către Comisia Europeană, în aplicarea principiilor care guvernează sistemul de gestiune al fondurilor europene, autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene se pot baza pe sistemul național ex-ante de verificare a achizițiilor publice pentru a-și îndeplini obligațiile stipulate la art. 60 alin. (b) din Reg. CE nr. 1083/2006, însă au responsabilitatea finală și integrală de verificare a legalității tuturor procedurilor de achiziții publice derulate de către beneficiarii fondurilor europene, indiferent de verificările ex-ante și ex-post efectuate de către alte instituții naționale, inclusiv supervizarea calității și eficienței verificărilor efectuate de către ANRMAP și UCVAP.

Mai mult decât atât, având în vedere faptul că, sistemul național de verificare ex-ante a demonstrat că nu a fost eficient în detectarea neregulilor, autorităților de management li s-a recomandat suplimentarea și întărirea verificărilor efectuate asupra procedurilor de achiziții derulate de către beneficiarii fiecărui program în parte, încă din luna iulie 2011. Astfel, atât autoritățile de management, cât și autoritatea de certificare a plăților din cadrul M.F.P. trebuie să se asigure de funcționarea corectă și eficientă a mecanismelor de verificare și control, în conformitate cu obligațiile acestora din regulamentele Comisiei Europene.

Aceste două structuri trebuie să corecteze cheltuielile neeligibile înainte de certificarea acestora de către Comisia Europeană, în baza verificărilor proprii asupra legalității și regularității tranzacțiilor efectuate de către beneficiarii programelor operaționale și fără să țină cont de verificările efectuate de către alte instituții naționale care nu fac parte de sistemul de gestionare și control al fondurilor europene. Referitor la susținerea reclamantului potrivit căruia "termenul de abatere nu este definit de către O.U.G. nr. 66/2011, cu modificările și completările ulterioare, nici de către normele de aplicare a acesteia", învederează instanței de judecată următoarele:

O.U.G. nr. 66/2011, cu modificările și completările ulterioare, reglementează activitatea de prevenire, constatare și sancționare a neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora. Activitatea de prevenire

reprezintă identificarea și gestionarea riscurilor, elaborarea și urmărirea aplicării procedurilor de management și a celorlalte instrumente de control intern, care să asigure corectitudinea acordării și utilizării fondurilor europene.

Potrivit art. 6 din actul normativ sus-menționat, "autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația de a exclude integral sau parțial de la rambursarea/plata cheltuielilor efectuate și declarate de beneficiari acele cheltuieli care nu respectă condițiile de legalitate, regularitate ori conformitate stabilite prin prevederile legislației naționale și comunitare în vigoare, în situația în care - în procesul de verificare a solicitărilor de plată - acestea determină existența unor astfel de cheltuieli".

Astfel, potrivit alin. 3 al aceluiași articol, "autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația aplicării de reduceri procentuale din sumele solicitate la plată de către beneficiari, în situația în care constată abateri de la aplicarea prevederilor privind procedurile de achiziție ... ". Așadar, potrivit celor sus-menționate, legiuitorul a reglementat obligația autorității de a aplica reduceri procentuale în situația constatării unor abateri de la legalitate a cheltuielilor solicitate la plată de către beneficiari, fapt consemnat de altfel și în conținutul actului a cărui anulare se solicită. Față de toate considerentele expuse mai sus, solicită respingerea cererii de suspendare a executării Notei de stabilire a corecției financiare emisă de către Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Dezvoltarea Capacității Administrative, iar pe fond, respingerea acțiunii formulată de către reclamant ca neîntemeiată, urmând să fie constatată temeinicia și legalitatea actului contestat și a măsurilor dispuse prin acesta.

Examinând acțiunea instanța reține următoarele:

între intimată și reclamantul Consiliul Județean Cluj a fost perfectat contractul de finanțare nerambursabilă nr. 211/02.11.2010, având ca obiect implementarea proiectului cu titlul "Elaborarea Strategiei de dezvoltare a județului Cluj pentru perioada 2014-2020", cod SMIS 12836.

Prin anunțul de participare nr. 114829/11.01.2011, reclamantul Consiliul Județean Cluj a lansat în SEAP procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de servicii de consultanță și instruire pentru elaborarea Strategiei de Dezvoltare a județului Cluj, pentru perioada 2014 - 2020, în cadrul proiectului "Elaborarea Strategiei de dezvoltare a județului Cluj pentru perioada 2014-2020 ", având cod SMIS 12836. Consiliul Județean Cluj, în calitate de autoritate contractantă, a atribuit S.C. Institutul Regional pentru Cercetare, Educație și Transfer Tehnologic S.A., contractul de achiziție publică nr. 15/5769/12.04.2011, având ca obiect prestarea de servicii de consultanță și instruire pentru elaborarea Strategiei de Dezvoltare a județului Cluj, pentru perioada 2014 - 2020.

În urma controlului efectuat de către Ministerul Administrației și Internelor - Direcția pentru Dezvoltarea Capacității Administrative, prin Proiectul Notei de stabilire a corecției financiare încheiată la data de 22.06.2012 înregistrată sub nr. 2234261/D.G.D.G.A./25.06.2012, s-a constatat faptul că "Prin stabilirea cerințelor de calificare de către autoritatea contractantă privind îndeplinirea capacității tehnice și/sau profesionale, există prezumția restricționării participării la procedura de atribuire a contractului a acelor operatori economici care au acumulat experiență similară în prestarea unor servicii de consultanță similare dar care nu au fost finanțate din fonduri structurale nerambursabile. De asemenea, solicitarea ca operatorii economici să dispună în cadrul echipei de proiect de un manager de proiect care să dețină 5 ani experiență în managementul proiectelor finanțate din fonduri structurale nerambursabile (fonduri preaderare, fonduri structurale etc) este de asemenea o cerință minimă de calificare ce poate restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului a acelor operatori economici ce au cooptat în cadrul echipei de proiect un expert ce are o experiență mai mică de 5 ani sau care are o experiență în domeniul de 5 ani acumulată în cadrul unor proiecte ce nu au fost finanțate din fonduri structurale nerambursabile."

În baza acestor constatări s-a stabilit corecția financiară aplicată contractului de servicii nr. 15/5769/12.04.2011 în cuantum de 5%, respectiv 15.800,00 lei. În cadrul secțiunii V.4) capacitatea tehnică și/sau profesională, din fișa de date a achiziției, parte a documentației de atribuire, autoritatea contractantă a solicitat următoarele cerințe de calificare.

Lista principalelor prestări de servicii din ultimii 3 ani: Ofertanții trebuie să facă dovada faptului că în intervalul solicitat, respectiv în ultimii 3 ani (2008, 2009 și 2010) au îndeplinit și finalizat cu succes 1 contract de achiziție publică care a avut ca obiect servicii de elaborare, de strategii/planuri de dezvoltare, în favoarea unei autorități guvernamentale, finanțat total sau parțial din fonduri nerambursabile.

În cadrul secțiunii Informații privind capacitatea profesională solicitată următoarea cerință minimă de calificare: Manager de proiect. Expertul propus trebuie să îndeplinească următoarele condiții minimale: absolvent de studii universitare de lungă durată-/postuniversitare, 5 ani, experiență în managementul proiectelor finanțate din fonduri structurale nerambursabile și să dețină certificat de manager de proiect. În virtutea dreptului conferit de prevederile art. 188 alin. (2) lit. d) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă poate solicita operatorilor economici, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a acestora, informații cu privire la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului responsabil pentru îndeplinirea contractului de servicii.

Ministerul Administrației și Internelor - Direcția pentru Dezvoltarea Capacității Administrative prin Nota de stabilire a corecției financiare încheiată la data de 31.07.2012, înregistrată sub nr. 2235507/DGDGA/10.08.2012 a constatat faptul că Consiliul Local al municipiului Cluj-Napoca a încălcat prevederile art. 178 din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, respectiv: a impus condiția ca operatorii economici să dețină experiență similară în profesarea unor servicii de consultanță finanțate din fonduri structurale nerambursabile și a impus condiția ca operatorii economici să dispună în cadrul echipei de proiect de un manager de proiect care să dețină 5 ani experiență în managementul proiectelor finanțate din fonduri structurale nerambursabile.

Critica adusă reclamantei că prin impunerea cerinței ca managerul de proiect să aibă 5 ani experiență în managerul proiectelor finanțate din fonduri structurale nerambursabile poate conduce la restricționarea concurenței între operatorii economici, este nefondată. Prin acest proiect s-a dorit elaborarea Strategiei de dezvoltare a Județului Cluj pentru perioada 2014-2010, strategie care să fie corelată cu programele și politicile de la nivel regional, național și european. Strategia trebuia să implice nevoile de dezvoltare ale Județului Cluj pe o bază consultativă care să asigure consensul asupra priorităților de dezvoltare, a direcțiilor de acțiune strategică, pe termen scurt, mediu și lung și transpunerea lor într-un portofoliu de proiecte cu impact ridicat asupra comunității.

Potrivit art. 176 din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare printre altele la: c) situația economică și financiară; d) capacitatea tehnică și profesională iar potrivit art. 178 în cazul în care pentru criteriile de natura celor prevăzute la art. 176 lit. c) și d) autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi candidați calificați, atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate conform principiului transparenței în cadrul invitației/anunțului de participare.

Din interpretarea celor două articole reiese că atunci când se impune autoritatea contractantă poate impune anumite condiții minime de calificare. În cauză cerințele au fost prevăzute în mod

legal și întemeiat raportat la complexitatea proiectului, la fondurile inclusiv europene alocate pentru realizarea acestuia. Raportat la complexitatea proiectului ce s-a derulat, la modul de elaborare a procedurii de achiziție, nu se poate reține că autoritatea contractantă a restricționat participarea altor ofertanți la procedură. În cauză nu se poate reține în sarcina reclamantei săvârșirea unei nereguli cu ocazia derulării proiectului sus arătat.

Conform art. 2 alin. 1 lit. a neregula reprezintă „orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate pe baza acestor dispoziții ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității competente în gestionarea fondurilor europene care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene bugetele donatorilor publici internaționali și fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit.

Pentru a întruni elementele constitutive ale neregulii, respectiv ale abaterii, trebuie îndeplinite cumulativ toate prevederile susmenționate. În speță, nu poate fi reținută abaterea, întrucât fapta nu a prejudiciat și nici nu poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora.

Pentru aceste considerente, în temeiul art. 18 din Legea nr. 554/2004 instanța va admite acțiunea formulată de reclamantul Consiliul Județean prin Președinte, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Administrației și Internelor - Direcția pentru Dezvoltarea Capacității Administrative și în consecință va dispune anularea Notei de stabilire a corecției financiare nr.2235507/DGDGA/10.08.2012 la data de 31.07.2012 de pârâtă.

PENTRU ACESTE MOTIVE IN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Admite acțiunea formulată de reclamantul Consiliul Județean prin Președinte, cu sediul în Cluj-Napoca, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Administrației și Internelor - Direcția pentru Dezvoltarea Capacității Administrative cu sediul în București și în consecință: dispune anularea Notei de stabilire a corecției financiare nr.2235507/DGDGA/10.08.2012 încheiată la data de 31.07.2012 de pârâtă.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică azi, 6.11.2012.

Dosar nr. 11/64/2013

CURTEA DE APEL BRAȘOV
SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA Nr. 80/R
Ședința publică de la 12 Aprilie 2013

Pentru astăzi fiind amânată pronunțarea asupra acțiunii formulate de reclamantul Județul Covasna în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Administrației și Internelor - Direcția pentru Dezvoltarea Capacității Administrative, având ca obiect anulare act administrativ. La apelul nominal făcut în ședința publică, la pronunțare, se constată lipsa părților. Procedura legal îndeplinită.

Dezbaterile în cauza de față au avut loc în ședința publică din data de 14 martie 2013, când părțile prezente au pus concluzii în sensul celor consemnate în încheierea de ședință din acea zi, care face parte integrantă din prezenta, iar instanța în vederea deliberării în baza art. 260 alin. 1 Cod procedură civilă, a amânat pronunțarea pentru data de 21 martie 2013, 28 martie 2013, 2 aprilie 2013, 10 aprilie 2013, apoi la data de 12 aprilie 2013.

CURTEA

Asupra contestației de față: Constată că prin acțiunea înregistrată pe rolul acestei instanțe la data de 07.01.2013 sub nr. de mai sus contestatorul U.AT. Jud. Covasna a solicitat - în contradictoriu cu pârâțul M.A.I. - Direcția Pentru Dezvoltarea Capacității Administrative ca prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună admiterea contestației împotriva Deciziei nr. 11/658/19.11.2012 emise de pârât de soluționare a contestației formulate împotriva Notei de Stabilire a corecției financiare încheiate în data de 04.09.2012 și comunicată cu adresa nr. 2236.063/12.09.2012 înregistrată la Registratura Consiliului Județean Covasna sub nr. 8009/18.09.2012, privind contractul de servicii nr. 13/23.01.2012 având ca obiect organizare workshop „Performanța în administrație prin colaborare inter-instituțională” și finanțat prin Contractul de Finanțare nr. 251/17.02.2011.

În fapt, prin Nota de stabilire a corecției financiare încheiată la data de 04.09.2012, o echipă de control din cadrul Direcției pentru Dezvoltarea Capacității Administrative a aplicat o corecție financiară de 10% din valoarea contractului de servicii având ca obiect *Organizare workshop „Performanța în administrație prin colaborare inter-instituțională*, încheiat de Consiliul Județean Covasna cu ASOCIAȚIA MUTF - Centrul de pregătire profesională, în cadrul proiectului „*Planificare strategică prin cooperare interjudețeană*”, reprezentând o valoare concretă a corecției financiare de 4.905,00 lei, raportat la valoarea totală a contractului de servicii în cuantum de 49.050,00 lei fără TVA.

Din analiza Notei de stabilire a corecției financiare încheiată rezulta încălcarea art. 21 alin. 21 din OUG nr. 66/2011, precum și art. 34 alin. 2 din OUG nr. 66/2011 care reglementează conținutul procesului verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanței bugetare, precum și obligația de comunicare a titlului de creanță către debitor în termen de 3 zile lucrătoare de la data emiterii.

Aceste prevederi legale nu au fost respectate întrucât în Nota de stabilire a corecției financiare nu a fost indicată posibilitatea de contestare a procesului verbal de stabilire a creanței bugetare, termenul limită și nici autoritatea la care se poate depune contestația. De asemenea, s-a constatat că Direcția Generală din cadrul Autorității de Management pentru Programul Operațional „Dezvoltarea Capacității Administrative” a încheiat Nota de stabilire a corecției financiare în data de 04.09.2012, iar Adresa de comunicare a acesteia a fost înaintată în data de 18.09.2012, depășindu-se astfel termenul legal de 3 zile prevăzut de OUG nr. 66/2011 pentru comunicarea proceselor verbale de stabilire a creanței bugetare. Contestația formulată a fost respinsă prin

Decizia nr. 11/658/19.11.2012 a Comisiei de soluționare a contestației constituită în baza Dispoziției interne a Direcției pentru Dezvoltarea Capacității Administrative nr. 11/647/19.10.2012.

Prin Decizia Comisiei de soluționare a contestației din cadrul Direcției pentru Dezvoltarea Capacității Administrative s-au reținut, în mod greșit, următoarele:

1. Prin Fișa de date a achiziției, parte a documentației de atribuire, s-au prevăzut următoarele cerințe minime de calificare: ofertantul „să dețină cel puțin doi experți cheie care îndeplinesc următoarele criterii: studii superioare și experiența profesională în cel puțin un proiect adresat administrațiilor publice și finanțat din fonduri europene: respectiv „să dețină cel puțin un expert cheie care a primit titlul de expert într-o țară din UE și are experiență profesională de cel puțin un proiect de formare în UE”, cerințe, cu privire la care s-a apreciat ca sunt de natură să restricționeze participarea operatorilor economici la procedura de atribuire.

2. Referitor la aplicarea prevederilor art. 16 din OUG nr. 34/2006 care exceptează procedura de atribuire a contractului de achiziție servicii de formare profesională de la domeniul de aplicare a legislației privind achizițiile publice, AM PODCA consideră că prin inițierea unei proceduri de achiziție publică de licitație deschisă, autoritatea contractantă nu se mai poate prevala de excepția reglementată de art. 16. De asemenea, s-a reținut că autoritatea contractantă, în conformitate cu art. 16 din OUG nr. 34/2006, avea obligația de aplicare pe tot parcursul procedurii, a principiilor prevăzute la art. 2 alin. 2 din OUG nr. 34/2006.

3. La stabilirea caracterului restrictiv al cerințelor minime de calificare și de selecție s-a avut în vedere punctul de vedere al ANRMAP transmis AM PODCA prin adresa nr. 7390/11.05.2012, respectiv Adresa ANRMAP nr. 10928/LDV/2012 transmisă aceleiași instituții în data de 07.08.2012, în conformitate cu care „impunerea unor cerințe minime de calificare prin care se solicită demonstrarea îndeplinirii capacității tehnice și/sau profesionale prin prezentarea unui contract finanțat din fonduri europene/fonduri europene nerambursabile conduce”, în opinia ANRMAP, la restricționarea participării la procedura, devenind incidente prevederile art. 178 alin. 2 din OUG nr. 34/2006, în afară de cazul în care cerința este justificată „prin corelarea cu activitățile pe care le va derula în cadrul actualului contract”.

4. Ca forma și conținutul notei de control reglementată de art. 6 alin. 1 din HG nr. 875/2011 se stabilesc de fiecare autoritate cu competențe în gestionarea fondurilor europene, în funcție de specificul activității sale.

Referitor la mențiunea potrivit căreia cerințele de calificare impuse prin Fișa de date a achiziției ar fi restrictive sau disproporționate raportat la obiectul și complexitatea contractului atribuit și restricționează participarea operatorilor economici la procedura, Comisia de soluționare a contestației nu a înțeles să motiveze caracterul restrictiv al fiecărui criteriu de calificare în parte, limitându-se la simple afirmații potrivit cărora autoritatea contractantă „aduce încălcări scopului prevăzut de art. 2 alin. 1 lit. a) din OUG nr. 34/2006, acela de a promova concurența între operatorii economici”, iar „cerințele minime de calificare sunt de natura celor care restricționează participarea operatorilor economici la procedura de atribuire”, afirmații în susținerea cărora, AM PODCA invocă o serie de prevederi legale, care, au fost motivate în cele ce urmează, nefiind aplicabile procedurii de atribuire în cauză.

Cu privire la cerințele de calificare impuse prin Fișa de date a achiziției învederează următoarele:

În primul rând, necesitatea ca cel puțin doi experți cheie să aibă experiența profesională în cel puțin un proiect adresat administrațiilor publice, rezultă încă din denumirea obiectului contractului: Organizare workshop „Performanță în administrație prin colaborare interinstituțională”. Scopul derulării procedurii de achiziție publică constă în selectarea unui prestator de servicii competitiv care să asigure derularea profesională a workshop-ului, urmărindu-se ca activitățile desfășurate să aibă ca rezultat final - persoane din cadrul administrațiilor publice locale instruite în sensul dezvoltării și îmbunătățirii cadrului instituțional și al creșterii performanței administrative.

Este evident că, în vederea intrării capacității administrative a autorităților publice locale este necesară desfășurarea activității de instruire a participanților de către persoane cu experiența profesională în proiecte adresate administrațiilor publice, o experiența în domeniul privat fiind cu totul lipsită de relevanță raportat la obiectul contractului de achiziție.

Având în vedere complexitatea și obiectul contractului ce urmează a fi atribuit impunerea unei astfel de cerințe nu este de natura să restricționeze accesul operatorilor economici la procedura de atribuire și nicidecum nu se vrea încălcarea principiului tratamentului egal sau principiul proporționalității, ci prin acestea autoritatea contractantă dorește să se asigure că atribuirea contractelor de achiziție publică se va face unor ofertanți care dispun în mod efectiv de o experiența suficientă în domeniu, doar astfel fiind capabili să ducă la bun sfârșit cerințele contractuale.

De asemenea, conform prevederilor din Fișa de date a achiziției este necesar ca cel puțin doi experți cheie să aibă experiența profesională în cel puțin un proiect finanțat din fonduri europene. Această cerință are la baza necesitatea unei experiențe similare a ofertantului în raport cu natura contractului ce urmează a fi atribuit, drept pentru care nu o puteau considera lipsită de relevanță sau disproporționată față de obiectul și complexitatea contractului. Achiziționarea serviciilor unui prestator cu experiență în proiecte finanțate din fonduri europene urmărește doar să asigure realizarea concretă a contractului de achiziție publică și capacitatea de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia și nu să restricționeze accesul operatorilor economici.

La stabilirea caracterului restrictiv al cerințelor minime de calificare și de selecție s-a avut în vedere punctul de vedere al ANRMAT transmis AM PODCA prin adresa nr. 7390/11.05.2012 punct de vedere care nu poate fi reținut întrucât accentuează incidența prevederilor art. 178, prevederi inaplicabile asupra contractului de achiziție în cauză. Potrivit legii, s-ar considera a fi disproporționată în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit o cerință minimă de calificare conform căreia suma valorilor/cantităților de produse furnizate, servicii prestate și lucrări executate, incluse în contractul/contractele prezentat/prezentate de către operatorul economic ca dovadă a experienței lui similare, depășește valoarea/cantitatea de produse/servicii/lucrări ce vor fi furnizate/prestate/executate în baza contractului care urmează să fie atribuit. În ipoteza analizată, nu aveau de-a face cu o astfel de condiție disproporționată sau restrictivă, ci doar cu necesitatea dovedirii experienței similare de către ofertant.

Prevederile referitoare la experiența similară nu sunt nici pe departe de natura restrictivă întrucât programul de formare are ca subiecte cadru: rolul administrațiilor publice în formularea politicilor publice, managementul resurselor umane; politici publice și parteneriatul public privat - dezvoltarea durabilă a partenerilor ațelor, egalitatea de șanse în formarea partenerilor ațelor; comunicare și colaborare eficientă, iar scopul desfășurării workshop-urilor constă, conform prevederilor Caietului de sarcini, în găsirea posibilităților de colaborare între administrațiile publice privind direcțiile posibile de dezvoltare, dar și a posibilităților de colaborare cu alți actori socio-economici. De asemenea, după organizarea workshop-urilor cei 40 de participanți pot contribui la implementarea proiectelor de dezvoltare a teritoriilor vizate, sens în care este necesar să fi dobândit în urma instruirii desfășurate: cunoștințe teoretice și practice în domeniul planificării strategice, conținutul unei strategii de dezvoltare; concepte și principii de dezvoltare durabilă și de mediu - conservarea valorilor locale; cunoștințe de bază despre liniile de finanțare europene și despre mecanismele specifice managementului de proiecte, precum și despre formarea PPP locale/regionale finanțate din fonduri europene; achiziția publică a documentelor strategice și managementul financiar.

Asigurarea instruirii depline a funcționarilor publici în aceste materii, instruire ce are ca finalitate, maximizarea șanselor implementării cu succes a strategiilor și politicilor publice din domeniul funcției publice, impune ca element prioritar un nivel ridicat de pregătire profesională al formatorilor. De aceea, având în vedere complexitatea workshop-urilor organizate pentru dobândirea performanței în administrație prin colaborare inter instituțională, prin care se urmărește inclusiv instruirea participanților în vederea implementării ulterioare a unor proiecte de dezvoltare a teritoriilor finanțate din fonduri europene, este firesc a se pretinde ca ofertantul să aibă experiența profesională în cel puțin un proiect finanțat din fonduri europene.

Pe de altă parte, workshop-urile pentru formarea profesională a funcționarilor publici din cadrul administrațiilor publice locale nu au fost desfășurate decât în cadrul unor programe de formare organizate la nivel național, susținute cu bani proveniți din fonduri europene, drept pentru care condiția impusă apare ca fiind necesară și firească.

O alta cerință impusă de prevederile Fișei de date se refera la necesitatea deținerii a cel puțin un expert cheie care a primit acest titlu într-o țară din UE. Autoritatea contractantă a impus o astfel de condiție deoarece în materia achizițiilor publice, legislația națională se completează cu reglementari specifice spațiului european în domeniu, reprezentate, în principal, prin Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii.

În acest context, învederează că cerința dobândirii titlului de expert în orice țară din spațiul european este absolut firească, urmărindu-se prin impunerea sa ca serviciile de formare profesională achiziționate să contribuie la atingerea obiectivelor și rezultatelor estimate și să fie prestate de persoane certificate, ce conferă garanția cunoașterii legislației naționale aplicabile, dar și a reglementarilor specifice spațiului european. De asemenea, însăși România este stat membru al Uniunii Europene, drept pentru care apreciază ca nu este vorba despre o limitare din punct de vedere al spațiului geografic, dimpotrivă, cerința solicitată prin prevederile Fișei de date conferă ofertantului posibilitatea de a demonstra obținerea titlului de expert în orice stat membru al Uniunii Europene, inclusiv România.

În fapt, această cerință reprezintă o manifestare a principiului recunoașterii reciproce, de care autoritatea contractantă este ținută în procesul de atribuire, principiu în temeiul căruia aceasta este obligată la acceptarea și a unor documente sau certificate emise de autorități competente din state membre ale Uniunii Europene.

Conform prevederilor Fișei de date se prevede de asemenea ca expertul cheie care a dobândit acest titlu într-o țară din UE trebuie să aibă experiența profesională în cel puțin un proiect de formare în UE. Cu privire la această ultimă condiție, enunță din nou, așa cum rezultă și din cuprinsul Notei justificative privind cerințele minime de calificare, finalitatea majoră pe care autoritatea contractantă o urmărește prin atribuirea contractului de achiziție a serviciilor de formare profesională, și anume garantarea îndeplinirii acestuia în conformitate cu cerințele caietului de sarcini de către formatori cu un ridicat nivel al pregătirii profesionale care să poată oferi în același timp și o perspectivă europeană despre dezvoltarea strategică a unei regiuni.

Reiterează, de asemenea, posibilitatea extinsă a ofertanților de a dovedi experiența dobândită în cel puțin un proiect de formare profesională în orice stat membru al Uniunii Europene, inclusiv România, precum și existența în fapt a unei obligații a autorității contractante de a permite dobândirea experienței pe piața Uniunii Europene, ca efect al principiului recunoașterii reciproce. În ceea ce privește celelalte argumente invocate în Nota de stabilire a corecției financiare, precum și motivarea deciziei de respingere a contestației administrative, învederează următoarele:

În Nota de stabilire a corecțiilor financiare încheiată la data de 04.09.2012 nu se regădesc justificări privind aplicabilitatea motivelor de drept invocate, și anume a prevederilor art. 178 alin. 2, art. 179 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice, precum și art. 8 alin. 1 și 2 din H.G. nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din OUG nr. 34/2006.

Prin însăși Nota de stabilire a corecțiilor financiare încheiată la data de 04.09.2012 a fost reprodusă motivarea Deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (CNȘC) nr. 4857/C9/5379 din 09.11.2011, precum și a Deciziei CNȘC nr. 4881/C5/5515 din 10.11.2011, prin care CNȘC și-a declinat competența invocând faptul că serviciile achiziționate fac parte din categoria celor incluse în anexa 2B din OUG nr. 34/2006 și ca urmare nu se supun obligativității respectării ordonanței menționate și nici nu intra în sfera de competență a CNȘC.

Referitor la aplicarea prevederilor art. 16 din OUG nr. 34/2006 care exceptează procedura de atribuire a contractului de achiziție servicii de formare profesională de la domeniul de aplicare a legislației privind achizițiile publice, nu putem considera corecte susținerile AM PODCA potrivit cărora prin inițierea unei proceduri de achiziție publică de licitație deschisă, astfel cum autoritatea contractantă a indicat în Anunțul de participare nr. 130321/14.09.2011, Secțiunea IV, precum și în cadrul Fișei de date a achiziției, aceasta nu se mai poate prevala de excepția reglementată de art. 16.

Dimpotrivă, autoritatea contractantă a menționat prin documentația de atribuire în mod corect, procedura de licitație deschisă derulată cu aplicarea prevederilor OUG nr. 34/2006, tocmai ca urmare a încadrării sale la art. 16 din ordonanța în discuție.

În conformitate cu art. 16 alin. 1 din OUG nr. 34/2006, contractelor de achiziție publică având ca obiect - servicii de formare profesională incluse în categoria celor enumerate la anexa 2B din OUG nr. 34/2006 li se aplică prevederile ordonanței de urgență „numai pentru contracte a căror valoare este mai mare sau egală cu cea prevăzută la art. 57 alin. (2) și se limitează la prevederile art. 35-38 și art. 56 și la aplicarea pe tot parcursul procedurii de atribuire a principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)”. Prin urmare, aceste contracte de servicii constituie excepții de la domeniul de aplicare a legislației privind achizițiile publice, cu precizarea ca numai pentru contractele a căror valoare este mai mare sau egală cu cea prevăzută la art. 57 alin. (2), aplicabilitatea ordonanței de urgență este limitată la prevederile art. 35-38 și art. 56 și la aplicarea pe tot parcursul procedurii de atribuire a principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2). Raportat la norma ce reglementează valoarea contractului, Nota de stabilire a corecției financiare indică o valoare a contractului de 49.050,00 lei fără TVA care este sub pragul prevăzut la art. 57 alin. 2 (125.000 euro).

Rezultă că, potrivit art. 16, autoritatea contractantă nu avea obligația de aplicare a celorlalte prevederi din Ordonanță, iar Comisia de Soluționare a Contestației constituită în cadrul Direcției pentru Dezvoltarea Capacității Administrative a interpretat în mod greșit prevederile art. 16 atunci când a apreciat ca aceste dispoziții legale impun autorității contractante obligația aplicării pe tot parcursul procedurii a principiilor prevăzute la art. 2 alin. 2. Din acest punct de vedere, observăm că echipa de control din cadrul Direcției pentru Dezvoltarea Capacității Administrative a aplicat autorității contractante o corecție financiară având ca temei de drept, în mod greșit, dispozițiile art. 178 alin. 2 și cele ale art. 179 alin. 2 din OUG nr. 34/2006, coroborate art. 8 alin. 1 și 2 din HG nr. 925/2006, prevederi a căror respectare nu era și nu este obligatorie în conformitate cu legislația în vigoare.

Punctul de vedere al ANRMAP transmis AM PODCA sub nr. 7390/CT/2012 nu poate fi invocat în măsura în care accentuează incidența prevederilor art. 178, prevederi inaplicabile asupra contractului de achiziție în cauză. După cum a motivat mai sus, în cuprinsul Notei de stabilire a

corecției financiare și în legislația în vigoare nu se regăsesc justificări privind aplicabilitatea prevederilor legale invocate ca temei de drept al stabilirii corecțiilor, și anume, art. 178 alin. 2 și art. 179 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 sau art. 8 alin. 1 și 2 din H.G. nr. 925/2006, în condițiile în care aceste prevederi se aplică unor alte proceduri decât cele desfășurate în vederea atribuirii contractelor de achiziție publică a serviciilor de formare profesională.

Comisia de soluționare a contestațiilor constituita la nivelul Direcției pentru Dezvoltarea Capacității Administrative a reținut că forma și conținutul notei de control reglementată de art. 6 alin. 1 din HG nr. 875/2011 se stabilesc de fiecare autoritate cu competențe în gestionarea fondurilor europene, în funcție de specificul activității sale.

Într-adevăr, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. 2 din HG nr. 875/2006 „forma și conținutul notei de control reglementată la alin. 1 sunt stabilite de fiecare autoritate cu competențe în gestionarea fondurilor europene, în funcție de specificul activității sale”. Însă trebuie avut în vedere că hotărârea menționată cuprinde norme metodologice emise în aplicarea OUG nr. 66/2011, ceea ce înseamnă că autoritatea cu competențe în gestionarea fondurilor europene își va stabili conținutul propriei note de control, bineînțeles, cu obligația de a insera cel puțin elementele minime indicate prin prevederile OUG nr. 66/2011.

Drept urmare, echipa de control din cadrul Direcției pentru Dezvoltarea Capacității Administrative avea obligația de aplicare a prevederilor art. 21 alin. 21 din OUG nr. 66/2011, în conformitate cu care: „Procesul-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanței bugetare trebuie să conțină următoarele elemente: denumirea autorității emitente, data la care a fost emis, datele de identificare a debitorului sau a persoanei împuternicite de debitor, cuantumul creanței bugetare stabilite în urma constatărilor, motivele de fapt, temeiul de drept, numele și semnătura conducătorului autorității emitente, stampila autorității emitente, posibilitatea de a fi contestat, termenul de depunere a contestației și autoritatea la care se depune contestația, mențiuni privind punctul de vedere al debitorului și poziția exprimată de structura de control competentă, ca urmare a aplicării prevederilor alin. (14) și (15).”

Din analiza Notei de stabilire a corecției financiare încheiată rezultă că aceste prevederi legale nu au fost respectate întrucât nu a fost indicată posibilitatea de contestare a procesului verbal de stabilire a creanței bugetare, termenul limita și nici autoritatea la care se poate depune contestația. Art. 34 alin. 2 din OUG nr. 66/2011 prevede că *Titlul de creanță trebuie comunicat debitorului în termen de 3 zile lucrătoare de la data emiterii*. S-a constatat și în ceea ce privește aceasta obligație legală că Direcția Generală din cadrul Autorității de Management pentru Programul Operațional „Dezvoltarea Capacității Administrative” a încheiat Nota de stabilire a corecției financiare în data de 04.09.2012, iar Adresa de comunicare a acesteia a fost înaintată în data de 18.09.2012, depășindu-se astfel termenul legal de 3 zile prevăzut de OUG nr. 66/2011 pentru comunicarea proceselor verbale de stabilire a creanței bugetare. Viciile mai sus indicate în întocmirea Notei de constatare atrag, fiecare dintre ele, sancțiunea anularii titlului de creanță, pentru nerespectarea unor obligații de forma și procedura imperativ prevăzute de lege.

În drept au fost invocate prevederile art. 1 alin. 1, art. 8 alin. 1 din Legea nr. 554/2004, art. 21 alin. 20 și 21, art. 27 alin. 1, art. 34 alin. 2, art. 51 din O.U.G. nr. 66/2011, art. 16 și art. 57 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006. În probațiune au fost depuse înscrisuri.

Analizând actele și lucrările dosarului, Curtea reține următoarele:

Prin Nota de stabilire a corecției financiare încheiată la data de 04.09.2012 de către pârâtul Ministerul Administrației și Internelor - Direcția Pentru Dezvoltarea Capacității Administrative s-a reținut ca reclamanta UAT Jud. Covasna - în calitate de beneficiar - a lansat procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de servicii de formare profesională (organizare workshop

„Performanța în administrație prin colaborare interinstituțională”) prin anunțul de participare nr. 130321/14.09.2011 iar prin documentația de atribuire nr. 8552/12.09.2011 aferentă anunțului de participare s-a menționat ca procedura de atribuire aceea a „licitației deschise”.

Prin nota justificativă nr. 4871/24.05.2011 beneficiarul a stabilit cerințele minime de calificare și anume: V.4.2 Informații privind experiența similară: „Ofertantul...trebuie să aibă cel puțin un an experiență în domeniu (organizare de cursuri pentru autorități publice locale) și: V.4.3. Informații privind personalul tehnic de specialitate și acreditarea ofertantului: ”să dețină cel puțin doi experți cheie care îndeplinesc următoarele criterii: studii superioare și experiență profesională în cel puțin un proiect adresat administrațiilor publice și finanțat din fonduri europene; să dețină cel puțin un expert cheie care a primit titlul de expert într-o țară din U.E. și are experiența profesională de cel puțin un proiect de formare în U.E.”

La procedura de atribuire a participat un singur ofertant (Asociația MUTF - Odorheiul Secuiesc), în urma deschiderii ofertelor fiind încheiat ulterior contractul de achiziție publică nr. 13/23.01.2012 în valoare totală de 49.050 lei fără TVA. Prin aceeași Nota s-a mai reținut că AM PODCA a apreciat că prin impunerea îndeplinirii criteriilor de calificare susmenționate autoritatea contractantă a restricționat accesul altor operatori economici care nu au derulat proiecte în cadrul PODCA dar care au același obiect de activitate și au derulat acele activități pe alte programe operaționale sau chiar în afara unui program operațional. De asemenea, solicitarea referitoare la tipul de beneficiar și sursa de finanțare limitează dreptul unor operatori economici ai căror experți nu au fost implicați în derularea unor proiecte adresate administrațiilor publice și care nu au fost finanțate din fonduri europene.

S-a mai reținut că aceste cerințe sunt restrictive și disproporționate în raport cu obiectul și mai ales complexitatea contractului de achiziție publică fiind încălcate astfel prevederile art. 178 alin. 2, art. 179 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 coroborate cu prevederile art. 8 alin. 1 și alin. 2 din H.G. nr. 925/2006 cu completările și modificările ulterioare. Prevederile art. 16 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare specifică faptul că autoritatea contractantă care atribuie un contract ce are ca obiect prestarea de servicii din categoria celor incluse în anexa nr. 2B are obligația de a respecta prevederile art. 35-38 și ale art. 56 din O.U.G. nr. 34/2006 .

A fost stabilită o corecție financiară de 4905 lei reprezentând 10% din valoarea de atribuire a contractului de achiziție publică, din care: - contribuție U.E. 4.169,25 lei - 85%; contribuție publică națională: 735,75 lei - 15% din care: contribuție de la bugetul de stat: 635,69 lei - 12,96% și contribuția beneficiarului - 100,06 lei - 2,04%. Prin adresa înregistrată sub nr. 2236.256/19.09.2012 și comunicată contestatoarei - au fost îndreptate anumite erori materiale identificate în Nota de Stabilire a Corecțiilor financiare susmenționată (fila 27 dosar Curte).

Împotriva acestei Note de Stabilire a corecțiilor financiare a fost formulată contestație înregistrată la pârât sub nr. 2236737/17.10.2012 de către beneficiarul Consiliul Județean Covasna iar prin Decizia internă nr. 11/658/19.11.2012 această contestație a fost respinsă. (acte filele 18-25 dosar Curte). S-a reținut de către pârâtul M.A.I. - Autoritatea de Management pentru Programul operațional „Dezvoltarea Capacității Administrative” că: Procedura de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică nr. 13/23.01.2012, în valoare de 49.050 lei, fără T.V.A., având ca obiect „organizare workshop "Performanță în administrație prin colaborare interinstituțională” pentru derularea proiectului cod SMIS 13208, încheiat cu Asociația MUTF - Centrul de pregătire profesională, cu o durată de la data de 23.01.2012 până la data de 17.05.2012.

Din analiza documentelor au rezultat următoarele încălcări/neconformități în raport cu prevederile legale în materia achizițiilor publice: Consiliul Județean Covasna, în calitate de autoritate contractantă, a atribuit Asociației MUTF - Centrul de pregătire profesională, contractul de achiziție

publică nr. 13/23.01.2012, având ca obiect „organizare workshop Performanță în administrație prin colaborare interinstituțională, pentru derularea proiectului cod SMIS 13208, cu încălcarea dispozițiilor art. 178 alin. (2) și art. 179 din O.U.G, nr, 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, având ca efect încălcarea prevederilor art. 2 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din O.U.G, nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare. Precizează că art. 178 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, reprezintă transpunerea a art. 44 alin (2) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului.

În fapt, în Fișa de date a achiziției, parte a documentației de atribuire, autoritatea contractantă a inclus următoarele cerințe minime de calificare restrictive:

V.4.2. Informații privind experiența similară: “Ofertantul trebuie să aibă cel puțin un an experiență în domeniu (organizare de cursuri pentru autorități publice locale)

V.4.3. Informații despre personalul tehnic de specialitate și acreditarea ofertantului:

- „să dețină cel puțin doi experți cheie care îndeplinesc următoarele criterii: studii superioare și experiență profesională în cel puțin un proiect adresat administrațiilor publice și finanțat din fonduri europene.

- să dețină cel puțin un expert cheie care a primit titlul de expert într-o țară din UE și are experiență profesională de cel puțin un proiect de formare în UE”.

Prin impunerea îndeplinirii acestor cerințe de calificare, autoritatea contractantă a adus încălcări ale scopului prevăzut de art. 2 alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, acela de a promova concurența între operatorii economici. Precizează că art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, reprezintă transpunerea art. 2 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului.

Impunerea de către autoritatea contractantă a unor cerințe minime de calificare prin care se solicită demonstrarea îndeplinirii capacității tehnice și/sau profesionale prin prezentarea experienței profesionale în domeniul administrației publice este restrictivă și contravine prevederilor legale menționate anterior. Prin urmare, cerințele minime de calificare menționate mai sus sunt de natura celor care restricționează participarea operatorilor economici la procedura de atribuire, fiind impuse cu încălcarea dispozițiilor art. 178 alin. (2) și ale art. 188 alin. (1) lit. d) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, care reprezintă transpunerea art. 44 alin, (2) și art. 48 alin. (2) lit. e) din Directiva 2004/1 O/CE, referitoare la promovarea concurenței între operatorii economici.

Potrivit art. 179 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit în acest sens, cerințele minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia.

La stabilirea caracterului restrictiv al cerințelor minime de calificare și selecție utilizate de autoritatea contractantă prin sintagma "finanțat/realizat din fonduri europene" a fost avut în vedere și punctul de vedere al ANRMAT transmis AM- PODCA prin adresa nr. 7390/11.05.2012, conform căruia: "Impunerea de către autoritatea contractantă a unor cerințe minime de calificare prin care se solicită demonstrarea îndeplinirii capacității tehnice și/sau profesionale prin prezentarea unui contract finanțat din fonduri europene/fonduri europene nerambursabile, conduce, în opinia noastră, la restricționarea participării la procedura de atribuire, restrângând în mod arbitrar și nejustificat participarea oricărui operator economic în procedura de achiziție

publică, devenind incidente prevederile art. 178 alin. (2) din OUG nr. 34/2006. În acest sens, o cerință nerestrictivă ar putea fi prezentarea unui contract fără a se preciza în mod expres sursa de finanțare.”

De asemenea, potrivit adresei ANRMAP nr. 10928/LDV/2012 transmisă instituției noastre în data de 07.08.2012 “cerința privind sursa de finanțare poate fi admisă și se va justifica în Nota justificativă privind cerințele de calificare, prin corelarea cu activitățile pe care le va derula în cadrul actualului contract, cerința menținându-se doar în cazul în care atribuțiile diferă în funcție de tipul finanțării, în caz contrar se va elimina, fiind excesivă și restrictivă. Cu alte cuvinte, justificarea se va face în corelare cu atribuțiile din caietul de sarcini, din care să rezulte că natura activităților diferă în funcție de tipul finanțării.”

Referitor la aplicarea prevederilor art. 16 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, consideră ca prin inițierea unei proceduri de achiziție publică de licitație deschisă, astfel cum autoritatea contractantă a indicat în Anunțul de participare nr. 130321/14.09.2011, Secțiunea IV, precum și în cadrul fișei de date a achiziției, Secțiunea IV „Procedura”, aceasta nu se mai poate prevala de excepția prevăzută în articolul mai-sus menționat. De asemenea, precizează faptul că O.U.G 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, prevede aplicarea, pe tot parcursul procedurii a principiilor prevăzute la art.2, alin.2.

În conformitate cu art.6 din H.G. nr.875/2011 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor Ordonanței de Urgență a Guvernului nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, „...în situația în care autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene identifică, ca urmare a verificărilor administrative și la fața locului, o posibilă abatere, pentru confirmarea căreia sunt necesare investigații suplimentare, acestea pot solicita structurilor de control prevăzute la art.20 din ordonanță investigarea caracterului eligibil al sumelor solicitate la plată/rambursate de beneficiar, înainte ca aceste sume să fie acordate beneficiarului, iar rezultatul acestei investigații suplimentare este consemnat într-o notă de control. (2) Forma și conținutul notei de control prevăzute la alin. (1) sunt stabilite de fiecare autoritate cu competențe în gestionarea fondurilor europene, în funcție de specificul activității sale.”

Temeiul de drept: art. 2, alin. (1) lit. a) și alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare;

- art. 178 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare: “Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire.”

- art. 179 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare: “Autoritatea contractantă are obligația respectării principiului proporționalității atunci când se stabilesc criteriile de calificare și selecție iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit. În acest sens nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia”.

- art. 188 alin. (1) lit. d) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare;

- art. 8 alin. (1) lit. b) din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare: “(1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care sunt disproportionale în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit”.

- art.6 din H.G. nr.875/2011 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor Ordonanței de Urgență a Guvernului nr.66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora:

1) În aplicarea art.7 alin.(1) din ordonanța, în situația în care autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene identifică, ca urmare a verificărilor administrative și la fața locului, o posibilă abatere, pentru confirmarea căreia sunt necesare investigații suplimentare, acestea pot solicita structurilor de control prevăzute la art.20 din ordonanța investigarea caracterului eligibil al sumelor solicitate la plata/rambursare de beneficiar, înainte ca aceste sume să fie acordate beneficiarului iar rezultatul acestei investigații suplimentare este consemnat într-o nota de control.

2) Forma și conținutul notei de control prevăzute la alin (1) sunt stabilite de fiecare autoritate cu competențe în gestionarea fondurilor europene, în funcție de specificul activității sale."

Prezenta decizie la nivelul Autorității de Management pentru Programul Operațional "Dezvoltarea Capacității Administrative" este definitivă, și poate fi atacată, în termen de 6 luni de la data comunicării la instanța judecătorească de contencios administrativ, potrivit legislației naționale în vigoare. Contestatoarea susține că Nota de stabilire a corecției financiare încalcă dispozițiile art. 21 alin. 21 și art. 34 alin. 2 din O.U.G. nr. 66/2011. Această susținere nu poate fi reținută. Se constată de către instanța că Nota susmenționată cuprinde toate elementele identificate în textul art. 21 alin. 21 din O.U.G. nr. 66/2011 respectiv „denumirea autorității emitente, data la care a fost emis, datele de identificare a debitorului sau a persoanei împuternicite de debitor, cuantumul creanței bugetare stabilite în urma constatărilor, motivele de fapt, temeiul de drept, numele și semnătura conducătorului autorității emitente, ștampila autorității emitente..., mențiuni privind punctul de vedere al debitorului și poziția exprimată de structura de control competentă, ca urmare a aplicării prevederilor alin. (14) și (15)".

Chiar dacă mențiunile vizând „posibilitatea de a fi contestat, termenul de depunere a contestației și autoritatea la care se depune contestația” prevăzute de același text legal, lipsesc, este de subliniat ca aceasta omisiune nu determină nulitatea actului contestat, în condițiile în care contestatoarea a uzat de calea de atac - înregistrată la autoritatea competentă - iar dispozițiile art. 6 alin. 2 din H.G. 875/2011 acordă dreptul fiecărei autorități cu competențe în gestionarea fondurilor europene de „a stabili forma și conținutul notei de control...în funcție de specificul activității sale”.

În ceea ce privește art. 34 alin. 2 din O.U.G. nr. 66/2011 , potrivit cu care” ...(2) Titlul de creanță se comunică debitorului în termen de 3 zile lucrătoare de la data emiterii”... Curtea reține că în cuprinsul Notei de Stabilire a corecțiilor financiare pârâtul a considerat ca „nu este necesară emiterea unui titlu de creanță..” și că „se vor valorifica corespunzător rezultatele procesului de stabilire a procentului corecției financiare, de către reprezentanții Unității de Validare din cadrul AM PODCA, utilizând mecanismul deducerii din plățile solicitate de beneficiar”. Așa fiind, nu era necesară comunicarea către contestatoare a unui titlu de creanță care în fapt nici nu a fost emis, pentru a fi atacat în termenul prevăzut de art. 34 alin. 2 susmenționat. Deci, critica vizând încălcarea acestui text de lege nu este fondată. Nici restul criticilor aduse actelor atacate nu pot fi reținute.

Din examinarea înscrisurilor depuse la dosar rezultă că criteriile minime de calificare prevăzute de autoritatea contractantă din fișa de date a achiziției nu respectă cerințele art. 178 alin. 2, art. 179 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 coroborate cu prevederea art. 8 alin. 1 și alin. 2 din H.G. nr. 925/2006 cu completările și modificările ulterioare. Potrivit art. 178 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 „ (1) în cazul în care, pentru criteriile de natura celor prevăzute la art. 176 lit. c) și d), autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați, atunci aceste

cerințe trebuie să fie precizate, conform principiului transparenței, în cadrul invitației/anunțului de participare.”

Alin. 2 din același act normativ prevede că „(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire.” Potrivit art. 179 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 „(2) Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul cerințelor minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească.”

Se observa ca alin. 2 susmenționat nu prevede excepții de la sfera sa de aplicabilitate - determinate de natura contractului, valoarea acestuia sau obiectul sau (astfel cum eronat susține contestatoarea) întrucât principiile care trebuie să stea la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt „tratamentul egal” și „ proporționalitatea” (art. 2 alin. 2 lit.”e” din O.U.G. nr. 34/2006). Așa fiind, este corectă concluzia Comisiei de soluționare a contestației în sensul încălcării tuturor textelor de lege prevăzute în Nota de stabilire a corecțiilor financiare și în Decizia nr. II/658/19.11.2012, întrucât aceste texte sunt pe deplin aplicabile în speță.

Excepțiile de la sfera de aplicare a O.U.G. nr. 34/2006 - în integralitatea ei - sunt strict și limitativ prevăzute de acest act normativ, iar contractul de achiziție publică în discuție nu se încadrează în aceste excepții (Secțiunea a 2-a din .O.U.G.). Este eronată susținerea reclamantului în sensul ca art. 16 din O.U.G. nr. 34/2006 reprezintă o norma de excepție în ceea ce privește aplicarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. 2 din actul normativ, în raport de dispozițiile art. 17 din același act normativ potrivit cu care este instituită obligația autorității contractante de a „respecta principiile prevăzute la art. 2 alin. 2 în relația cu operatorii interesați să participe la procedura de atribuire”. Faptul că valoarea contractului de achiziție publică din prezenta cauză este inferioară pragului prevăzut de art. 57 alin. 2 din O.U.G nr. 34/2004 nu exclude aplicabilitatea principiilor prevăzute de art. 2 alin. 2, întrucât o concluzie contrară ar duce și la încălcarea dreptului comunitar. Din jurisprudența constantă a Curții Europene de Justiție rezultă că normele fundamentale ale Tratatului și în special principiul egalității de tratament trebuie să fie respectate.

Prin Hotărârea din 15 mai 2008, SECAP și Santorso (C-147/06 și C-148/06) s-a decis ca elementul de diferențiere, în raport cu contractele a căror valoare depășește pragul stabilit prin Dispozițiile Directivei 2004/18, este acela că numai acestea din urma sunt supuse procedurilor speciale și riguroase prevăzute de aceste dispoziții. Aceasta interpretare este confirmată de considerentul (2) al Directivei 2004/18 ,care arată ca atribuirea tuturor contractelor de achiziții publice încheiate în statele membre în numele unor entități având calitatea de „autoritate contractantă” trebuie să respecte normele de baza ale Tratatului ,și anume acelea privind libera circulație a produselor și serviciilor,precum și dreptul de stabilire,și principiile fundamentale care rezulta din acestea,in special principiile egalității de tratament, proporționalității și transparenței.

Principiul egalității de tratament între ofertanți are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective și impune ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în elaborarea ofertelor lor iar principiul transparenței are ca scop în esență să garanteze că este înlăturat riscul de favoritism și de comportament arbitrar din partea autorității contractante, astfel încât acesta presupune ca toate condițiile și modalitățile procedurii de atribuire să fie formulate clar, precis și univoc în anunțul de participare sau caietul de sarcini. (HOTARIREA Comisia/CAS Succhi di Frutta C-496/99). Față de cele arătate anterior, Curtea, constatând ca actele contestate sunt legale și temeinice, iar corecția financiară aplicată reclamantei respectă prevederile pct. 2 (2.3) din Anexa nr. 1 a O.U.G. nr. 64/2006 va respinge cererea de chemare în judecată formulată de reclamantă în contradictoriu cu pârâtul.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Respinge cererea de chemare în judecata formulată de reclamanta U.A.T. Jud. Covasna în contradictoriu cu pârâtul M.A.I. - Direcția Pentru Dezvoltarea Capacității Administrative, având ca obiect contestația împotriva Deciziei nr. 11/658/19.11.2012 de soluționare a contestației formulate împotriva Notei de Stabilire a corecției financiare încheiate la data de 04.09.2012 emisa de către pârât.

Definitivă. Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică azi 12.04.2013

CURTEA DE APEL BRAȘOV
SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR. 78/F
Ședința publică din 11 aprilie 2013

Pentru astăzi fiind amânată pronunțarea asupra acțiunii formulate de reclamantul JUDEȚUL COVASNA în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Administrației și Internelor - Direcția pentru Dezvoltarea Capacității Administrative, având ca obiect „anulare act administrativ”. La apelul nominal făcut în ședință publică, la pronunțare, se constată lipsa părților. Procedura îndeplinită. Dezbaterile în cauza de față au avut loc în ședința publică din 20 martie 2013, potrivit încheierii de ședință din acea zi, ce face parte integrantă din prezenta hotărâre. Instanța, în vederea deliberării, a amânat pronunțarea pentru data de 27 martie 2013, 03 aprilie 2013, 08 aprilie 2013 și apoi pentru data de 11 aprilie 2013.

CURTEA:

Asupra acțiunii de față: Constată că, prin cererea formulată la data de 7 ianuarie 2013, reclamantul Județul Covasna a solicitat, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Administrației și Internelor - Direcția pentru Dezvoltarea Capacității Administrative, anularea deciziei nr. 11/659/19.11.2012 și admiterea contestației formulate de reclamant împotriva notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. 2236055/12.09.2011, precum și anularea notei de constatare.

În motivarea acțiunii introductive, reclamantul a arătat că actele încheiate de către pârâtă sunt nelegale deoarece au încălcat dispozițiile legale. Referitor la mențiunea potrivit căreia cerințele de calificare impuse prin Fișa de date a achiziției ar fi restrictive sau disproporționate raportat la obiectul și complexitatea contractului atribuit și restricționează participarea operatorilor economici la procedura, Comisia de soluționare a contestației nu a înțeles să motiveze caracterul restrictiv al fiecărui criteriu de calificare în parte, limitându-se la simple afirmații potrivit cărora autoritatea contractanta „aduce încălcări scopului prevăzut de art. 2 alin.1 lit. a) din OUG nr. 34/2006, acela de a promova concurența între operatorii economici”, iar „cerințele minime de calificare sunt de natura celor care restricționează participarea operatorilor economici la procedura de atribuire”, afirmații în susținerea cărora, AM PODCA invocă o serie de prevederi legale, care, după cum vom motiva în cele ce urmează, nu sunt aplicabile procedurii de atribuire în cauza.

Cu privire la cerințele de calificare impuse prin Fișa de date a achiziției a învederat, în primul rând, că s-a solicitat ca ofertantul să prezinte cel puțin o referință similară că a prestat în ultimii 3 ani un serviciu similar pe POSDCA (Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Capacității Administrative). Aceasta cerința decurge din obligația ofertantului de a dovedi o experiență similară în raport cu natura contractului ce urmează a fi atribuit, garantând în această manieră îndeplinirea contractului de achiziție publică a serviciilor de formare profesională în conformitate cu cerințele caietului de sarcini. Poate fi considerat a fi disproporționat în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit numai acel criteriu de calificare în conformitate cu care suma valorilor/cantităților de produse furnizate, servicii prestate și lucrări executate, incluse în contractul/contractele prezentat/prezentate de către operatorul economic ca dovada a experienței lui similare, depășește valoarea/cantitatea de produse/serviciu/lucrări ce vor fi furnizate/presate/executate în baza contractului care urmează să fie atribuit, în documentația de atribuire publicată în vederea atribuirii contractului de servicii având ca obiect Organizarea programului de formare profesională „Expert în planificarea strategică și în implementare” nu se pune nicidecum o astfel de problema, căci nu se .pretinde mai mult decât

urmează a fi prestat, ci doar 1111 serviciu similar celui achiziționat prin procedura de achiziție publică.

În susținerea celor menționate, trebuie avut în vedere și faptul că POSDCA este singurul program care presupune derularea de activități de formare adresate administrației publice cu scopul de a dezvolta abilitățile manageriale, abilitatea de a atrage și a gestiona fonduri de dezvoltare, responsabilitatea și capacitatea de luare a deciziilor în aceste structuri. În acest context, se subliniază că cerința dovedirii desfășurării în ultimii 3 ani a unui serviciu similar pe POSDCA este absolut necesară și nu restricționează accesul la procedura de achiziție publică a altor operatori economici deoarece o astfel de experiență în relația cu operatori privați ar fi complet lipsită de relevanță raportat la obiectul contractului de achiziție. În fapt, cerința experienței similare pe POSDCA reprezintă o reluare a criteriului experienței profesionale în cel puțin un proiect adresat administrațiilor publice.

De asemenea s-a solicitat ca cel puțin doi experți cheie să aibă experiența profesională în cel puțin un proiect adresat administrațiilor publice, necesitate ce rezulta încă din denumirea Domeniului Major de Intervenție în cadrul căruia se desfășoară Proiectul, și anume, „îmbunătățirea procesului de luare a deciziilor la nivel politico-administrativ”. Prin derularea procedurii de achiziție publică, autoritatea contractantă își propune să achiziționeze servicii de formare profesională ce constau în programe specializate de pregătire pentru personalul din administrația publică, mai concret, din aparatele proprii ale Consiliilor Județene Covasna și Harghita urmărindu-se, în conformitate cu prevederile Caietului de sarcini, dezvoltarea abilităților și competențelor funcționarilor publici în domeniul managementului ciclului de proiect și lărgirea accesului la fondurile europene, îmbunătățirea cunoștințelor despre planificarea strategică și dezvoltarea durabilă. Este firesc ca, în vederea întăririi capacității administrative a autorităților publice locale să fie necesară desfășurarea cursurilor de formare a participanților de către persoane cu experiența profesională în proiecte adresate administrațiilor publice, neavând nicio relevanță raportat la obiectul contractului de achiziție o experiență în domeniul privat.

Având în vedere obiectul și complexitatea contractului ce urmează a fi atribuit impunerea unei astfel de cerințe nu este de natură să restricționeze accesul operatorilor economici la procedura de atribuire și nicidecum nu se vrea încălcarea principiului tratamentului egal sau principiul proporționalității, ci prin acestea autoritatea contractantă dorește să se asigure că atribuirea contractelor de achiziție publică se va face unor ofertanți care dispun în mod efectiv de o experiență suficientă în domeniu, doar astfel fiind capabili să ducă la bun sfârșit cerințele contractuale.

O altă cerință impusă prin prevederile din Fișa de date a achiziției se referă la necesitatea deținerii a cel puțin doi experți cheie care să aibă experiența profesională în cel puțin un proiect finanțat din fonduri europene. Nici acest criteriu nu este unul lipsit de relevanță sau disproportionat față de obiectul și complexitatea contractului, întrucât are la bază necesitatea unei experiențe similare a ofertantului. Achiziționarea serviciilor unui prestator cu experiența în proiecte finanțate din fonduri europene urmărește doar să asigure realizarea concretă a contractului de achiziție publică și capacitatea de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia și nu să restricționeze accesul operatorilor economici. La stabilirea caracterului restrictiv al cerințelor minime de calificare și de selecție s-a avut în vedere punctul de vedere al ANRMAT transmis AM POSDCA prin adresa nr. 7390/11.05.2012 punct de vedere care nu poate fi reținut întrucât accentuează incidența prevederilor art. 178, prevederi inaplicabile asupra contractului de achiziție în cauză.

Potrivit legii, s-ar considera a fi disproporționată în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit o cerință minimă de calificare conform căreia suma

valorilor/cantităților de produse furnizate, servicii prestate și lucrări executate, incluse în contractul/contractele prezentat/prezentate de către operatorul economic ca dovadă a experienței lui similare, depășește valoarea/cantitatea de produse/servicii/lucrări ce vor fi furnizate/presate/executate în baza contractului care urmează să fie atribuit, în acest context a accentuat ideea că, raportat la prevederile Fișei de date nu avem de-a face cu o astfel de condiție disproporționată sau restrictivă, ci doar cu necesitatea dovedirii experienței similare de către ofertant.

Prevederile referitoare la experiența similară nu sunt nici pe departe de natură restrictivă în măsura în care programul de formare presupune, în conformitate cu prevederile Caietului de sarcini, următoarele module de curs: cunoștințe teoretice și practice în domeniul planificării strategice și îmbunătățirii proceselor; concepte și principii de dezvoltare durabilă și de mediu - conservarea valorilor locale; conținutul strategiilor de dezvoltare; strategia și prioritățile de dezvoltare; cunoștințe de bază despre liniile de finanțare europene și despre mecanismele specifice managementului de proiecte; achiziții publice; documente strategice și management financiar. Cu alte cuvinte, desfășurarea programelor de formare are ca finalitate maximizarea șanselor implementării cu succes a strategiilor și politicilor publice din domeniul funcției publice ceea ce impune, ca element prioritar, un nivel ridicat de pregătire profesională al persoanelor care vor acorda instruire. De aceea, având în vedere obiectul cursurilor de formare profesională organizate pentru dobândirea performanței în administrație prin colaborare interinstituțională, este firesc să se pretindă că ofertantul să aibă experiența profesională în cel puțin un proiect finanțat din fonduri europene.

Pe de altă parte, cursuri pentru formare profesională în cadrul administrațiilor publice locale nu au fost desfășurate decât în cadrul unor programe de formare organizate la nivel național, susținute cu bani proveniți din fonduri europene, drept pentru care condiția impusă apare ca fiind necesară și firească.

În ceea ce privește celelalte argumente invocate în Nota de stabilire a corecției financiare, precum și motivarea deciziei de respingere a contestației administrative, a arătat că în Nota de stabilire a corecțiilor financiare încheiată la data de 04.09.2012 nu se regăsesc justificări privind aplicabilitatea motivelor de drept invocate, și anume a prevederilor art. 178 alin. 2, art. 179 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice, precum și art. 8 alin. 1 și 2 din H.G. nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din OUG nr. 34/2006. Prin însăși Nota de stabilire a corecțiilor financiare încheiată la data de 04.09.2012 a fost reprodusă motivarea Deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (CNSC) nr. 4881/C5/5515 din 10.11.2011, pronunțată ca urmare a contestației depusă de către un alt participant la procedura de achiziție publică (SC Profiles Internațional SRL), prin care CNSC și-a declinat competența invocând faptul că serviciile achiziționate fac parte din categoria celor incluse în anexa 2B din OUG nr. 34/2006 și ca urmare nu se supun obligativității respectării ordonanței menționate și nici nu intră în sfera de competență a CNSC.

Referitor la aplicarea prevederilor art. 16 din OUG nr. 34/2006 care exceptează procedura de atribuire a contractului de achiziție servicii de formare profesională de la domeniul de aplicare a legislației privind achizițiile publice, reclamantul a arătat că nu consideră corecte susținerile AM PODCA potrivit cărora prin inițierea unei proceduri de achiziție publică, astfel cum autoritatea contractantă a indicat în Anunțul de participare nr. 129939/08.09.2011, Secțiunea IV, precum și în cadrul Fișei de date a achiziției, aceasta nu se mai poate prevala de excepția reglementată de art. 16. Dimpotrivă, autoritatea contractantă a menționat prin documentația de atribuire în mod corect, procedura de licitație deschisă derulată în temeiul OUG nr. 34/2006, tocmai ca urmare a încadrării sale la art. 16 din ordonanța în discuție. În conformitate cu art. 16 alin. 1 din OUG nr.

34/2006, contractelor de achiziție publică având ca obiect - servicii de formare profesională incluse în categoria celor enumerate la anexa 213 din OUG nr. 34/2006 li se aplica prevederile ordonanței de urgență „numai pentru contracte a căror valoare este mai mare sau egala cu cea prevăzută la art. 57 alin. (2) și se limitează la prevederile art. 35-38 și art. 56 și la aplicarea pe tot parcursul procedurii de atribuire a principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)”. Prin urmare, aceste contracte de servicii constituie excepții de la domeniul de aplicare a legislației privind achizițiile publice, cu precizarea că numai pentru contractele a căror valoare este mai mare sau egala cu cea prevăzută la art. 57 alin. (2), aplicabilitatea ordonanței de urgență este limitată la prevederile art. 35-38 și art. 56 și la aplicarea pe tot parcursul procedurii de atribuire a principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2).

Raportat la norma ce reglementează valoarea contractului, Nota de stabilire a corecției financiare indica o valoare a contractului de 102.400,00 lei fără TVA care este sub pragul prevăzut la art. 57 alin. 2 (125.000 euro). Rezulta ca, potrivit art. 16 autoritatea contractantă nu avea obligația de aplicare a celorlalte prevederi din Ordonanța, iar Comisia de Soluționare a Contestației constituită în cadrul Direcției pentru Dezvoltarea Capacității Administrative a interpretat în mod greșit prevederile art. 16 atunci când a apreciat că aceste dispoziții legale impun autorității contractante obligația aplicării pe tot parcursul procedurii a principiilor prevăzute la art. 2 alin. 2. Din acest punct de vedere, echipa de control din cadrul Direcției pentru Dezvoltarea Capacității Administrative a aplicat autorității contractante o corecție financiară având ca temei de drept, în mod greșit, dispozițiile art. 178 alin. 2 și cele ale art. 179 alin. 2 din OUG nr. 34/2006, coroborate art. 8 alin. 1 și 2 din HG nr. 925/2006, prevederi a căror respectare nu era și nu este obligatorie în conformitate cu legislația în vigoare.

Punctul de vedere al ANRMAP transmis AM PODCA sub nr. 7390/CT/2012 nu poate fi invocat în măsura în care accentuează incidența prevederilor art. 178, prevederi inaplicabile asupra contractului de achiziție în cauză. În cuprinsul Notei de stabilire a corecției financiare și în legislația în vigoare nu se regăsesc justificări privind aplicabilitatea prevederilor legale invocate ca temei de drept al stabilirii corecțiilor, și anume, art. 178 alin. 2 și art. 179 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 sau art. 8 alin. 1 și 2 din H.G. nr. 925/2006, în condițiile în care aceste prevederi se aplică unor alte proceduri decât cele desfășurate în vederea atribuirii contractelor de achiziție publică a serviciilor de formare profesională.

Comisia de soluționare a contestațiilor constituită la nivelul Direcției pentru Dezvoltarea Capacității Administrative a reținut că formă și conținutul notei de control reglementată de art. 6 alin. 1 din HG nr. 875/2011 se stabilesc de fiecare autoritate cu competențe în gestionarea fondurilor europene, în funcție de specificul activității sale. Într-adevăr, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. 2 din HG nr. 875/2006, forma și conținutul notei de control reglementată la alin. 1 sunt stabilite de fiecare autoritate cu competențe în gestionarea fondurilor europene, în funcție de specificul activității sale". Însă trebuie să se aibă în vedere că hotărârea menționată cuprinde norme metodologice emise în aplicarea OUG nr. 66/2011, ceea ce înseamnă că autoritatea cu competențe în gestionarea fondurilor europene își va stabili conținutul propriei note de control, bineînțeles, cu obligația de a insera cel puțin elementele minime indicate prin prevederile OUG nr. 66/2011. Drept urmare, echipa de control din cadrul Direcției pentru Dezvoltarea Capacității Administrative avea obligația de aplicare a prevederilor art. 21 alin. 21 din OUG nr. 66/2011, în conformitate cu care: „Procesul-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanței, bugetare trebuie să conțină următoarele elemente: denumirea autorității emitente, data la care a fost emis, datele de identificare a debitorului sau a persoanei împuternicite de debitor, cuantumul creanței bugetare stabilite în urma constatărilor, motivele de fapt, temeiul de drept, numele și semnătura conducătorului autorității emitente, stampila autorității emitente, posibilitatea (le a fi contestat, termenul de depunere a contestației și autoritatea la care se depune contestația, mențiuni privind punctul de vedere al debitorului și poziția exprimată de structura de control competentă, ca urmare a aplicării prevederilor alin. (14) și (15). Din analiza Notei de stabilire a

corecției financiare încheiată rezultă că aceste prevederi legale nu au fost respectate întrucât nu ne-a fost indicată posibilitatea de contestare a procesului verbal de stabilire a creanței bugetare, termenul limită și nici autoritatea la care se poate depune contestația.

Art. 34 alin. 2 din OUG nr. 66/2011 prevede că „Titlul de creanță trebuie comunicat debitorului în termen de 3 zile lucrătoare de la data emiterii.” în ceea ce privește aceasta obligație legală ca Direcția Generală din cadrul Autorității de Management pentru Programul Operațional „Dezvoltarea Capacității Administrative” a încheiat Nota de stabilire a corecției financiare în data de 04.09.2012, iar Adresa de comunicare a acesteia a fost înaintată în data de 18.09.2012, depășindu-se astfel termenul legal de 3 zile prevăzut de OUG nr. 66/2011 pentru comunicarea proceselor verbale de stabilire a creanței bugetare. Viciile mai sus indicate în întocmirea Notei de constatare atrag, fiecare dintre ele, sancțiunea anularii titlului de creanță, pentru nerespectarea unor obligații de forma și procedura imperativ prevăzute de lege.

În concluzie, față de toate argumentele prezentate anterior, a solicitat admiterea contestației, modificarea în tot a Deciziei contestate și anularea Notei de stabilire a corecției financiare încheiată în data de 04.09.2012 prin care s-a dispus aplicarea unei corecții financiare de 10% din valoarea contractului de servicii nr. 11/23.01.2012 având ca obiect Organizarea programului de formare profesională „Expert în planificarea strategică și în implementare”, încheiat de Consiliul Județean Covasna cu Societatea Comercială de Formare a Energeticienilor din România „FORMENERG” S.A.. ca neîntemeiată și nelegală.

În susținerea cererii, reclamantul a depus la dosarul cauzei înscrisuri. Pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului - Direcția Control și Verificare Utilizare Fonduri Comunitar a formulat întâmpinare prin care a solicitat respingerea acțiunii ca nefondată. Conform prevederilor art. 60 din Reg. CE nr. 1083/2006, coroborate cu prevederile art. 13 din Reg. CE nr. 1828/2006, AM PODCA are rolul de a verifica furnizarea de produse și prestarea de servicii cofinanțate ex-post atribuirii contractelor de achiziție publică, având responsabilitatea identificării și semnalării eventualelor nereguli, cu aplicarea măsurilor legale ce se impun. În procesul de gestionare a asistenței financiare din fonduri structurale, Autoritatea de Management verifică eligibilitatea cheltuielilor declarate de beneficiarii proiectelor finanțate din POSDCA, precum și conformitatea acestora. În acest sens, la nivelul AM POSDCA se efectuează și verificarea administrativă 100% a procedurilor de achiziții publice incluse în fiecare cerere de rambursare, în baza documentelor justificative, conform reglementărilor naționale și comunitare în vigoare. Totodată, AM PODCA efectuează, pe lângă verificarea administrativă a achizițiilor publice, și verificarea la fața locului a modului de implementare a proiectelor finanțate din fonduri externe nerambursabile, inclusiv a procedurilor de achiziții publice, pe baza unui eșantion de risc.

Potrivit art. 3 alin. (1) din O.U.G. nr. 66/2011, cu modificările și completările ulterioare, „Autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene și beneficiarii sunt obligați, în activitatea lor, să elaboreze și să aplice proceduri de management și control care să asigure corectitudinea acordării și utilizării acestor fonduri, precum și respectarea principiilor bune gestii financiare, așa cum este aceasta definită în legislația comunitară.”, iar conform art. 6 alin. (1) și (3) „Autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația de a exclude integral sau parțial de la rambursarea/plata cheltuielilor efectuate și declarate de beneficiari acele cheltuieli care nu respectă condițiile de legalitate, regularitate ori conformitate stabilite prin prevederile legislației naționale și comunitare în vigoare, în situația în care - în procesul de verificare a solicitărilor de plată - acestea determină existența unor astfel de cheltuieli.”- „în aplicarea prevederilor alin. (1), autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația aplicării de reduceri procentuale din sumele solicitate la plată de către beneficiari, în situația în care constată abateri de la aplicarea prevederilor privind procedurile de achiziție, fie în raport cu reglementările naționale în vigoare în domeniul achizițiilor publice, fie cu procedurile

specifice de achiziții aplicabile beneficiarilor privați, în conformitate cu prevederile anexei care face parte integrantă din prezenta ordonanță de urgență".

Verificările efectuate în vederea constatării caracterului eligibil al unor cheltuieli solicitate de beneficiar înainte de rambursare/plata lor de către AMPODCA, se organizează după proceduri proprii și reprezintă activități distincte celor organizate și desfășurate în aplicarea prevederilor art. 21 alin. (1) -(16) din același act normativ.

În procesul de gestionare a fondurilor europene, autoritățile de management responsabile pentru programele operaționale pe care le gestionează sunt îndreptățite, conform regulilor comunitare și legislației naționale în vigoare, să efectueze verificări ex-post atribuirii contractelor de achiziții publice și să ia măsurile legale ce se impun în cazul în care sunt identificate abateri de la aplicarea prevederilor privind procedurile de achiziții publice, înainte sau după efectuarea plăților către beneficiari.

În fapt, între Județul Covasna și Direcția pentru Dezvoltarea Capacității Administrative a fost încheiat contractul de finanțare nr. 251/17.02.2011, având ca obiect acordarea finanțării nerambursabile pentru implementarea proiectului intitulat „Planificare strategică prin cooperare interjudețeană”, cod SMIS 13208. În cadrul proiectului a fost derulat de către reclamant contractul de servicii având ca obiect organizarea programului de formare profesională „Expert în planificarea strategică și în implementare”, încheiat de Consiliul Județean Covasna cu S.C. de formare a energicienilor din România „Formenerg” S.A., în valoare totală de 102.400,00 lei fără TVA. Urmare sesizării de suspiciune de neregulă cod SNI/244/17.07.2012, a fost declanșat procesul de verificare administrativă a procedurilor de achiziții publice, stabilindu-se corecția financiară corespunzătoare unei abateri de la respectarea regulilor de achiziții publice. Verificarea a fost efectuată în conformitate cu prevederile art. 13 alin. 2 (a) din REG (CE) nr. 1828/2006 privind verificările administrative ale solicitărilor de rambursare înaintate de către beneficiari, în vederea îndeplinirii funcției AM PODCA privind verificările de management, în conformitate cu articolul 60 litera (b) din REG (CE) 1083/2006. Au fost verificate documentele premergătoare lansării procedurii de achiziție în SEAP, documente prin care a fost aleasă procedura pentru atribuire a contractului de servicii de formare profesională „Expert în planificarea strategică și în implementare”. De asemenea, a fost verificată respectarea de către reclamant a prevederilor legale în ceea ce privește publicitatea în faza de atribuire a contractului, prevederi îndeplinite prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 129939/08.09.2011, și respectiv a anunțului de atribuire nr. 121540/13.02.2012. Prin fișa de date a achiziției, parte integrantă a documentației de atribuire, autoritatea contractantă a inclus următoarele cerințe minime de calificare restrictive: V.4.1 Informații privind experiența similară: "Ofertantul..." trebuie să prezinte cei puțin o referință similară că a prestat în ultimii 3 ani un serviciu similar pe PODCA " V.4.3, Informații privind personalul tehnic de specialitate și acreditarea ofertantului: Să dețină cel puțin doi experți cheie care îndeplinesc următoarele criterii: studii superioare și experiență profesională în cel puțin un proiect adresat administrațiilor publice și finanțat din fonduri europene."

Prin impunerea îndeplinirii acestor criterii de calificare, autoritatea contractantă a adus încălcări ale scopului prevăzut de art. 2 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, acela de a promova concurența între operatorii economici. Art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, reprezintă transpunerea art. 2 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului. Impunerea de către autoritatea contractantă a unor cerințe minime de calificare prin care se solicită demonstrarea îndeplinirii capacității tehnice și/sau profesionale prin prezentarea experienței profesionale în domeniul administrației publice este restrictivă și contravine prevederilor legale menționate anterior.

Prin urmare, cerințele minime de calificare menționate mai sus sunt de natura celor care restricționează participarea operatorilor economici la procedura de atribuire, fiind impuse cu încălcarea dispozițiilor art. 178 alin. (2) și ale art. 188 alin. (1) lit. d) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, care reprezintă transpunerea art. 44 alin. (2) și art. 48 alin. (2) lit. e) din Directiva 2004/18/CE referitoare la promovarea concurenței între operatorii economici.

Potrivit art. 179 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit. În acest sens, cerințele minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai în cele stric necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului, luând în considerare exigențele specific impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia.

Referitor la aplicarea prevederilor art. 16 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, considerăm că prin inițierea unei proceduri de achiziție publică de licitație deschisă, astfel cum autoritatea contractantă a indicat în Anunțul de participare nr. 129939/08.09.2011, secțiunea IV, precum și în cadrul fișei de date a achiziției, aceasta nu se mai poate prevala de excepția prevăzută în articolul mai sus-menționat. De asemenea, și în cazul în care autoritatea contractantă se prevalează de aplicarea prevederilor art. 16 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, va fi obligată conform articolului menționat anterior să facă aplicarea, pe tot parcursul procedurii a principiilor prevăzute la art. 2 alin. 2.

La stabilirea caracterului restrictiv al cerințelor minime de calificare și selecție utilizate de autoritatea contractantă prin sintagma „finanțat/realizat din fonduri europene” a fost avut în vedere și punctul de vedere al ANRMAT transmis AMPODCA prin adresa nr. 7390/11.05.2012, conform căruia: „impunerea de către autoritățile contractante a unor cerințe minime de calificare prin care se solicită demonstrarea îndeplinirii capacității tehnice și/sau profesionale prin prezentarea unui contract finanțat din fonduri europene/fonduri europene nerambursabile, conduce, în opinia noastră, la restricționarea participării la procedura de atribuire, restrângând în mod arbitrar și nejustificat participarea oricărui operator economic în procedura de achiziție publică, devenind incidente prevederile art. 178 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare. În acest sens, o cerință nerestrictivă ar putea fi prezentarea unui contract fără a se preciza în mod expres sursa de finanțare”. De asemenea, potrivit adresei ANRMAT nr. 10928/LVD/2012, „cerința privind sursa de finanțare poate fi admisă și se va justifica în Nota justificativă privind cerințele de calificare, prin corelarea cu activitățile pe care le va derula în cadrul actualului contract, cerința menținându-se doar în cazul în care atribuțiile diferă în funcție de tipul finanțării, în caz contrar se va elimina, fiind excesivă și restrictivă. Cu alte cuvinte, justificarea se va face în corelare cu atribuțiile din caietul de sarcini, din care să rezulte că natura activităților diferă în funcție de tipul finanțării”. Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice are rolul de consiliere metodologică a autorităților contractante în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică și în aplicarea corectă a legislației în domeniu.

De asemenea, Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Dezvoltarea Capacității Administrative, Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice și Ministerul Finanțelor Publice - Unitatea pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice au semnat Protocolul nr. 979836/21.09.2011, ce are ca obiect stabilirea unei linii proceduri de colaborare instituțională în cadrul mecanismului de verificare a respectării normelor privind achizițiile publice în cadrul proiectelor finanțate din instrumente structurale. A.N.R.M.A.P. are ca rol fundamental formularea, la nivel de concepție, promovare și implementare, a politicii în domeniul achizițiilor

publice, elaborează puncte de vedere cu privire la modul de interpretare a prevederilor legislației în domeniul achizițiilor publice, elaborează și publică analize, studii, evaluări privind sistemul de achiziții publice.

Conform art. 60 alin. (b) din Regulamentul CE. nr. 1083/2006 de stabilire a prevederilor generale privind Fondul European de Dezvoltare Regională, Fondul Social European și Fondul de Coeziune și de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1260/1999, Autoritatea de Management va fi responsabilă pentru managementul și implementarea programului operațional, în conformitate cu principiul managementului financiar eficace, în special: „(b) să verifice furnizarea de produse și de servicii cofinanțate și să controleze dacă toate cheltuielile declarate de beneficiari pentru operațiuni au fost suportate efectiv și că sunt în conformitate cu regulile comunitare și interne; verificările efectuate la fața locului cu privire la operațiuni pot avea loc pe baza unui eșantion, în conformitate cu regulile adoptate de Comisie în conformitate cu procedura menționată la articolul 103 (3)”.

Așa cum a fost precizat în nenumărate scrisori adresate Statului membru de către Comisia Europeană, în aplicarea principiilor care guvernează sistemul de gestiune al fondurilor europene, autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene se pot baza pe sistemul național ex-ante de verificare a achizițiilor publice pentru a-și îndeplini obligațiile stipulate la art. 60 alin. (b) din Reg. CE nr. 1083/2006, însă au responsabilitatea finală și integrală de verificare a legalității tuturor procedurilor de achiziții publice derulate de către beneficiarii fondurilor europene, indiferent de verificările ex-ante și ex-post efectuate de către alte instituții naționale, inclusiv supervizarea calității și eficienței verificărilor efectuate de către ANRMAP și UCVP.

Referitor la susținerea reclamantului potrivit căreia „forma și conținutul notei de control reglementată de art. 6 alin. (l) din Hotărârea Guvernului nr. 875/2011 ar trebui să respecte prevederile art. 21 alin. (21) din O.U.G. nr. 66/2011”, nu poate fi reținută având în vedere că O.U.G. nr. 66/2011, cu modificările și completările ulterioare, precum și normele de aplicare a acesteia reglementează activitatea de prevenire a neregulilor, care reprezintă identificarea și gestionarea riscurilor, elaborarea și urmărirea aplicării procedurilor de management și a celorlalte instrumente de control intern și cea de constatare a neregulilor și stabilire a creanțelor bugetare. Acțiunea de prevenire are loc înainte de rambursarea/plata cheltuielilor solicitate de către beneficiar, și în conformitate cu dispozițiile art. 7 alin. (2) din O.U.G. nr. 66/2011, cu modificările și completările ulterioare, „se organizează și se desfășoară după proceduri proprii și reprezintă o activitate distinctă de activitatea organizată și desfășurată în aplicarea prevederilor art. 21 alin. (1) -(16)”. Potrivit art. 6 alin. (3), autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația aplicării de reduceri procentuale din sumele solicitate la plată de către beneficiari, în situația în care constată abateri de la aplicarea prevederilor privind procedurile de achiziție. Reducerile aplicate se efectuează în funcție de gradul de realizare a indicatorilor/obiectivelor, în conformitate cu procedurile specifice stabilite de fiecare autoritate cu competențe în gestionarea fondurilor europene.

Reclamantul, potrivit argumentelor prezentate în cererea de chemare în judecată, face o confuzie între actele emise de către autoritatea de management, în temeiul dispozițiilor O.U.G. nr. 66/2011, cu modificările și completările ulterioare. Astfel, înainte de plata/rambursarea cheltuielilor efectuate și declarate de către beneficiar, când are loc acțiunea de prevenire, poate fi emisă nota de control prin care se aplică reduceri procentuale, iar urmare activității de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare se emit procese-verbale de constatare a neregulilor și de stabilire a creanței bugetare/note de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare. Acestea din urmă reprezintă titlu de creanță și sunt reglementate de dispozițiile O.U.G. nr. 66/2011, cu modificările și completările ulterioare. Nota de stabilire a corecției financiare contestată de către reclamant a fost emisă înainte de efectuarea plății către beneficiar. Potrivit dispozițiilor art. 6 din HG. nr. 875/2011, cu modificările și completările ulterioare, „în aplicarea art.

7 alin. (1) din ordonanță, în situația în care autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene identifică, ca urmare a verificărilor administrative și la fața locului, o posibilă abatere, pentru confirmarea căreia sunt necesare investigații suplimentare, acestea pot solicita structurilor de control prevăzute la art. 20 din ordonanță investigarea caracterului eligibil al sumelor solicitate la plată/rambursare de beneficiar, înainte ca aceste sume să fie acordate beneficiarului, iar rezultatul acestei investigații suplimentare este consemnat într-o notă de control. Forma și conținutul notei de control prevăzute la alin. (1) sunt stabilite de fiecare autoritate cu competențe în gestionarea fondurilor europene, în funcție de specificul activității sale.

Așadar, nota de stabilire a corecției financiare a fost emisă cu respectarea condițiilor de formă prevăzute de actele normative în vigoare. Față de toate considerentele expuse mai sus, a solicitat instanței de judecată să respingă acțiunea formulată de către reclamant ca neîntemeiată, urmând să fie constatată temeinicia și legalitatea actului contestat și a măsurilor dispuse prin acesta. Analizând actele și lucrările dosarului, instanța constată că acțiunea formulată de reclamant este nefondată.

Potrivit art. 176 din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare numai la:

- a) situația personală a candidatului sau ofertantului;
- b) capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- c) situația economică și financiară;
- d) capacitatea tehnică și/sau profesională;
- e) standarde de asigurare a calității;
- f) standarde de protecție a mediului, în cazurile prevăzute la art. 188 alin. (2) lit. f) și alin. (3) lit. e).

Potrivit art. 7 din H.G. nr. 925/2006, criteriile de calificare și selecție au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa este declarată câștigătoare.

Art. 178 din același act normativ prevede că, în cazul în care, pentru criteriile de natura celor prevăzute la art. 176 lit. c) și d), autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați, atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate, conform principiului transparenței, în cadrul anunțului de participare. Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire.

Art. 179 stipulează obligația autorității contractante de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit. În acest sens, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia.

Art. 8 al H.G. nr. 925/2006 subliniază și el faptul că autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a ofertanților prin introducerea unor cerințe minime de calificare care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului ce

urmează să fie atribuit și care sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.

De asemenea, prin art. 9 din H.G. nr. 925/2006 se instituie prezumția legală de încălcare a principiului proporționalității pentru următoarele condiții de calificare:

- a) suma valorilor/cantităților de produse furnizate, servicii prestate și lucrări executate, incluse în contractul/contractele prezentat/prezentate de către operatorul economic ca dovadă a experienței lui similare, să fie mai mare decât valoarea/cantitatea de produse/servicii/lucrări ce vor fi furnizate/presate/executate în baza contractului care urmează să fie atribuit;
- b) valoarea cifrei de afaceri a operatorului economic să fie mai mare decât valoarea estimată a contractului, multiplicată cu 2;
- c) demonstrarea unui nivel minim al indicatorului financiar «lichiditate generală» în cazul atribuirii unui contract cu durata de îndeplinire mai mică de 3 luni sau în cazul atribuirii unui contract cu executare succesivă, având o durată mai mare de 3 luni, dar pentru care plățile aferente prestațiilor urmează să se efectueze la intervale mai mici de 60 de zile de la data efectuării acestora;
- d) nivelul indicatorului financiar "lichiditate generală" să depășească cota de 100%, în cazul atribuirii unui contract care nu se încadrează în categoria celor prevăzute la lit c);
- e) demonstrarea unui nivel minim al indicatorului financiar «solvabilitate» în cazul în care operatorul economic a prezentat documente din care să rezulte că nu se află în niciuna dintre situațiile prevăzute la art. 181 lit. a) sau b) din ordonanța de urgență.

Prin urmare, conform dispozițiilor legale în materie, autoritatea contractantă are dreptul de a impune anumite cerințe minime de calificare. Prin stabilirea unor astfel de criterii de calificare și selecție, autoritatea contractantă instituie un filtru preliminar de control prin care urmărește să se asigure că agentul economic are capacitatea și potențialul de a duce la îndeplinire contractul, în cazul în care va fi declarat câștigător, astfel încât să satisfacă necesitățile autorității contractante. Alături de garanția de bună execuție, cerințele de calificare și selecție constituie un mijloc de prevenire a riscurilor la care este supusă autoritatea contractantă în raport cu operatorii economici în derularea contractelor de achiziție publică.

Acest drept al autorității contractante de a se proteja de riscuri este recunoscut de legiuitor, însă el nu poate fi exercitat în mod discreționar. Întinderea sa este limitată doar la acele cerințe care derivă din natura și complexitatea contractului care urmează să fie atribuit și a căror aplicare nu are ca efect eliminarea din competiție a unor operatori economici care au capacitatea și seriozitatea de a satisface necesitatea care face obiectul achiziției publice.

Autoritatea contractantă nu este obligată prin lege să impună cerințe de calificare și selecție, rămânând la latitudinea sa dacă ia sau nu ia măsuri de protecție contra riscurilor prin instituirea unor cerințe de calificare și selecție. Dacă stabilește însă anumite cerințe minime, ea trebuie să respecte dispozițiile legale ante-menționate, precum și principiile esențiale prevăzute de art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006: nediscriminarea, tratamentul egal și proporționalitatea. Mai mult, art. 8 alin. 2 din H.G. nr. 925/2006 impune autorității contractante ca, atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, printr-o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției

În speța de față, potrivit cerințelor prevăzute în fișa de date a achiziției, reclamanta autoritate contractantă a solicitat ca ofertantul să dispună de următorii specialiști: un șef proiect arhitect cu cel puțin 20 de ani experiență de proiectare în construcții; arhitectură și urbanism - 3 persoane cu cel puțin 12 ani experiență de proiectare în construcții. Motivarea autorității contractante cuprinsă în nota justificativă nr. 8397/06.09.2011 este aceea că „experiența de 3 ani și într-un proiect similar

reprezintă garanția că firma câștigătoare cunoaște administrația publică locală și are experiențe practice în domeniul dezvoltării acesteia, iar criteriile referitoare la expertii cheia sunt importante pentru asigurarea calității cursurilor de formare profesională” (fila 61 dosar).

Analizând actele dosarului, curtea de apel constată că în mod corect s-a reținut prin actele contestate, că reclamanta nu a respectat principiul proporționalității în stabilirea cerințelor minime de calificare pe care ofertanții trebuie să le îndeplinească, față de motivația superficială cuprinsă în nota justificativă nr. 8397/06.09.2011, astfel cum a fost expusă anterior. Singura justificare prezentată a fost aceea a cunoașterii administrației publice și necesitatea asigurării calității cursurilor de formare, scopuri care puteau fi însă realizate și fără impunerea acestor cerințe.

O atare motivare nu răspunde exigențelor legiitorului. Necesitatea selectării riguroase a ofertanților explică tendința acestuia de a permite autorității contractante să fixeze în mod liber cerințele minime de calificare pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, însă, așa cum s-a arătat anterior, acest drept nu trebuie exercitat discreționar. Prin cerințele de calificare și selecție se restrânge concurența, astfel că prin cerințele impuse de autoritatea contractantă este necesar ca această restrângere trebuie să fie minimă și ea trebuie justificată cu seriozitate.

Așa cum s-a arătat în doctrină și jurisprudență, prin respectiva notă justificativă, autoritatea contractantă trebuie să facă dovada că a introdus doar criterii relevante și proporționale cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit și că scopul introducerii acestor criterii este doar acela de a se proteja de anumite riscuri ce pot apărea ca urmare a neintroducerii acestor cerințe. De asemenea, să rezulte că introducerea respectivelor cerințe nu încalcă principiile prevăzute la art. 2 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006. Cerințele minime stabilite de reclamantă cu privire la experiența similară și la personalul tehnic de specialitate trebuiau să îndeplinească anumite condiții: să fie raportate la un anumit risc privind neîndeplinirea contractului, să aibă ca efect eliminarea riscului respectiv, să fie stabilite la limita minimă la care își produce efectele pentru care au fost introdusă cerința. Aceste condiții nu se regăsesc însă în cauza de față.

Impunerea drept cerințe minime de calificare a unor cerințe privind experiența similară și realizarea unui proiect specific nu răspunde acestor exigențe și nu respectă dispozițiile legale analizate. Ele nu prezintă relevanță suficientă în raport cu natura și complexitatea contractului ce urmează să fie atribuit și sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea acestuia. Autoritatea contractantă nu a analizat care ar fi fost consecințele dacă nu ar fi impus atare condiții și nu a demonstrat justetea impunerii lor. Prin urmare, se restricționează în mod nejustificat accesul la procedura de atribuire a altor potențiali ofertanți. De asemenea, motivarea reclamantului din cadrul notei justificative în sensul necesității existenței unei echipe profesionale bine pregătită și experimentată este total nesatisfăcătoare și nu justifică cerințele minime impuse.

În ce privește aplicarea art. 16 din O.U.G. nr. 34/2006, reclamantul a avut în vedere faptul că, care exceptează procedura de atribuire a contractului de achiziție servicii de formare profesională de la domeniul de aplicare a legislației privind achizițiile publice, reclamantul a arătat că nu consideră corecte susținerile AM PODCA potrivit cărora prin inițierea unei proceduri de achiziție publică, astfel cum autoritatea contractanta a indicat în Anunțul de participare nr. 129939/08.09.2011, Secțiunea IV, precum și în cadrul Fisei de date a achiziției, aceasta nu se mai poate prevala de excepția reglementată de art. 16. Dimpotrivă, autoritatea contractanta a menționat prin documentația de atribuire în mod corect, procedura de licitație deschisă derulată în temeiul OUG nr. 34/2006, tocmai ca urmare a încadrării sale la art. 16 din ordonanța în discuție. În conformitate cu art. 16 alin. 1 din OUG nr. 34/2006, contractelor de achiziție publică având ca obiect - servicii de formare profesională incluse în categoria celor enumerate la anexa 2B din OUG nr. 34/2006 li se

aplica prevederile ordonanței de urgență „numai pentru contracte a căror valoare este mai mare sau egală cu cea prevăzută la art. 57 alin. (2) și se limitează la prevederile art. 35-38 și art. 56 și la aplicarea pe tot parcursul procedurii de atribuire a principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)". Prin urmare, aceste contracte de servicii constituie excepții de la domeniul de aplicare a legislației privind achizițiile publice, cu precizarea ca numai pentru contractele a căror valoare este mai mare sau egala cu cea prevăzută la art. 57 alin. (2), aplicabilitatea ordonanței de urgenta este limitata la prevederile art. 35-38 si art. 56 si la aplicarea pe tot parcursul procedurii de atribuire a principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2).

În cazul achizițiilor ce au ca obiect servicii din anexa nr. 2B din O.U.G. nr. 34/2006, competența sa materială vizează numai achizițiile ale căror valori sunt mai mari sau egale cu cea prevăzută la art. 57 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 și se limitează numai la prevederile art. 35-38 și art. 56 și la aplicarea pe tot parcursul procedurii de atribuire a principiilor prevăzute la art. 2 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006.

Or, în cauză este vorba despre achiziția unor servicii din anexa nr. 2B a căror valoare se situează sub pragul prevăzut la art. 57 alin. 2 din ordonanță, situație în care Consiliul a constatat lipsa competenței sale materiale în soluționarea cauzelor.

Curtea de apel va observa faptul că, în cauză, autoritatea contractantă este cea care a inițiat procedura de atribuire pentru încheierea contractului de servicii având ca obiect organizarea programului de formare profesională, în condițiile prevăzute de O.U.G. nr. 34/2006. Desfășurarea întregii proceduri a fost supusă regulilor și cerințelor prevăzute de dispozițiile legale din materia achizițiilor publice, iar participanții la procedura de atribuire au fost încunoștințați în acest sens. Prin urmare, autoritatea contractantă avea obligația de a respecta și celelalte proceduri și norme stipulate în O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă fiind cca care a ales calea de urmat.

Pentru toate aceste considerente, Curtea de apel constată că actele contestate de reclamant sunt legale și temeinice, fiind întocmite cu respectarea dispozițiilor legale, astfel că acțiunea reclamantului apare ca neîntemeiată, urmând a fi respinsă.

Văzând și dispozițiile art. 274 cod procedură civilă, precum și faptul nu s-au solicitat cheltuieli de judecată,

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Respinge acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul Județul Covasna, cu sediul în Sfântu-Gheorghe, jud. Covasna, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Administrației și Internelor - Direcția pentru Dezvoltarea Capacității Administrative, cu sediul în București, având ca obiect anularea deciziei nr. II/659/19.11.2012 emisă de pârât, admiterea contestației împotriva Notei de stabilire a corecțiilor financiare nr. 2236055/12.09.2011, încheiată la data de 4 septembrie 2012 și anularea acestei note.

Definitivă. Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, azi, 11 aprilie 2013.

Dosar nr. 13/64/2013

CURTEA DE APEL BRAȘOV
SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
Sentița nr. 48/F/2013
Ședința publică din data de 6 martie 2013

Pentru astăzi fiind amânată pronunțarea acțiunii formulată de reclamantul Județul Covasna în contradictoriu cu pârâta Ministerul Administrației și Internelor - Direcția pentru Dezvoltarea Capacității Administrative, având ca obiect „anulare act administrativ”. La apelul nominal făcut în ședința publică, la pronunțare, se constată lipsa părților. Procedura îndeplinită.

Dezbaterile în cauza de față au avut loc în ședința publică din 13 februarie 2013 când părțile au pus concluzii în sensul celor consemnate prin încheierea de ședință din acea dată, care face parte integrantă din prezenta hotărâre, iar instanța, în vederea deliberării, a amânat pronunțarea la data de 20 februarie 2013, și apoi de lipsă de timp pentru deliberare pentru data de 27 februarie 2013 și apoi pentru mai mult timp pentru deliberare pentru data de 6 martie 2013.

CURTEA

Prin cererea înregistrată pe rolul acestei instanțe sub nr. 13/64/2013 reclamantul județul Covasna a formulat contestație împotriva deciziei nr. 11/657/19.11.2012 de soluționare a contestației formulate împotriva Notei de stabilire a corecției financiare încheiate în data de 04.09.2012, comunicată cu Adresa nr. 2.236.063/12.09.2012 înregistrată la Registratura Consiliului Județean Covasna sub nr. 8009/18.09.2012, privind contractul de servicii nr. 12/23.01.2012 având ca obiect Organizare training „Performanța în administrație prin colaborare inter instituțională”, încheiat cu S.C. HF ADVISING S.R.L., în cadrul proiectului „Planificare strategică prin cooperare interjudețeană”, finanțat prin Contractul de Finanțare nr. 251/17.02.2011, solicitând admiterea acțiunii, modificarea în tot a Deciziei contestate în sensul admiterii contestației formulate împotriva Notei de stabilire a corecției financiare încheiate în data de 04.09.2012 și anularea Notei de stabilire a corecției financiare ca nelegală.

În motivare se arată că prin Nota de stabilire a corecției financiare încheiată la data de 04.09.2012, o echipa de control din cadrul Direcției pentru Dezvoltarea Capacității Administrative a aplicat o corecție financiară de 10% din valoarea contractului de servicii având ca obiect Organizare training „Performanța în administrație prin colaborare interinstituțională”, încheiat de Consiliul Județean Covasna cu S.C. HF ADVISING S.R.L., în cadrul proiectului „Planificare strategică prin cooperare interjudețeană”, reprezentând o valoare concretă a corecției financiare de 11.368,30 lei, raportat la valoarea totală a contractului de servicii în cuantum de 113.683,00 lei fără TVA. S-a reținut că respectivul contract de servicii a fost atribuit fără respectarea condițiilor de elaborare a cerințelor minime de calificare impuse prin Fișa de date a achiziției, corecția fiind stabilită în conformitate cu punctul 2 din Ghidul pentru stabilirea corecțiilor financiare COCOF 07/0037/03 și punctul 2.3 din Anexa la O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora. Neregula invocată, motiv al corecției financiare aplicate, constă în faptul că cerințele minime impuse prin Fișa de date a achiziției ar fi restrictive și disproporționate în raport cu obiectul și complexitatea contractului de achiziție publică, iar reclamanta, autoritate contractantă ar fi încălcat prevederile art. 178 alin. 2 și cele ale art. 179 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice, coroborate cu prevederile art. 8 alin. 1 și 2 din H.G. nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din OUG nr. 34/2006. Reclamanta arată că împotriva Notei de stabilire a corecțiilor financiare încheiată la data de

04.09.2012 a formulat contestație, prin care a invocat în primul rând, nerespectarea unor obligații de forma și procedură prevăzute imperativ de lege în sensul nerespectării art. 21 alin. 21 din OUG nr. 66/2011, precum și art. 34 alin. 2 din OUG nr. 66/2011 iar în subsidiar, au fost combătute motivele de fapt invocate în Nota de stabilire a corecției financiare.

Contestația formulată a fost respinsă prin Decizia nr. 11/657/19.11.2012 a Comisiei de soluționare a contestației reținându-se că prin Fișa de date a achiziției, parte a documentației de atribuire, s-au prevăzut cerințe minime de calificare cu privire la care s-a apreciat că sunt de natură să restricționeze participarea operatorilor economici la procedura de atribuire. Cu privire la cerințele de calificare impuse prin Fișa de date a achiziției reclamanta a arătat faptul că cerința ca cel puțin doi experți cheie să aibă experiența profesională în cel puțin un proiect adresat administrațiilor publice, rezultă încă din denumirea obiectului contractului, scopul derulării procedurii de achiziție publică fiind selectarea unui prestator de servicii de instruire competitiv care să asigure derularea profesională a trainingurilor, urmărindu-se ca activitățile de formare să aibă ca rezultat final - persoane din cadrul administrațiilor publice locale instruite în sensul dezvoltării și îmbunătățirii cadrului instituțional și al creșterii performanței administrative.

În acest context se arată că este necesară desfășurarea activității de instruire a participanților de către persoane cu experiența profesională în proiecte adresate administrațiilor publice, neavând nici o relevanță raportat la obiectul contractului de achiziție, experiența în domeniul privat. În ceea ce privește cerința ca cel puțin doi experți cheie să aibă experiență profesională în cel puțin un proiect finanțat din fonduri europene, se arată că aceasta are la baza necesitatea unei experiențe similare a ofertantului în raport cu natura contractului ce urmează a fi atribuit, urmărindu-se să se asigure realizarea concretă a contractului de achiziție publică și capacitatea de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia și nu să restricționeze accesul operatorilor economici.

În ceea ce privește cerința ca cel puțin un expert cheie să fi primit acest titlu într-o țară din UE se arată că autoritatea contractantă a impus o astfel de condiție deoarece în materia achizițiilor publice, legislația națională se completează cu reglementări specifice spațiului european în domeniu, reprezentate, în principal, prin Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel încât cerința dobândirii titlului de expert în orice țară din spațiul european este absolut firească, urmărindu-se prin impunerea sa ca serviciile de formare profesională achiziționate să contribuie la atingerea obiectivelor și rezultatelor estimate și să fie prestate de traineri certificați, ce conferă garanția cunoașterii legislației naționale aplicabile, dar și a reglementărilor specifice spațiului european.

Cu privire la condiția că expertul cheie care a dobândit acest titlu într-o țară din UE trebuie să aibă experiența profesională în cel puțin un proiect de formare în UE, se arată că finalitatea majoră pe care autoritatea contractantă o urmărește prin atribuirea contractului de achiziție a serviciilor de formare profesională este aceea a garantării îndeplinirii acestuia în conformitate cu cerințele caietului de sarcini de către formatori cu un ridicat nivel al pregătirii profesionale care să poată oferi în același timp și o perspectivă europeană despre dezvoltarea strategică a unei regiuni. Se mai invocă faptul că în Nota de stabilire a corecțiilor financiare încheiată la data de 04.09.2012 nu se regăsesc justificări privind aplicabilitatea temeiurilor de drept invocate, și anume a prevederilor art. 178 alin. 2, art. 179 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice, precum și art. 8 alin. 1 și 2 din H.G. nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din OUG nr. 34/2006.

Referitor la aplicarea prevederilor art. 16 din OUG nr. 34/2006 care exceptează procedura de atribuire a contractului de achiziție servicii de formare profesională de la domeniul de aplicare a legislației privind achizițiile publice, nu se poate reține că prin inițierea unei proceduri de achiziție publică de licitație deschisă, astfel cum autoritatea contractantă a indicat în Anunțul de participare nr. 130089/12.09.2011, Secțiunea IV, precum și în cadrul Fisei de date a achiziției, aceasta nu se mai poate prevala de excepția reglementată de art. 16.

Față de valoarea contractului, potrivit art. 16, autoritatea contractantă nu avea obligația de aplicare și a celorlalte prevederi din Ordonanța, iar Comisia de Soluționare a Contestației constituită în cadrul Direcției pentru Dezvoltarea Capacității Administrative a interpretat în mod greșit prevederile art. 16 atunci când a apreciat că aceste dispoziții legale impun autorității contractante obligația aplicării pe tot parcursul procedurii a principiilor prevăzute la art. 2 alin. 2.

În drept au fost invocate prevederile art. 1 alin. 1 și art. 8 alin. 1 din Legea 554/2004, art. 21 alin. 20 și 21, art. 27 alin. 1, art. 34 alin. 2, art. 51 din OUG nr. 66/2011, art. 16 și art. 57 alin. 2 din OUG nr. 34/2006. Pârâtul legal citat a formulat întâmpinare prin care a solicitat respingerea contestației. Se arată că în conformitate cu prevederile art. 60 din Reg. CE nr. 1083/2006, coroborate cu prevederile art. 13 din Reg. CE nr. 1828/2006, AM PODCA are rolul de a verifica furnizarea de produse și prestarea de servicii cofinanțate ex-post atribuirii contractelor de achiziție publică, având responsabilitatea identificării și semnalării eventualelor nereguli, cu aplicarea măsurilor legale ce se impun.

Se arată că urmare a sesizării de suspiciune de neregulă cod SNI/245/17.07.2012, a fost declanșat procesul de verificare administrativă a procedurilor de achiziții publice, stabilindu-se corecția financiară corespunzătoare unei abateri de la respectarea regulilor de achiziții publice. Verificarea a fost efectuată în conformitate cu prevederile art. 13 alin. 2 (a) din REG (CE) nr. 1828/2006 privind verificările administrative ale solicitărilor de rambursare înaintate de către beneficiari, în vederea îndeplinirii funcției AM PODCA privind verificările de management, în conformitate cu articolul 60 litera (b) din REG (CE) 1083/2006. Au fost verificate documentele premergătoare lansării procedurii de achiziție în SEAP, documente prin care a fost aleasă procedura pentru atribuire a contractului de servicii de formare profesională (organizare training „Performanță în administrație prin colaborare interinstituțională”).

De asemenea, a fost verificată respectarea de către reclamant a prevederilor legale în ceea ce privește publicitatea în faza de atribuire a contractului, prevederi îndeplinite prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 130089/12.09.2011, și respectiv a anunțului de atribuire nr. 121319/03.02.2012. Pârâta arată că autoritatea contractantă a adus încălcări ale scopului prevăzut de art. 2 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, acela de a promova concurența între operatorii economici. Impunerea de către autoritatea contractantă a unor cerințe minime de calificare prin care se solicită demonstrarea îndeplinirii capacității tehnice și/sau profesionale prin prezentarea experienței profesionale în domeniul administrației publice este restrictivă și contravine prevederilor legale menționate anterior.

Se arată că, cerințele minime de calificare menționate sunt de natura celor care restricționează participarea operatorilor economici la procedura de atribuire, fiind impuse cu încălcarea dispozițiilor art. 178 alin. (2) și ale art. 188 alin. (1) lit. d) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, care reprezintă transpunerea art. 44 alin. (2) și art. 48 alin. (2) lit. e) din Directiva 2004/18/CE referitoare la promovarea concurenței între operatorii economici. Referitor la aplicarea prevederilor art. 16 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, se arată că prin inițierea unei proceduri de achiziție publică de licitație deschisă, astfel cum autoritatea contractantă a indicat în Anunțul de participare nr. 130089/12.09.2011, secțiunea IV,

precum și în cadrul fișei de date a achiziției, aceasta nu se mai poate prevala de excepția prevăzută în articolul mai sus-menționat.

Se mai invocă faptul că reclamantul, potrivit argumentelor prezentate în cererea de chemare în judecată, face o confuzie între actele emise de către autoritatea de management, în temeiul dispozițiilor O.U.G. nr. 66/2011, cu modificările și completările ulterioare. Astfel, înainte de plata/rambursarea cheltuielilor efectuate și declarate de către beneficiar, când are loc acțiunea de prevenire, poate fi emisă nota de control prin care se aplică reduceri procentuale, iar urmare activității de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare se emit procese-verbale de constatare a neregulilor și de stabilire a creanței bugetare/note de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare. Acestea din urmă reprezintă titlu de creanță și sunt reglementate de dispozițiile O.U.G. nr. 66/2011, cu modificările și completările ulterioare. Nota de stabilire a corecției financiare contestată de către reclamant a fost emisă înainte de efectuarea plății către beneficiar în conformitate cu dispozițiile art. 6 din H.G. nr. 875/2011, cu modificările și completările ulterioare. În probațiunea a fost administrată proba cu înscrisuri.

Analizând actele și lucrările dosarului instanța reține următoarele: în fapt, între reclamant și pârâtă fost încheiat contractul de finanțare nr. 251/17.02.2011, având ca obiect acordarea finanțării nerambursabile pentru implementarea proiectului intitulat „Planificare strategică prin cooperare interjudețeană”, cod SMIS 13208. În cadrul proiectului a fost derulat de către reclamant contractul de servicii nr. 12/23.01.2012 având ca obiect organizare training „Performanță în administrație prin colaborare interinstituțională”, încheiat cu S.C. HF Advising S.R.L., în valoare de 113.683,00 lei, fără TVA.

Prin Nota de stabilire a corecției financiare încheiată în data de 04.09.2012 s-a stabilit, în temeiul punctului 2 din Ghidul pentru stabilirea corecțiilor financiare COCOF 07/0037/03 și punctului 2.3 din Anexa la O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, aplicarea unei corecții financiare în procent de 10% din valoarea contractului de achiziție publică, respectiv, de 11.368,30 lei, raportat la valoarea contractului de servicii în cuantum de 113.683,00 lei fără TVA.

S-a reținut ca respectivul contract de servicii a fost atribuit fără respectarea condițiilor de elaborare a cerințelor minime de calificare impuse prin Fișa de date a achiziției, neregula invocată, motiv al corecției financiare aplicate, constând în faptul că cerințele minime impuse prin Fișa de date a achiziției ar fi restrictive și disproporționate în raport cu obiectul și complexitatea contractului de achiziție publică, fiind încălcate prevederile art. 178 alin. 2 și cele ale art. 179 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice, coroborate cu prevederile art. 8 alin. 1 și 2 din H.G. nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din OUG nr. 34/2006. Împotriva Notei de stabilire a corecțiilor financiare încheiate la data de 04.09.2012 reclamanta a formulat contestație ce a fost respinsă prin Decizia nr. 11/657/19.11.2012. În ceea ce privește criticile formulate de reclamantă față de aceste acte emise de pârâtă instanța reține următoarele:

Referitor la nerespectarea condițiilor de formă, criticile reclamantului relative la nota de constatare nu pot fi reținute, aceasta fiind emisă în conformitate cu prevederile art. 6 din H.G. nr. 875/2011. Neregulile invocate respectiv lipsa din cuprinsul notei a mențiunilor privind posibilitatea de contestare a actului, termenul de depunere a contestației și autoritatea la care se depune contestația nu sunt de natură să producă efecte juridice, în condițiile în care reclamanta nu a făcut dovada vătămării concrete suferite ca urmare a acestor lipsuri. De asemenea, nici nerespectarea

termenului de comunicare a notei de constatare nu este de natură să afecteze valabilitatea respectivului act, o atare sancțiune nefiind prevăzută de lege.

În ceea ce privește criticile aduse fondului actului contestat, instanța apreciază că acestea sunt întemeiate pentru următoarele considerente. În conformitate cu art. 16 alin. 1 din OUG nr. 34/2006, contractelor de achiziție publică având ca obiect - servicii de formare profesională incluse în categoria celor enumerate la anexa 2B din OUG nr. 34/2006 li se aplică prevederile ordonanței de urgență „numai pentru contracte a căror valoare este mai mare sau egală cu cea prevăzută la art. 57 alin. (2) și se limitează la prevederile art. 55-38 și art. 56 și la aplicarea pe tot parcursul procedurii de atribuire a principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)".

Contractul cu privire la care s-a stabilit corecția contestată a avut ca obiect servicii de formare ce fac parte din categoria celor incluse în anexa 2B din OUG nr. 34/2006 iar valoarea contractului a fost sub pragul de 125.000 Euro prevăzut de art. 57 alin.2 astfel încât, în conformitate cu textul legal anterior menționat contractul nu era supus obligativității respectării ordonanței menționate. În situația în care legiuitorul ar fi dorit ca și aceste contracte să fie derulate cu respectarea anumitor dispoziții de principiu din ordonanța cadru, ar fi precizat în mod expres respectivele dispoziții aplicabile astfel cum a procedat cu contractele având ca obiect servicii de formare profesională incluse în anexa 2B din OUG nr. 34/2006 a căror valoare depășește pragul prevăzut de art. 57 alin.2. în cazul acestor contracte s-a impus în mod expres obligativitatea respectării principiilor prevăzute de art.2 din ordonanță.

De altfel, pentru aceste motive CNSC a apreciat că nu este competent să analizeze legalitate actelor emise în cursul derulării procedurii. Prin urmare, Curtea apreciază că normele de drept invocate ca temei al aplicării sancțiunii respectiv art.2, art. 178 alin. 2, art. 179 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 și art. 8 alin.1 lit. B din HG nr. 925/2006 nu sunt incidente, neexistând obligația autorității contractante să respecte aceste prevederi. Faptul că autoritatea contractantă a înțeles să atribue contractul în urma derulării unei proceduri de achiziție prin licitație deschisă nu determină incidența prevederilor legale anterior menționate.

Pentru aceste motive, instanța va admite contestația formulată de reclamantul Județul Covasna în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Administrației și Internelor - Direcția pentru Dezvoltarea Capacității Administrative, va modifica decizia internă nr. 11/657/19.11.2012 emisă de Ministerul Administrației și Internelor - AM - PODCA în sensul că va anula nota de stabilire a corecției financiare nr. 2236/055/12.09.2012 emisă de Ministerul Administrației și Internelor - Direcția pentru Dezvoltarea Capacității Administrative.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Admite contestația formulată de reclamantul Județul Covasna în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Administrației și Internelor - Direcția pentru Dezvoltarea Capacității Administrative. Modifică decizia internă nr. 11/657/19.11.2012 emisă de Ministerul Administrației și Internelor - AM - PODCA în sensul că anulează nota de stabilire a corecției financiare nr. 2236/055/12.09.2012 emisă de Ministerul Administrației și Internelor - Direcția pentru Dezvoltarea Capacității Administrative.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică azi, 06.03.2013.

Dosar nr. 463/624/2013

CURTEA DE APEL BRAȘOV
SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA NR.9/F
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 03 FEBRUARIE 2014

Pentru astăzi fiind amânată pronunțarea asupra acțiuni formulate de reclamantul Județul Covasna prin Consiliul Județean Covasna în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția Dezvoltarea Capacității Administrative București având ca obiect „contestație la executare”. La apelul nominal făcut în ședință publică, la pronunțare, se constată lipsa părților. Procedura legal îndeplinită. Dezbaterile în cauza dc față, au avut loc în ședința publică din data de 30 ianuarie 2014, când părțile au lipsit, iar consemnările din încheierea de ședință din acea zi, fac parte integrantă din prezenta hotărâre, iar instanța pentru a da posibilitatea părților să depună concluzii scrise a amânat pronunțarea la data de 03 februarie 2014.

CURTEA, ASUPRA CERERII DE FAȚĂ:

Prevalându-se de prerogativa conferită prin dispozițiile art. 18 alin. 1 din Legea nr. 554/2004 rap. la art. 20 și art. 21 din Legea nr. 215/200i și art. 46 alin. 2 din OUG nr. 66/2011, reclamantul Județul Covasna prin Consiliul Județean Covasna reprezentat prin președintele său, solicită a se dispune în contradictoriu cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția pentru Dezvoltarea Capacității Administrative, anularea, pe de o parte, a Deciziei nr. 11/49/12.04.2013 dată în soluționarea contestației sale împotriva Notificării nr. 2.433.161/07.03.2013 privind suma autorizată la plată aferentă cererii de rambursare nr. 2F, iar, pe de altă parte, admiterea contestației sale înregistrată la sediul M.D.R.A.P. la data de 07.03.2013. Mai exact, reclamantul susține că nu este de acord cu deducerea sumei de 5.195,73 lei fără TVA și 1.056,10 lei TVA reprezentând cuantificarea gradului de neîndeplinire a indicatorilor asumați în cererea de rambursare, precum și cu aplicarea corecției financiare în sumă de 21.507,60 lei și 4.406,43 lei TVA reprezentând 10% pentru contractul nr. 11/23.01.2012 perfectat cu Formenerg SA, contractul nr. 12/23.01.2012 încheiat cu SC HF Advising SRL și contractul nr. 13/23.01.2012 încheiat cu Asociația Mutf Egyesulet.

Reclamantul arată că în timp ce potrivit dispozițiilor art. 6 alin. (4) din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 66/2011, publicată în MO nr. 461 din 30.06.2011, "autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația de a face reduceri procentuale din sumele solicitate la rambursarea/plata finală, în situația în care constată neîndeplinirea sau îndeplinirea parțială a indicatorilor/obiectivelor proiectelor finanțate din fonduri europene și/sau fonduri publice naționale aferente acestora, pentru care beneficiarii și-au angajat răspunderea realizării, în perioada de implementare a contractelor/acordurilor/ deciziilor/ordinelor de finanțare nerambursabila ", iar reducerile se efectuează în funcție de gradul de realizare a indicatorilor, în conformitate cu procedurile specifice stabilite de fiecare autoritate cu competențe în gestionarea fondurilor europene, în speță, modul de stabilire a procentului de realizare a indicatorilor de output, de rezultat și a celor suplimentari, în baza cărora au fost analizate cheltuielile, au fost postate pe site-ul ministerului abia pe data de 12.10.2012 în timp ce proiectul său a fost implementat în intervalul 17.02.201 1-16.05.2012, ceea ce denotă că la calculul realizării indicatorilor cât și la momentul depunerii raportului final (19.06.2012) s-a folosit o altă manieră de calcul decât cea în vigoare la data aprobării cererii de rambursare (08.03.2013).

Prin urmare, până la data postării pe site-ul ministerului a modului de realizare a acestor indicatori proiectul său a fost deja implementat și a fost depusă și cererea de rambursare finală, ceea ce înseamnă, în opinia reclamantului că respectiva comisie din cadrul pârâțului își invocă propria culpă

pentru a obține protecția unui drept, ceea ce este inadmisibil. Totodată, reclamantul, în obiecțiile formulate prin adresa nr. 2067/18.03.2013 a solicitat Direcției pentru Dezvoltarea Capacității Administrative să specifice modul în care s-a ajuns la suma respectivă și la procentul realizării indicatorilor de 1,40%, însă Comisia în Decizia atacată nu a oferit nici un răspuns cu privire la modul de calcul sau în baza cărei proceduri a calculat modul de realizare a indicatorilor, specificând numai că are dreptul de a reduce finanțarea acordată inițial în conformitate cu prevederile O.U.G. nr. 66/2011, cu modificările și completările ulterioare.

Referitor la deducerea sumei de 21.507,60 lei tară TVA și TVA de 4.406,43 lei, t) reprezentând corecție financiară de 10% pentru contractele nr. 11/23.01.2012 încheiat cu S.C. Formenerg SA, nr. 12/23.01.2013 încheiat cu S.C. HF Advising SRL și nr. 13/23.01.2012 încheiat cu Asociația MUTF Egyesulet, Comisia deja a exercitat conform Notei de stabilire a corecției financiare nr. 2.236.055/12.09.2012 o corecție financiară, utilizând mecanismul deducerii plăților solicitate de beneficiar. Față de această Notă de stabilire a corecției financiare Consiliul Județean Covasna a formulat contestație solicitând instanței anularea acesteia, dosarele fiind în curs de soluționare. Având în vedere faptul că, comisia a aplicat deja o corecție financiară și aceste corecții sunt în curs de anulare la instanța de judecată, nu avea dreptul de a aplica încă o corecție de același gen. Comisia avea cunoștință de existența acestor procese astfel nu are dreptul, în opinia reclamantului, de a aplica corecții de două ori pentru aceeași faptă. Comisia a stabilit corecții financiare prin Nota de stabilire a corecției financiare nr. 2.236.055/12.09.2012 în sumă de 11.368,30 lei pentru contractul nr. 12/23.01.2013 încheiat cu S.C. HF Advising SRL respectiv în sumă de 10.240,00 lei pentru contractul nr. 11/23.01.2012 încheiat cu S.C. Formenerg SA, aceste corecții însumând 21.608,30 lei. În urma depunerii cererii de rambursare finală nr. 5051/19.06.2012 Comisia a dedus suma de 21.507,60 lei tot pentru aceeași neregulă, dar suma dedusă ulterior este mai mică cu 100,70 lei. Deci în urma aplicării corecțiilor financiare, Comisia nu a fost consecventă deducând sume diferite prin acte diferite cu ocazia exercitării controalelor asupra aceluiași contracte.

În replică, pârâtul susține că referitor la suma de 5.195,73 lei și TVA 1.056,10 lei în urma analizării CR2, direcția de specialitate din cadrul său a constatat faptul că indicatorul de program "zile participant la instruire" pentru domeniul major de intervenție 1.1. nu a fost realizat în conformitate cu cel prevăzut în cererea de finanțare, cu modificările și completările ulterioare. Valoarea realizată a acestui indicator, conform documentelor justificative depuse la cererile de rambursare, a fost de 1.266 în loc de 1.360, după cum era prevăzut în cererea de finanțare. Postarea pe site-ul oficial al Autorității de Management a procedurii respective la o dată ulterioară nu poate fi invocată de către contestatar, obligația aplicării diminuării fiind reglementată prin act normativ, iar din momentul intrării în vigoare a acestuia, potrivit principiului de drept "nemo censetur ignorare legem", nimeni nu se poate sustrage comandamentului normei juridice pe motiv că nu o cunoaște. Se învederează aspectul că reclamantul nu a adus critici referitoare la fondul cauzei, respectiv la gradul de realizare al indicatorilor asumați prin cererea de finanțare, ci s-a limitat la a arăta faptul că modul de calcul al acestora nu era în vigoare la data depunerii raportului final. În conformitate cu prevederile art. 60 din Regulamentul CE nr. 1083/2006, coroborate cu prevederile art. 13 din Reg. CE nr. 1828/2006, AM PODCA are rolul de a verifica furnizarea de produse și prestarea de servicii cofinanțate ex-post atribuirii contractelor de achiziție publică, având responsabilitatea identificării și semnalării eventualelor nereguli, cu aplicarea măsurilor legale ce se impun. În acest sens, la nivelul AM PODCA se efectuează și verificarea administrativă 100% a procedurilor de achiziții publice incluse în fiecare cerere de rambursare, în baza documentelor justificative, conform reglementărilor naționale și comunitare în vigoare.

Totodată, AM PODCA efectuează, pe lângă verificarea administrativă a achizițiilor publice, și verificarea la fața locului a modului de implementare a proiectelor finanțate din fonduri externe nerambursabile, inclusiv a procedurilor de achiziții publice, pe baza unui eșantion de risc. Potrivit art. 6 alin. (3) din O.U.G. nr. 66/2011, cu modificările și completările ulterioare, autoritățile cu

competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația aplicării de reduceri procentuale din sumele solicitate la plată de către beneficiari, în situația în care constată abateri de la aplicarea prevederilor privind procedurile de achiziție, fie în raport cu reglementările naționale în vigoare în domeniul achizițiilor publice, fie cu procedurile specifice de achiziții aplicabile beneficiarilor privați. O.U.G. nr. 66/2011 reglementează activitatea de prevenire a neregulilor, care reprezintă identificarea și gestionarea riscurilor, elaborarea și urmărirea aplicării procedurilor de management și a celorlalte instrumente de control intern și cea de constatare a neregulilor și stabilire a creanțelor bugetare. Acțiunea de prevenire nu numai că are loc înainte de rambursarea/plata cheltuielilor solicitate de către beneficiar, dar în conformitate cu dispozițiile art. 7 alin. (2) din O.U.G. nr. 66/2011, „se organizează și se desfășoară după proceduri proprii și reprezintă o activitate distinctă de activitatea organizată și desfășurată în aplicarea prevederilor art. 21 alin. (1) - (16)". Pentru cele trei contracte la care reclamantul face referire (nr. 11/23.01.2012 încheiat cu SC Formenerg SA, nr. 12/23.01.2013 încheiat cu SC HF Advising SRL și nr. 13/23.01.2012 încheiat cu Asociația MUTF Egyesulet), ca urmare a procesului de verificare administrativă a procedurilor de achiziție publică, AM PODCA a emis note de stabilire a corecțiilor financiare, utilizând mecanismul deducerii din plățile solicitate de beneficiar, procedură aplicabilă înainte de efectuarea plăților și distinctă de activitatea organizată și desfășurată în aplicarea prevederilor art. 21 alin. (1)-(16), conform dispozițiilor art. 7 alin. (2) din O.U.G. nr. 66/2011, cu modificările și completările ulterioare. Ulterior, beneficiarul a solicitat în instanță anularea notelor de stabilire a corecțiilor financiare, respectivele dosare fiind în curs de soluționare.

Curtea, cercetând cuprinsul probatorului existent la dosar reține că potrivit celor inserate în art. 20 din OUG nr. 66/2011 „activitatea de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare/corecțiilor financiare se efectuează de către autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene, prin structuri de control organizate în acest scop în cadrul acestora”, iar verificările se finalizează prin întocmirea unui proces-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare sau a unei note de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare care potrivit dispoz. art. 43 constituie titlu executoriu, înăuntrul celor 30 de zile calendaristice de la data comunicării titlului de creanță, reclamantul a formulat în scris contestație administrativă referitor la sumele și măsurile stabilite și înscrise în acest titlu, iar autoritatea publică emitentă a acestuia s-a pronunțat prin decizie motivată în sensul respingerii contestației. Pe rolul instanței de contencios administrativ se află spre soluționare acțiunea în anularea respectivei Note, reclamantul prevalându-se astfel de posibilitatea conferită prin dispoz. art. 51 din OUG nr. 66/2011. Mai departe, pârâtul, sesizat cu cererea de rambursare finală nr. 2 transmisă de către reclamant a validat-o parțial pentru suma de 297.591 lei, constatând deducerea următoarelor sume: 5.195,73 lei fără TVA, reprezentând cuantificarea gradului de neîndeplinire a indicatorilor asumați în cererea de finanțare și suma de 21.507,60 lei fără TVA, reprezentând corecție financiară de 10%. Reclamantul considerându-se nemulțumit de soluția dată a formulat o contestație împotriva notificării emise în acest scop din următoarele considerente: valoarea realizată a indicatorului de program „zile participant la instruire” a fost de 1266 în loc de 1360, după cum era prevăzut în cererea de finanțare; anterior notei de constatare în discuție s-a purces la verificarea administrativă a procedurilor de achiziție publică, emițându-se de către aceeași autoritate note de stabilire a corecțiilor financiare, utilizându-se mecanismul deducerii din plățile solicitate de beneficiar, operându-se astfel o dublă sancționare pentru aceleași așa- zise nereguli; indicatorii luați în calcul de către comisia de control au fost cei publicați pe site- ul ministerului ulterior implementării proiectului și a depunerii raportului final de rambursare, neținându-se cont de modalitatea de calcul în vigoare la data depunerii raportului final.

Mai exact, reclamantul a încheiat Contractul de finanțare nr. 251/17.02.2011 - cod SMIS 13208, în cadrul Programului Operațional Dezvoltarea Capacității Administrative, pentru proiectul „Planificare strategică prin cooperare interjudețeană”, beneficiar UAT Județul Covasna. Cu ocazia verificării Cererii de rambursare nr.2 (CR2), Direcția pentru Dezvoltarea Capacității Administrative

din cadrul instituției pârâte a dedus din cererea de rambursare nr. 2 transmisă cu nr. 5051/19.06.2012 (nr. AM PODCA 2.234.139/21.06.2012) suma de 5.195,73 lei fără TVA și 1.056,10 lei TVA, reprezentând cuantificarea gradului de neîndeplinire a indicatorilor asumați în cererea de finanțare (1,40% aplicat la valoarea autorizată aferentă cererilor de rambursare), precum și suma de 21.507,60 lei și 4.406.43 lei TVA reprezentând 10% pentru contractul nr. 11/23.01.2012 încheiat cu Formenerg S.A., contractul nr. 12/23.01.2012 încheiat cu SC HF Advising SRL și contractul nr. 13/23.01.2012 încheiat cu Asociația Mutf Egyesulet. În timp ce pârâtul susține că în urma analizării CR2, s-a constatat faptul că indicatorul de program "zile participant la instruire" pentru domeniul major de intervenție 1.1. nu a fost realizat în conformitate cu cel prevăzut în prescripțiile sale, încât valoarea realizată a acestui indicator, conform documentelor justificative depuse la cererile de rambursare, a fost de 1.266 în loc de 1.360, reclamantul arată că modalitatea de calcul al gradului de neîndeplinire a indicatorilor nu era postată pe site-ul ministerului la data depunerii cererii de rambursare finală . în timp ce reclamantul invocă principiul „non bis in idem” care presupune aplicarea unei singure sancțiuni pentru o singură faptă ilicită încât cel ce a nesocotit prin conduita sa ordinea de drept va răspunde o singură dată pentru fapta ilicită, căci unei încălcări a legii îi corespunde o singură sancțiune juridică, principiul neexcluzând posibilitatea intervenției simultane a mai multor forme de răspundere juridică față de fapta ilicită a aceleiași persoane, când prin aceasta faptă se încalcă o pluralitate de norme de natură juridică, pârâtul, în replică, susține că procedura emiterii notelor de stabilire a corecțiilor financiare prin mecanismul deducerii din plățile cerute de beneficiar, derulată anterior, este o procedură aplicabilă înainte de efectuarea plăților, fiind distinctă de activitatea organizată și desfășurată în aplicarea prevederilor art. 21 alin. (1)-(16) din O..U.G. nr. 66/2011, cu modificările și completările ulterioare.

Mai precis, acești indicatori la care fac referire ambele părți implicate, s-au schimbat între momentul depunerii cererii de rambursare finală (19.06.2012) și cel al aprobării acesteia (abia la 12.10.2012 s-au postat pe site-ul ministerului noii indicatori). Dacă cererea de rambursare a fost depusă în baza unei modalități de calcul a realizării indicatorilor care era atunci în vigoare, prevăzută în Manualul de implementare, pârâtul în mod incorect a calculat realizarea acestor indicatori în baza fișei de calcul postată pe site-ul său ulterior, respectiv la 12.10.2012. Or, faptele creatoare, modificatoare ori extinctive de situații juridice sunt guvernate de legea în vigoare la data când ele au avut loc, principiu exprimat în adagiul tempus regit actum. Totodată, pârâtul, privitor la același contracte opozabile reclamantului a aplicat deja corecții financiare însumând 21.608,30 lei prin Nota de constatare nr. 2.236.055/12.09.2012, nesocotind principiul « non bis in idem» ce exclude posibilitatea aplicării față de aceeași persoană, pentru una si aceeași faptă ilicită, a două sau mai multe sancțiuni identice ca natură.

Față de considerentele sus expuse, Curtea, făcând aplicațiunea dispoz. art. 18 din Legea nr. 554/2004 admite cererea dedusă judecătii și dispune admiterea contestației formulată de reclamant împotriva Notificării înregistrată la sediul M.D.R.A.P. sub nr. 2.433.161/07.03.2013, anularea parțială a acesteia cu privire la sumele ce urmau a fi deduse și în consecință anularea Deciziei nr. 11/49/12.04.2013 dată cu privire la contestația mai sus menționată.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Admite acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul Județul Covasna prin Consiliul Județean Covasna reprezentat prin președinte cu sediul în municipiul Sf. Gheorghe, județul Covasna în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția pentru Dezvoltarea Capacității Administrative cu sediul în București, și în consecință dispune admiterea contestației reclamantului înregistrată la sediul pârâtului sub nr. 2.457.021/18.03.2013 și prin urmare, anularea în parte a Notificării privind suma aprobată aferentă cererii de rambursare nr. 2 Finală a Direcției pentru Dezvoltarea Capacității Administrative din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice cu privire la sumele deduse

rambursării, respectiv suma de 21.507,60 lei fără TVA și TVA de 4.406,43 lei reprezentând corecție financiară de 10% și suma de 5.195,73 lei fără TVA și TVA de 1.056,10 lei reprezentând cuantificarea gradului de nerealizare a indicatorilor asumați în cererea de finanțare, Notificare înregistrată la sediul pârâtului sub nr. 2.433.161/07.03.2013. Dispune anularea Deciziei nr. 11/49/12.04.2013 a Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice prin intermediul căreia s-a respins ca neîntemeiată contestația formulată de reclamant, înregistrată sub nr. de mai sus.

Cu drept de recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică azi 03.02.2014

Dosar nr. 5518/2/2013

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A VIII-A CONȚECIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA CIVILĂ NR. 334
Ședința publică de la data de 01.10.2013

Pe rol soluționarea acțiunii în contencios administrativ formulată de reclamantul JUDEȚUL DÂMBOVIȚA PRIN CONSILIUL JUDEȚEAN DÂMBOVIȚA în contradictoriu cu pârâtul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE - AUTORITATEA DE MANAGEMENT PENTRU PROGRAMUL OPERAȚIONAL DEZVOLTAREA CAPACITĂȚII ADMINISTRATIVE (AM PODCA), având ca obiect „anulare act”. La apelul nominal făcut în ședință publică nu se prezintă părțile. Procedura de citare este legal îndeplinită. S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință, după care: Curtea, având în vedere că s-a solicitat judecarea cauzei în lipsă, în temeiul art. 411 alin. 2 din Noul Cod de Procedură civilă, constată cauza în stare de judecată și o reține în pronunțare.

CURTEA

Prin cererea înregistrată pe rolul acestei instanțe sub nr. 5518/2/2013 reclamantul Județul Dâmbovița a chemat în judecată Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Dezvoltarea Capacității Administrative (AM PODCA), solicitând anularea Deciziei nr. 14/15.02.2013 de soluționare a contestației formulate împotriva Notei de stabilire a corecțiilor financiare nr. 2237927/18.12.2012 privind proiectul "Strategia pentru dezvoltarea durabilă a județului Dâmbovița cod SMIS 12696.

În motivarea acțiunii sale, reclamantul arată că la data de 13.12.2010 s-a încheiat contractul nr. 233, între Autoritatea de Management Ministerul Administrației și Internelor (actualul Minister al Dezvoltării Regionale și Administrației Publice) și beneficiarul Județul Dâmbovița, având ca obiect finanțarea nerambursabilă acordată de către AM pentru implementarea proiectului "Strategia pentru dezvoltarea durabilă a județului Dâmbovița" - cod SMIS 12696.

Urmare a activității de verificare desfășurată în perioada 04.12.2012 cu ocazia depunerii de către beneficiarul, Județul Dâmbovița, a cererii de rambursare nr. 3 finală în cadrul proiectului SMIS 12696, în temeiul prevederilor OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, AM PODCA prin Direcția pentru Dezvoltarea Capacității Administrative a emis Nota de Stabilire a Corecției Financiare nr. 2237927/18.12.2012, înregistrată la Consiliul Județean Dâmbovița sub nr. 18228/21.12.2012.

Față de constatările din cuprinsul Notei nr. 2237927/18.12.2012, echipa de verificare a dispus aplicarea unei corecții financiare în sumă de 3.562,50 lei, reprezentând 5% din valoarea contractului de servicii nr. 390/07.09.2011, contract încheiat între Consiliul Județean Dâmbovița și Asocierea GEA STRATEGY&CONSULTING S.A. și SC Romactiv Business Consulting SRL. Pentru aplicarea corecției financiare de 5%, echipa de control a reținut că, la momentul inițierii și derulării procedurii de achiziție publică, organizată în baza OUG nr. 34/2006 și, respectiv, HG nr. 925/2006, a contractului de servicii nr. 390/07.09.2011, cerințele autorității contractante, Consiliul Județean Dâmbovița, au fost restrictive, în raport de prevederile art. 178 alin. 2 din OUG nr. 34/2006 și art. 8 alin. 1 din HG nr. 925/2006.

Împotriva Notei de stabilire a corecției financiare nr. 2237927/18.12.2012, Județul Dâmbovița, prin Consiliul Județean Dâmbovița, reprezentat de Președintele Consiliului Județean Dâmbovița, a formulat contestația nr. 907/18.01.2013, în baza art. 47 din OUG nr. 66/2011 privind prevenirea,

constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

Prin Decizia nr. 14/15.02.2013, Comisia de soluționare a contestației din cadrul AMPODCA a respins contestația formulată de Județul Dâmbovița, menținând în totalitate Nota de Stabilire a Corecției Financiare nr. 2237927/18.12.2012. Atât actul administrativ-fiscal, cât și cel jurisdicțional, emise de AM PODCA sunt nelegale, consideră reclamantul, pentru următoarele motive: Neregulile constatate în cuprinsul Notei de Stabilire a Corecției Financiare nr. 2237927/18.12.2012, preluate prin Decizia nr. 14/15.02.2013, nu există și, ca atare, nu poate fi reținută nicio culpă în sarcina autorității contractante, Județul Dâmbovița prin Consiliul Județean Dâmbovița, în procedura de achiziție publică aferentă contractului de servicii nr. 390/07.09.2011, încheiat între Consiliul Județean Dâmbovița și Asocieria GEA STRATEGY&CONSULTING S.A. și SC Romactiv Business Consulting SRL, în cadrul proiectului cod SMIS 12696.

Cerințele minime de calificare în ce privește capacitatea profesională a experților, astfel cum au fost prevăzute în fișa de date a achiziției de către autoritatea contractantă la secțiunea V.4.2, nu încalcă prevederile art. 178 alin. 2 din OUG nr. 34/2006 și nici ale art. 8 alin. 1 lit. b din HG nr. 925/2006. Echipa de audit a reținut, în mod nejustificat și cu ușurință, în sarcina Consiliului Județean Dâmbovița o încălcare a prevederilor OUG nr. 34/2006, fără a analiza, din prisma complexității contractului pentru care trebuiau prestate servicii de elaborare a strategiilor de dezvoltare locală pentru 5 localități din județul Dâmbovița, faptul că prin cerințele minime solicitate în cadrul procedurii de atribuire, respectiv prin Nota justificativa nr. 4785/12.04.2011, autoritatea contractantă trebuia să se asigure că serviciile executate vor fi de calitate, executate și coordonate de către personal cu pregătire adecvată și pentru a maximiza eficiența cheltuirii fondurilor publice.

Astfel, în fișa de date cap. V.4.2 - "Capacitatea profesională", au fost menționate următoarele cerințe minime de calificare ce urmau a fi îndeplinite de către operatorii economici participanți la procedură:

Ofertantul trebuie să dispună de resursele umane considerate de Autoritatea contractantă ca fiind strict necesare îndeplinirii în bune condiții a contractului (personal de specialitate și experți care vor avea roluri esențiale în îndeplinirea contractului):

Manager de proiect - 1 persoană - Cerințe minime de calificare:

Studii superioare de lungă durată, cu diplomă de absolvire/licență în domeniul economic și tehnic;
Studii postuniversitare în domeniul managementului de proiect sau diplomă/certificat de absolvire pentru Manager de proiect (cod COR 2411919);

Minim 3 ani experiență profesională în calitate de manager de proiect;

Participarea la elaborarea a minim 3 strategii de dezvoltare locale în calitate de manager de proiect.

Expert strategii de dezvoltare - 1 persoană - Cerințe minime de calificare:

Studii superioare de lungă durată, cu diplomă de absolvire/licență în domeniul economic sau tehnic;

Minim 3 ani experiență în consultanță pentru administrația publică;

Participarea la elaborarea a minim 3 strategii de dezvoltare durabilă.

Expert analiză diagnoză administrație publică - 1 persoană - Cerințe minime de calificare:

Studii superioare de lungă durată, cu diplomă de absolvire/licență în domeniul economic, administrație publică sau tehnic;

Minim 3 ani experiență în consultanță pentru administrația publică;

Participarea în cel puțin 3 proiecte de consultanță pentru administrația publică (strategii de dezvoltare, studii, analize diagnostic).

Specialist analiză date - 1 persoană - Cerințe minime de calificare:
Studii superioare de lungă durată, cu diplomă de absolvire/licență în sociologie;
Experiență profesională specifică de minim 3 ani;
Participarea în cel puțin 1 strategie de dezvoltare.

Personal culegere date - 1 persoană - Cerințe minime de calificare:
Studii superioare de lungă durată, cu diplomă de absolvire/licență;
Experiență profesională de minim 1 an;
Participarea în cel puțin 1 activitate de teren pentru culegere date."

Prin includerea acestor cerințe în fișa de date a achiziției, Consiliul Județean Dâmbovița a considerat că, prezentarea doar a documentelor pentru absolvirea unor cursuri de pregătire profesională sau calificare, nu sunt suficiente pentru executarea contractului, ci informațiile referitoare la experiența personalului în domeniul serviciilor solicitate sunt relevante pentru asigurarea îndeplinirii contractului.

Reclamantul nu consideră restrictive cerințele de calificare privind capacitatea profesională a experților propuși pentru derularea contractului, având în vedere că stabilirea acestora s-a făcut tocmai cu respectarea prevederilor art. 179 din OUG nr. 34/2006, cerințe care "trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectului contractului care urmează a fi atribuit" și cu respectarea art. 7 din HG nr. 925/2006, care instituie pentru autoritate obligația de a stabili criteriile de calificare și/ sau selecție spre scopul demonstrării potențialului tehnic, financiar și organizatoric a ofertanților, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia.

Prin Nota de stabilire a corecției financiare nr. 2237927/18.12.2012 se menționează: "Caracterul restrictiv al unei cerințe de calificare reiese din interpretarea prevederilor OUG nr. 34/2006 și ale HG nr. 925/2006, nefiind necesară o prevedere expresă în acest sens, conform Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, cu modificările și completările ulterioare."

Or, în cazul în care aceste cerințe de calificare ar fi fost considerate restrictive, atât textul art. 178 alin. 2 din OUG nr. 34/2006, cât și al art. 8 alin. 1 lit. b din HG nr. 925/2006 le-ar fi prevăzut în mod expres, tocmai în conformitate cu prevederile Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, cu modificările și completările ulterioare.

Prin aceste susțineri se poate constata faptul că aplicarea corecției financiare, pentru așa-zisa încălcare de către autoritatea contractantă a prevederilor art. 178 alin. 2 din OUG nr. 34/2006 și art. 8 alin. 1 lit. b din HG nr. 925/2006, se întemeiază pe simpla interpretare a textelor legale menționate de către autoritatea de verificare, fapt ce ne determină a sublinia încă o dată nelegalitatea măsurii stabilite prin Nota nr. 2237927/18.12.2012, menținută prin Decizia nr. 14/15.02.2013.

"Exemplificarea situațiilor de restricționare a concurenței și de încălcare a principiului proporționalității prin cerințele de calificare și selecție, în interpretarea legală a prevederilor OUG nr. 34/2006", după cum arată însăși emitentul Deciziei nr. 14/15.02.2013, a cărei anulare o solicităm pe calea prezentei acțiuni, s-a realizat de abia prin Ordinul nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, emis de autoritatea cu atribuții și competențe în domeniul achizițiilor publice, Autoritatea Națională de Reglementare și Monitorizare a Achizițiilor

Publice, ordin care a intrat în vigoare la data de 28.09.2011, după data de 31.05.2011, data demarării de către Județul Dâmbovița a procedurii de atribuire a contractului de servicii nr. 390/07.09.2011.

Prin Decizia nr. 14/15.02.2013 se precizează, ca temei al respingerii contestației la Nota de stabilire a corecției financiare, faptul că "ordinul produce efecte juridice atât pentru viitor cât și pentru trecut", însă, această mențiune nu face decât să aducă atingere principiului neretroactivității legii, principiu care asigură stabilirea și securitatea raporturilor juridice.

Față de această situație, în condițiile în care, până la data de 28 septembrie 2011, prin OUG nr. 34/2006 nu existau precizate cerințele apreciate ca fiind restrictive, astfel cum au fost prevăzute în Ordinul ANRMAP mai sus menționat, precum și având în vedere prevederile art. 9 din HG nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, apreciază reclamantul că abaterile reținute autorității contractante conform Notei de stabilire a corecției financiare nr. 2237927/18.12.2012, menținută prin Decizia nr. 14/15.02.2013, în ce privește contractul de servicii nr. 390/07.09.2011, privind proiectul cod SMIS 12696, nu există, iar pe cale de consecință, nu se face dovada impunerii vreunei condiții restrictive de calificare.

Și nu în ultimul rând, reclamantul afirmă că însăși ANRMAP, având în vedere necesitatea reglementării unei abordări unitare a principalilor actori implicați în procesul achizițiilor publice, a emis la data de 18.06.2013, Instrucțiunea nr. 1, publicată în M.Of. nr. 371/21.06.2013, care cuprinde îndrumări exprese cu privire la modalitatea de formulare a cerințelor de calificare ce vizează capacitatea profesională a persoanelor responsabile pentru îndeplinirea contractului.

Un alt aspect care dovedește faptul că, temeiul de drept reținut în aplicarea corecției financiare de 5% la contractul de servicii nr. 390/07.09.2011, nu își găsește incidența, îl constituie soluția Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, pronunțată în procedura de soluționare a contestației formulate de către unul dintre ofertanții participanți la procedură, SC PDE STRATEGII ȘI INVESTIȚII SRL. Astfel, prin Decizia nr. 3189/C2/3587/29.07.2011, CNSC a respins contestația ofertantului și a dispus continuarea procedurii de atribuire, motivând că autoritatea contractantă, Consiliul Județean Dâmbovița, a respectat prevederile OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006 referitoare la includerea în fișa de date a achiziției publice a cerințelor referitoare la capacitatea profesională a potențialilor ofertanți. Împotriva Deciziei CNSC nr. 3189/C2/3587/29.07.2011, contestatarul nu a formulat plângere în instanță, aceasta rămânând definitivă și obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Având în vedere cele mai sus arătate, reclamantul solicită admiterea acțiunii sale, așa cum a fost formulată. În susținerea acțiunii, reclamantul a solicitat încuviințarea dovezii cu înscrisuri, anexând în copie:

Decizia nr. 14/15.02.2013;

Nota de stabilire a corecției financiare nr. 2237927/18.12.2012;

Contestația nr. 907/18.01.2013 formulată împotriva Notei de stabilire a corecției financiare nr. 2237927/18.12.2012;

Decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor nr. 3189/C2/3587/29.07.2011 și Contestația nr. 1045/14.07.2011 formulată de ofertantul SC PDE STRATEGII ȘI INVESTIȚII SRL;

Instrucțiunea ANRMAP nr. 1/2013;

Nota justificativă nr. 4785/12.04.2011;

Documentația de atribuire care a stat la baza atribuirii contractului nr. 390/2011;

Contractul de finanțare nr. 233/13.12.2010.

Pârâtul a depus întâmpinare, solicitând respingerea acțiunii reclamantului ca fiind neîntemeiată. În fapt, o echipa din cadrul ministerului a procedat la efectuarea unui control care avea drept scop verificarea aspectelor menționate în SNI/313/07.09.2012.

Din analiza documentației de atribuire a contractului de achiziție publică 390/07.09.2011 încheiat de către reclamantă cu Asocieria Gea Strategy&Consulting SA și RomActiv Business Consulting SRL, având ca obiect achiziția de servicii de elaborare strategiilor de dezvoltare locală pentru 5 localități din județul Dâmbovița, s-a constatat că respectivul contract a fost încheiat cu încălcarea dispozițiilor art. 178 alin. 2 și art. 79 din OUG nr. 34/2006, având ca efect încălcarea prevederilor art. 2 alin. 1 lit. a și alin 2 din același act normativ.

A fost astfel întocmită Nota de stabilire a corecției financiare nr. 2237927 prin intermediul căreia, în sarcina reclamantei a fost stabilit conform prevederilor Ghidului pentru stabilirea corecțiilor financiare COCOF nr. 07/0037/03 și ale Anexei OG nr. 66/2011, punctul 2.3, o corecție financiară în cuantum de 5% din valoarea contractului 390/07.09.2011, respectiv 3.562,50 lei.

În fapt, echipa de control a constatat că la secțiunea V.4 - Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției în speță, reclamanta a inclus următoarele cerințe de calificare restrictive:

V.4.2 Capacitatea profesională:

1. Manager de proiect - 1 persoană

Cerințe minime de calificare:

Studii superioare de lungă durată, cu diplomă de absolvire/licență în domeniul economic sau tehnic

Studii post universitare în domeniul managementului de proiect sau diplomă/certificat de absolvire pentru Manager de proiect (cod COR 241919)

Minim 3 ani experiență profesională în calitate de manager de proiect

Participarea la elaborarea a minim 3 strategii de dezvoltare locala în calitate de manager de proiect.

Expert strategii dezvoltare -1 persoană

Cerințe minime de calificare:

studii superioare de lungă durată, cu diplomă de absolvire/licență în domeniul economic sau tehnic

minim 3 ani experiență în consultanță pentru administrația publică

participarea la elaborarea a minim 3 strategii de dezvoltare durabilă

Expert analiză diagnoză administrație publică - 1 persoană

Studii superioare de lungă durată, cu diplomă de absolvire/licență în domeniul economic, administrație publică sau tehnic

Minim 3 ani experiență în consultanță pentru administrația publică

Participarea în cel puțin 3 proiecte de consultanță pentru administrație publică (strategii de dezvoltare, studii, analize diagnostic)

4. Specialist analiză date - 1 persoană

studii superioare de lungă durată, cu diplomă de absolvire/licență în sociologie;

experiență profesională specifică de minim 3 ani

participarea în cel puțin 1 strategie de dezvoltare

Personal culegere date - 1 persoană

studii superioare de lungă durată, cu diplomă de absolvire/licență

experiență profesională de minim 1 an

participarea în cel puțin 1 activitate de teren pentru culegere date.

Conform dispozițiilor art. 179 din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu o e contractului care urmează să fie atribuit. Astfel, cerințele minime solicitat prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului, luându-se în calcul exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia.

În lumina dispozițiilor art. 188 alin. 2 lit. d din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă poate solicita operatorilor economici, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a acestora, informații cu privire la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului responsabil pentru îndeplinirea contractului de servicii. Raportat la dispoziția legală indicată, rugăm onorata instanță să constate faptul că nicăieri în aceasta nu se menționează vreun drept al autorității contractante de a impune un număr minim de 3 ani ca experiență profesională generală sau specifică acumulată de către experții propuși pentru derularea viitorului contract sau un anumit număr de proiecte acumulată de către experții propuși pentru derularea viitorului contract sau un anumit număr de proiecte acumulate ca și experiență similară experților.

Arată pârâtul că, în conformitate cu raportul procedurii nr. 9129/08.07.2011 de atribuire a contractului nr. 390/07.09.2011, în urma publicării invitației de participare nr. 296523/31.05.2011, au fost depuse trei oferte. Dintre acestea două oferte au fost respinse ca inacceptabile pe motiv că "personalul de specialitate și experții care vor avea roluri esențiale în îndeplinirea contractului nu întrunesc ce minime de calificare solicitate prin documentația de atribuire". Raportat la aspectele menționate mai sus, pârâtul afirmă că în mod corect a fost stabilită în sarcina reclamantei conform prevederilor Ghidului pentru stabilirea corecțiilor financiare COCOF nr. 07/0037/03 și ale Anexei OUG nr. 66/2011, punctul 2.3, o corecție financiară în cuantum de 5% din valoarea contractului 390/07.09.2011, respectiv 3.562,50 lei.

În ceea ce privește susținerile reclamantei legate de faptul că Nota de stabilire a corecției financiare nr. 2237927/18.12.2012 a avut la bază Ordinul ANRMAP nr. 509/2011, pârâtul arată că acest Ordin ANRMAP nu este menționat ca temei de drept în cadrul actului administrativ atacat (a se vedea punctul 8 din notă), mai mult decât atât, la punctul 10 din nota menționându-se în mod expres: "La stabilirea caracterului restrictiv al acestor cerințe nu a fost avut în vedere Ordinul ANRMAP 509/2011".

Referitor la susținerile reclamantei legate de Decizia CNSC nr. 3189/C2/3587/29.07.2011, pârâtul apreciază că acestea nu pot fi reținute, întrucât obiectul contestației formulate de către SC PDE Strategii și Investiții nu l-a constituit caracterul restrictiv al cerințelor de calificare, în motivarea deciziei CNSC nefăcându-se mențiuni cu privire la caracterul cerințelor impuse de către reclamantă „în cazul în care cerințele de calificare prevăzute în fișa de date a achiziției nu erau justificate, sau dacă consideră că autoritatea contractantă a inclus cerințe contradictorii/eronate/ambiguu formulate, contestatarul putea solicita autorității contractante clarificări în temeiul dispozițiilor art. 78 din OUG nr. 34/2006 sau poate contesta respectivele cerințe în termenul legal potrivit art. 255 coroborat cu art. 2562 din același act normativ".

Față de aceste considerente, pârâtul solicită respingerea acțiunii reclamantului ca neîntemeiată. Analizând actele și lucrările dosarului curtea va respinge ca neîntemeiată prezenta acțiune, pentru următoarele considerente: Astfel cum rezultă din cuprinsul documentației de atribuire analizată de pârât, reclamantul, în calitate de autoritate contractantă a impus prin fișa de date a achiziției, aferentă atribuirii contractului de achiziție publică 390/07.09.2011, o serie de cerințe în vederea

dovedirii capacității tehnice și/sau profesionale, prin care solicită participanților la procedură să facă dovada că experții cheie au experiență în administrația publică precum și dovada faptului că acești experți au participat la elaborarea unor proiecte similare în administrația publică.

În concret, prin secțiunea V.4 - Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției în speță, reclamanta a inclus următoarele cerințe de calificare, considerate restrictive:

- cu privire la managerul de proiect, s-a impus dovada unei cerințe minime în sensul participării la elaborarea a minim 3 strategii de dezvoltare locală în calitate de manager de proiect;
- cu privire la expertul strategii dezvoltare se prevede minim 3 ani experiență în consultanță pentru administrația publică și participarea la elaborarea a minim 3 strategii de dezvoltare durabilă;
- cu privire la expertul analiză diagnoză administrație publică se prevede minim 3 ani experiență în consultanță pentru administrația publică și participarea în cel puțin 3 proiecte de consultanță pentru administrație publică (strategii de dezvoltare, studii, analize diagnostic).
- cu privire la specialistul analiză date se prevede participarea în cel puțin 1 strategie de dezvoltare.

Potrivit dispozițiilor art. 188 alin. 2 din OUG nr. 34/2006, în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

a) o listă a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați. Prestările de servicii se confirmă prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar. În cazul în care beneficiarul este un client privat și, din motive obiective, operatorul economic nu are posibilitatea obținerii unei certificări/confirmări din partea acestuia, demonstrarea prestărilor de servicii se realizează printr-o declarație a operatorului economic;

b) informații referitoare la personalul/organismul tehnic de specialitate de care dispune sau al cărui angajament de participare a fost obținut de către candidat/ofertant, în special pentru asigurarea controlului calității;

c) informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru îndeplinirea contractului de servicii.

Atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției, prevede art. 8 alin. 2 din H.G. nr. 925/2006.

Ca atare, pentru a da eficiență principiului proporționalității, cerințele minime de calificare și selecție solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia, iar opțiunea autorității contractante pentru a impune astfel de cerințe trebuie motivată prin nota justificativă prevăzută de HG nr. 925/2006.

În ceea ce privește motivarea autorității contractante pe marginea cerințelor minime de calificare considerate de pârâtă ca fiind restrictive, este de observat că nota justificativă din 12.04.2011 se

rezumă la reluarea dispozițiilor art. 179 și art. 187 din OUG nr.34/2006, fără a fi menționate temeiurile care au condus autoritatea contractantă să considere că experiența similară a experților cheie în administrația publică se impune pentru a se asigura executarea contractului în condiții optime.

Or, dacă cerința dovedirii unei echipe de specialiști calificați în prestarea serviciilor de tipul celor ce fac obiectul contractului de achiziție este pe deplin conformă prevederilor art. 176 și 188 din OUG nr. 34/2006, nu rezultă nicidecum din cuprinsul acestei note justificative de ce a impus autoritatea contractantă un nivel concret al *experienței profesionale* specifice în administrația publică pentru membri echipei de specialiști și managerul de proiect.

În egală măsură o cerință minimă de calificare prin care se urmărește probarea participării experților cheie la un proiect similar (nicidecum identic și cu atât mai puțin un număr determinat de proiecte) este conformă principiului proporționalității însă, așa cum s-a reținut anterior, autoritatea contractantă a specificat ca și cerință minimă de calificare participarea experților cheie nu la proiecte similare ci la minim 3 strategii de dezvoltare durabilă/locală, participarea la cel puțin 3 proiecte de consultanță pentru administrația publică, restrângând astfel participarea la procedură în privința operatorilor economici care, deși dețin personal calificat prin prisma cerințelor referitoare la studii și a experienței profesionale specifice în aceste studii nu fac dovada experienței profesionale specifice în administrația publică.

Este de subliniat că efectul restrictiv determinat de cerințele minime de calificare impuse de reclamantă s-a realizat efectiv, rezultând din cuprinsul raportului procedurii nr. 9129/08.07.2011 de atribuire a contractului nr. 390/07.09.2011 că în urma publicării invitației de participare nr. 296523/31.05.2011, au fost depuse trei oferte, două oferte fiind respinse ca inacceptabile pe motiv că "personalul de specialitate și experții care vor avea roluri esențiale în îndeplinirea contractului nu întrunesc ce minime de calificare solicitate prin documentația de atribuire".

Cât privește decizia Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor nr. 3189/C2/3587/29.07.2011, Curtea constată că soluția pronunțată de Consiliu nu atestă nicidecum legalitatea cerințelor minime de calificare, întrucât soluția de respingere a criticilor formulate de SC PDE STRATEGII ȘI INVESTIȚII SRL pe marginea criteriilor de calificare a fost întemeiată pe faptul că ofertantul contestator nu a contestat în termen aceste cerințe de calificare, context în care documentația de atribuire a devenit definitivă și obligatorie (filele 36-37 dosar).

Față de aceste considerente, curtea constată că în mod legal a fost stabilită în sarcina reclamantei conform prevederilor Anexei OUG nr. 66/2011, punctul 2.3, o corecție financiară în cuantum de 5% din valoarea contractului 390/07.09.2011, astfel că va respinge ca neîntemeiată prezenta acțiune.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE:

Respinge acțiunea formulată de reclamantul JUDEȚUL DÂMBOVIȚA PRIN CONSILIUL JUDEȚEAN DÂMBOVIȚA, cu sediul în Municipiul Târgoviște, Piața Tricolorului nr. 1, jud. Dâmbovița, în contradictoriu cu pârâțul MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRATEI EI PUBLICE - AUTORITATEA DE MANAGEMENT PENTRU PROGRAMUL OPERAȚIONAL DEZVOLTAREA CAPACITĂȚII ADMINISTRATIVE (AM PODCA), cu sediul în București, Strada Apolodor nr. 17, Latura Nord, sector 5, ca neîntemeiată.

Cu recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, azi 01.11.2013.

Dosar nr. 1132/122/2013

TRIBUNALUL GIURGIU
SECȚIA CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
Sentiința civilă Nr. 634/CAF/2013
Ședința publică de la 30 Octombrie 2013

Pe rol judecarea cauzei Contencios administrativ și fiscal privind pe reclamant JUDEȚUL GIURGIU - PRIN CONSILIUL JUDEȚEAN GIURGIU și pe pârât MINISTERUL DEZVOLTĂRI REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, având ca obiect litigiu privind achizițiile publice. Despre mersul dezbaterilor s-a consemnat în încheierea din data de 17.10.2013, când s-au pus concluzii pe fond, dar instanța având nevoie de timp pentru a delibera, a amânat pronunțarea pentru data de 22.10.2013, 25.10.2013 și pentru data de astăzi, 30.10.2013, când a deliberat și pronunțat următoarea hotărâre:

INSTANȚA

Deliberând asupra cauzei de contencios administrativ de față, constată următoarele:

Prin cererea înregistrată pe rolul acestei instanțe sub nr. 1132/122/27.05.2013, reclamantul Județul Giurgiu prin Consiliul Județean Giurgiu în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, a formulat plângere împotriva Deciziei nr.123 din 17 aprilie 2013 emisă de pârât, a solicitat anularea deciziei și să se constate că în mod corect și legal s-a încheiat contractul de furnizare nr. 391/21.10.2010. În fapt, reclamantul arată că în cadrul Proiectului "Eficiența Administrativă prin e-Comunicare la nivelul Consiliului Județean Giurgiu", beneficiarul Consiliul Județean Giurgiu a încheiat Contractul de furnizare nr. 391/21.10.2010.

Astfel, reclamantul arată că potrivit deciziei atacate comisia de soluționare a contestației din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice a constatat că autoritatea contractanta a încălcat pe parcursul derulării procedurii de atribuire a contractului, prevederile Art. 8 alin. (1) lit. a), lit. b), alin. (2), Art. 26 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, și pe cele ale Art. 2 alin (2) lit. e), d), Art. 178 alin. (2), art. 179, Art. 188. alin. (1), lit. a) și lit. c) din O.U.G. nr. 34/2006, considerând astfel nefondate acuzațiile aduse, atât prin Nota de constatare, cât și prin respingerea contestației prin Decizia nr.123/17.04.2013, apreciind că Decizia doar reiterează constatările făcute de echipa de control.

Autoritatea contractantă consideră nefondate acuzațiile aduse referitoare la încălcarea principiului transparenței, precum și a prevederilor art. 26 alin. (2) din HG nr. 926/2006, întrucât urmare solicitărilor de clarificări, autoritatea contractantă a publicat în SEAP răspunsul la clarificări în secțiunea "Documentație și clarificări" din cadrul anunțului de participare, prin răspunsul publicat, permițând accesul nerestricționat al tuturor operatorilor economici interesați să participe la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, asigurând un grad de publicitate adecvat, făcând astfel posibilă respectarea principiului transparenței, definit la art. 2 din OUG nr. 34/2006.

În ceea ce privește acuzația potrivit căreia în cadrul documentației de atribuire au fost formulate cerințe minime de calificare restrictive, care nu prezintă relevanța și disproporționate în raport cu specificul, volumul și complexitatea produselor ce urmau a fi furnizate, se menționează ca este nefondată. Astfel, se arată că referitor la expertii solicitați, având în vedere că obiectul contractului nu este unul bazat pe simpla furnizare a unor produse, ci pe furnizarea unui sistem IT, un sistem denumit „Sistem e-Comunicare”, care cuprinde 17 componente (hardware, software, licențe, aplicații IT specializate, servicii de instalare (migrare date, asigurarea interoperabilității cu celelalte componente ale sistemului IT existent), mentenanță echipamente, licențe și aplicații și servicii de instruire pentru utilizatori), contractul a fost încadrat ca fiind unul cu grad de complexitate ridicat,

cerințele de calificare, fiind solicitate în acest sens. Astfel, au fost stabilite cerințe în scopul demonstrării potențialului organizatoric al operatorului economic de a participa la procedură, care să demonstreze că acesta poate să îndeplinească contractul și să rezolve eventualele dificultăți legate de îndeplinirea lui în cazul în care oferta va fi declarată câștigătoare, cerințe, stabilite în conformitate cu prevederile art. 178 alin (1) și (2) și art.187 alin (1) și (3) din OUG nr. 34/2006.

Se susține faptul că autoritatea contractantă considera că echipa de specialiști a operatorului economic ar trebui să posede competente demonstrate în activitățile specifice ale obiectului contractului, pentru a avea garanția ca ofertantul declarat câștigător își va îndeplini contractul în condiții optime de timp și calitate. Cerințele respective, asigură autoritatea contractantă de îndeplinirea în condiții optime a contractului, neimpunându-se criterii nerelevante și disproportionale în raport cu natura și complexitatea contractului.

În fapt, s-a solicitat ca ofertantul să facă dovada că are capacitatea profesională prin existența unor specialiști IT (angajați ai firmei sau cooptați pe perioada derulării proiectului - prin contracte de colaborare), cu un minim de experiență în domeniu de 5 ani/3 ani, spre exemplu: Project manager și back - up Project manager (în eventualitatea în care acesta se află în imposibilitatea de a-și desfășura activitatea pe parcursul derulării contractului) - aceștia trebuie să facă dovada faptului că au o anumită experiență în domeniu. Managerul de proiect este principalul responsabil pentru implementarea proiectului, atât din punctul de vedere al realizării la termen a rezultatelor angajate cât și din punctul de vedere al îndeplinirii condițiilor de calitate solicitate. Este o sarcină dificilă care presupune cunoștințe specifice, atât în domeniul IT&C cât și în domeniul managementului de proiect, precum și din punctul de vedere al experienței practice. Datorită timpului foarte scurt pentru realizarea sistemului este necesară sincronizarea foarte bună a echipelor de proiect, atât din punctul de vedere al personalului pus la dispoziție de ofertantul declarat câștigător, cât și din cel al interacțiunii acestuia cu personalul autorității contractante.

Se arată că cerințele minimale solicitate nu au impus anumite certificări și diplome astfel încât să limiteze accesul ofertanților, ci au specificat numai domeniul IT, au specificat experiența solicitată în conducerea de proiecte în domeniul IT, experiența practică rezultată din coordonarea a minim un proiect în domeniul IT pentru o instituție publică, unde cerințele sunt diferite față de o societate comercială.

Astfel, autoritatea contractantă a stabilit cerințele menționate anterior, având în vedere specificul și complexitatea contractului, cât și prevederile art. 188 alin.(1) lit. a) și c) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, care dau dreptul autorității contractante să solicite operatorilor economici să facă dovada capacității tehnice și/sau profesionale, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, cerințele formulate, fiind relevante pentru îndeplinirea contractului deoarece prin acestea, se asigură autoritatea contractantă ca operatorul economic ce va fi desemnat câștigător, va avea posibilitatea concretă de a îndeplini contractul de furnizare în bune condiții cu respectarea legislației specifice domeniului de activitate care face obiectul procedurii, ca acesta are capacitatea tehnică necesară îndeplinirii obligațiilor contractuale pe care și le-a asumat prin oferta prezentată, și ca poate interveni eficient în rezolvarea eventualelor probleme legate de îndeplinirea contractului.

În ceea ce privește dreptul autorității contractante de a impune un număr de ani, se menționează că la acea dată nu era specificat în mod expres în O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, dreptul de a se impune un număr de ani ca și experiență similară, cum de altfel, nici la aceasta dată nu este specificat în ordonanța sau în normele de aplicare ale acesteia. Ulterior datei demarării procedurii de atribuire a contractului, a fost publicată în SEAP o notificare în acest sens

din partea ANRMAP și publicat Ordinul ANRMAP nr. 509/2011 care să reglementeze modul concret privind formularea criteriilor de calificare și selecție.

Referitor la solicitarea ca și experiența similară privind participarea într-un număr minim de proiecte cu finanțare din fonduri structurale (...), se menționează că la acea dată, nu era reglementat acest aspect, ulterior, fiind postată pe site-ul ANRMAP-ului o Notificare cu Model de completare a Fisei de date a achiziției, model în cadrul căruia este prevăzută și posibilitatea autorităților contractante de a solicita ofertanților, să facă dovada ca experții propuși au experiența în proiecte similare celui care face obiectul achiziției.

De asemenea, referitor la solicitarea ca și experiența similară participarea în proiecte cu finanțare din fonduri structurale (...), se menționează că la luarea acestei decizii s-a avut în vedere specificul, obiectul și complexitatea contractului ce urma să fie atribuit, acesta fiind solicitat pentru a avea garanția că ofertantul care va fi desemnat câștigător are experiența necesară îndeplinirii contractului.

Referitor la cerința de calificare, dovada că a participat la implementarea a cel puțin unui proiect de furnizare de produse sau servicii IT..." se arată că prin contract finalizat, respectiv „după la bun sfârșit” se înțeleg, fie servicii recepționate parțial, fie servicii recepționate la sfârșitul prestării, astfel după cum sunt reglementate și în Ordinul ANRMAP nr. 509/2011, iar potrivit prevederilor OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, ofertanții aveau dreptul de a solicita clarificări la documentația de atribuire, în cazul în care aveau anumite neclarități.

Totodată, se precizează că la stabilirea cerințelor de calificare s-a ținut cont de următoarele prevederi legale: - Art.176, lit d) din O.U.G. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, în care se specifică că „autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională”; - Art. 187 alin (3) din O.U.G. nr. 34/2006 în care se precizează „Capacitatea tehnică și/sau profesională a unui ofertant/candidat se apreciază în funcție de experiența, aptitudinile, eficiența și eficacitatea acestuia, rezultate în urma analizei informațiilor prezentate pe parcursul procedurii de atribuire”:

Se consideră de asemenea, că cerințele nu sunt restrictive în raport cu natura și complexitatea contractului, ținând cont și de faptul că, conform prevederilor legislației aplicabile în materia achizițiilor publice, operatorii economici, în cazul în care nu îndeplinesc cerințele de calificare, au dreptul: - să participe la licitație fie în nume propriu, fie în asocieră (Art. 44, alin (1) din O.U.G. 34/2006, în care este menționat că „mai mulți operatori economici au dreptul de a se asocia cu scopul de a depune candidatura sau oferta comună, fără a fi obligați să își legalizeze din punct de vedere formal asocieră”), caz în care, cerința poate fi îndeplinită de către oricare dintre membrii asocierii; - să fie susținuți de către o terță persoană (OUG nr. 34/2006 - Art. 190. - (1) Capacitatea tehnică și profesională a ofertantului/candidatului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract, și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă), caz în care, cerința poate fi îndeplinită de către oricare dintre susținători.

Referitor la acuzația că „cerințele de calificare sunt disproporționate”, se arată că este nefondată, întrucât prin stabilirea cerințelor de calificare nu au fost încălcate prevederile art. 9, lit. a) din HG nr. 925/2006, unde sunt definite cazurile în care cerințele se considera să fie disproporționate, în speță, în cazul în care, suma valorilor/cantităților de produse furnizate, servicii prestate și lucrări executate, incluse în contractul/contractele prezentat/prezentate de către operatorul economic ca dovadă a experienței lui similare, să fie mai mare decât valoarea/cantitatea de produse/servicii/lucrări ce vor fi furnizate/prestate/executate în baza contractului care urmează să fie atribuit, întrucât suma valorilor furnizate, incluse în contractul prezentat de către operatorul

economic ca dovadă a experienței lui similare, solicitate, nu au fost mai mari decât valoarea ce urma a fi furnizată în baza contractului care face obiectul contestației. Se precizează că cerințele în cauză, nu intra în contradicție cu prevederile art. 8 din HG. nr. 925/2006, atâta timp cât criteriile de calificare solicitate au ca scop demonstrarea potențialului tehnic și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul.

Prin urmare, se consideră că procedura de atribuire a contractului s-a desfășurat cu respectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice, că cerințele stabilite nu au încălcat prevederile legale, deoarece nu sunt disproporționate, prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică și dă asigurări autorității contractante că ofertantul va putea îndeplini obligațiile contractuale în concordanță cu solicitările autorității contractante, lucru care de altfel s-a demonstrat ulterior.

În drept, se invocă dispozițiile art.51 alin.(2) din O.U.G. nr.66/2011 coroborat cu art. 11 din Legea nr.554/2004. La data de 05.07.2013, pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice a formulat **întâmpinare** solicitând respingerea acțiunii ca neîntemeiată. Totodată, pârâtul prin întâmpinare a invocat *exceptia necompetentei materiale* a Tribunalului Giurgiu, arătând că în conformitate cu dispozițiile art. 10 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, toate cererile privind actele administrative emise de autoritățile publice centrale care au ca obiect sume reprezentând finanțarea nerambursabilă din partea Uniunii Europene, indiferent de valoare, se soluționează în fond de secțiile de contencios administrativ și fiscal ale curților de apel. Având în vedere că suma care face obiectul pretențiilor reclamantei reprezintă finanțare nerambursabilă acordată reclamantei în baza contractului de finanțare nr. 137/02.06.2010. cod SMIS 11212, se consideră că instanța pe rolul căreia se află prezentul dosar (Tribunalul Giurgiu) nu este competentă material să soluționeze această cerere, solicitându-se declinarea competenței de soluționare a prezentei cauze către instanța competentă.

Pe fondul cauzei, se arată că în cadrul procedurii de achiziție aferente contractului de furnizare nr. 391/21.10.2010, încheiat între UAT Județul Giurgiu și SC PROSOFT++SRL, s-a încălcat principiul transparenței prin impunerea de criterii de calificare restrictive în cadrul Fișei de date a achiziției. Astfel, în cadrul secțiunii V.4/Capacitatea tehnică și/sau profesională, au fost solicitate următoarele cerințe minime de calificare, respectiv: A) „Project manager-trebuie să prezinte documente doveditoare pentru următoarele calificări:

1) Studii superioare de minim 5 ani în domeniul IT, experiența în câmpul muncii de cel puțin 5 ani în cadrul industriei IT, este angajat al ofertantului, minim 5 ani experiența în managementul de proiecte IT, experiența conducerii a minim 5 proiecte de implementare soluții IT complexe, dintre care minim 1 cu administrația publică și minim 2 proiecte finanțate din fonduri structurale de furnizare produse sau servicii IT din care minim 1 finalizat, experiență de minimum 5 ani în domeniul securității IT;

2) Back-up Proiect Manager - trebuie să prezinte documente doveditoare pentru următoarele calificări: Studii superioare de minim 3 ani în domeniul IT, experiență în câmpul muncii de cel puțin 3 ani în cadrul industriei IT, este angajat al ofertantului, minim 3 ani experiență în managementul de proiecte IT, experiența conducerii tehnice a minim 1 proiect cu finanțare din fonduri structurale de furnizare produse sau servicii IT finalizat, experiență de minimum 2 ani în domeniul securității bazelor de date de mari dimensiuni și administrării de servere de e-mail;

3) Manager tehnic implementare -2 persoane (manager tehnic înlocuitor) trebuie să prezinte documente doveditoare pentru următoarele calificări experiență în câmpul muncii de cel puțin 5 ani în cadrul industriei IT, experiența participării la realizarea a minim 2 proiecte cu finanțare din fonduri structurale, PHARE, sau Banca Mondială de finalizare de produse sau servicii IT din care minim 1 finalizat experiență de minimum 5 ani în domeniul securității IT sau a comunicațiilor electronice;

4) Consultații implementare - trebuie să prezinte documente doveditoare pentru Următoarele calificări: experiența participării la realizarea a minim 2 proiecte cu finanțare din fonduri structurale, PHARE, sau Banca Mondială de finalizare de produse sau servicii IT in care minim 1 finalizat (se vor prezenta recomandări de la beneficiarii de finanțare); B) Prin răspunsul la clarificări au fost modificate cerințe minime de calificare din cadrul Anunțului de participare.

În urma verificării criteriilor sus menționate s-a constatat faptul că au fost încălcate prevederile art. (2), art. 178 alin. (2) și art. 179 din OUG nr. 34/2006 și prevederile art. 8 alin. 1) lit. a) și lit. b) și art. 26 alin. (2) din HG nr. 925/2006. Prin urmare, în speță a fost aplicată o corecție de 25% din valoarea contractului de furnizare nr. 391/21.10.2010, conform prevederilor art. 4 din HG nr. 875/2011 și potrivit punctelor 1.2 și 1.7 din Anexa la OUG nr. 66/2011. În sarcina Unității Administrativ Teritoriale Județul Giurgiu, a fost stabilit un debit de 222.893,33 lei, astfel: contribuție UE: 158.922,37 lei - 85%; buget de stat: 24.305,77 lei-13%; T.V.A.: 39 665,19 lei.

În contradicție cu reclamanta și în baza concluziilor reținute prin Nota de constatare, se învederează următoarele aspecte: În speță, cerințele minime pentru demonstrarea capacității tehnice și profesionale au fost stabilite și aprobate prin Nota justificativă nr. 10613/11.08.2010, fiind inserat în cadrul capitolul V.4 - „Capacitatea tehnică și/sau profesională” din Fișa de date a achiziției. Documentația de atribuire a fost publicată atât în SEAP - prin anunțul de participare nr. 106248/18.08.2010 ca și în JOUE prin anunțul de participare nr. 2010/S160-247307/19.08.2010. Conform procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 13124/04.10.2010, până la data limită de depunere a ofertelor a fost depusă o singură ofertă (a operatorului economic SC PROSOFT SRL).

Pe parcursul derulării procedurii au fost consemnate 2 solicitări de clarificări, după cum urmează: solicitarea de clarificări nr. 11103/23.08.2010 (răspunsul la clarificări nr. 11173/24.08.2010); solicitarea de clarificări nr. 12923/29.09.2010 (răspunsul la clarificări nr. 12977/30.09.2010). Prin răspunsul la clarificări, autoritatea contractantă a modificat cerința minimă de calificare din Anunțul de participare, acceptând „ca experții să fi finalizat studii IT sau echivalent, domeniul tehnic fiind un domeniu acceptat”, fără a publica și un anunț de tip erată, conform art. 26. alin. (2) din HG nr. 925/2006: Susținerea potrivit căreia „urmăre solicitărilor de clarificări, autoritatea contractantă a publicat în SEAP răspunsul la clarificări în secțiunea „Documentație și clarificări” din cadrul anunțului de participare, prin răspunsul publicat, permițând accesul nerestricționat în al tuturor operatorilor economici interesați să participe la procedura de atribuire a contractului achiziție publică, asigurând un grad de publicitate adecvat, făcând astfel posibilă respectarea principiului transparenței”, nu poate fi luată în considerare întrucât potrivit (revederilor art. 26 alin. (2) din HG nr. 925/2006, în vigoare la data derulării procedurii de achiziție ,în cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări fața de informațiile deja publicate, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, în condițiile prevăzute de Regulamentul Comisiei Europene nr. 1.564/2005, care stabilește formatul standard al anunțurilor publicitare în cadrul procedurilor de atribuire prevăzute în directivele nr. 17/2004/CE și 18/2004/CE.

De asemenea, potrivit prevederilor art. 50 alin. (1) și alin. (2) din OUG nr. 34/2006 „în cazul în care prevederile prezentei ordonanțe de urgență stabilesc obligația publicării anunțului în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, atunci anunțul respectiv nu poate fi publicat la nivel național înainte de data transmiterii acestuia către Comisia Europeană” și „anunțul publicat la nivel național nu trebuie să conțină alte informații față de cele existente în anunțul publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și trebuie să menționeze data transmiterii către Comisia Europeană. Acest fapt a afectat în mod direct participarea operatorilor economici din Uniunea Europeana la procedura de achiziție, aceștia nefiind informați despre schimbările intervenite la nivelul Documentației de atribuire. În situația în care modificările aduse AP nu au fost publicate sub forma unui anunț tip. s-a constatat că

Autoritatea Contractantă a încălcat principiul transparenței prevăzut de art. 2 alin. 2 lit. d) din OUG nr. 34/2006, abaterea fiind corespunzătoare unei corecții de 25% din valoarea contractului de furnizare, conform pct. 1.2 "Nerespectarea procedurilor de publicitate, dar, totuși, a existat un anumit grad de publicitate" din Anexa la OUG nr. 66/2011).

De asemenea, din analiza documentelor puse la dispoziție, s-a constatat faptul că autoritatea contractantă nu a fost în măsură să justifice criteriile minime de calificare și/sau selecție referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională și a impus criterii nerelevante și disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului ce urma să fie atribuit, fără a se limita la cele strict necesare pentru a se asigura de îndeplinirea în condiții optime a contractului.

Pe de altă parte, pentru membrii echipei de proiect a fost solicitată ca experiență similară participarea la minim 5 proiecte de implementare, soluții IT complexe-pentru Project Vlanager și Back-up Project Manager, iar pentru restul echipei de proiect să facă dovada implicării într-un număr minim de 2 proiecte.

În cadrul notei justificative privind cerințele minime de calificare, nu a fost motivată necesitatea ca experții "Project Manager" și "Back-up Project Manager" să fi implementat minim 5 proiecte și care este motivul pentru care un Project Manager care a implementat un număr mai mic de proiecte, nu ar fi avut capacitatea de a implementa proiectul în cele mai bune condiții, dar mai ales nu a fost justificată legătura între numărul de proiecte implementate și capacitatea unui expert de a participa la derularea unui contract de furnizare componente IT și de softuri.

De asemenea, în cadrul notei justificative nu a fost motivată necesitatea cerinței participării experților "Project Manager" și "Back-up Project Manager", la implementarea a cel puțin un proiect în administrația publică, altfel spus nu s-a explicat de ce doar experții care au participat la implementarea unui proiect în administrația publică pot participa la derularea unui contract (care este de regulă componenta unui proiect).

În același timp, condiționarea de participarea la un anumit număr de proiecte care să fost finanțate din fonduri structurale, Phare, sau Banca Mondială, a fost impusă fără a se motiva acest aspect prin nota justificativă, respectiv care este relevanța sursei de finanțare a proiectelor și a faptului că doar experții care au participat la implementarea unor proiecte cu finanțare din fonduri europene, pot fi acceptați în cadrul contractului de achiziție în cauză vând ca obiect furnizare componente IT).

Referitor la cerințele restrictive prezentate anterior, este de reținut faptul că, la momentul derulării procedurii de achiziție, erau în vigoare prevederile art. 176 din OUG nr. 4/2006, în conformitate cu care „Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare numai la:...d) capacitatea tehnică și/sau profesională". Aceste prevederi trebuiau coroborate cu prevederile art. 178 alin. (1) și alin. (2) din OUG nr. 34/2006 conform cărora, "pentru aplicarea criteriilor de natura celor prevăzute la art. 176 lit. c) și d), autoritatea contractantă avea obligația de a preciza în cadrul anunțului de participare cerințele minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați" și de asemenea „autoritatea contractantă nu avea dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care să conducă la restricționarea participării la procedura de atribuire". Condițiile pentru verificarea capacității tehnice și/sau profesionale, în cazul unui contract de furnizare, sunt reglementate de prevederile art. 188 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Se arată că pentru săvârșirea abaterilor încadrate la pct. 1.2 și 1.7 din Anexa la OUG nr. 66/2011, a fost aplicată o singură corecție de 25% din valoarea contractului de furnizare nr. 391/21.10.2010, încheiat între UAT Județul Giurgiu și SC PROSOFT SRL, având în vedere prevederile art. 4 din HG

nr.875/2011 în cazul în care, pentru același contract de achiziție verificat, se constata existența mai multor nereguli/abateri privind regimul achizițiilor pentru care trebuie aplicate corecțiile financiare procentuale prevăzute în anexa la ordonanță, corecțiile financiare nu se cumulează și se va aplica valoarea cea mai mare a corecției financiare procentuale propuse.

Autoritatea contractantă nu a respectat prevederile art. 179 privind principiul proporționalității la stabilirea criteriilor de calificare și selecție întrucât la cerințele minime licitate prin documentația de atribuire trebuiau să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia. Cerințele minime de calificare sunt nerelevante și disproporționate, având în vedere faptul că acest contract este unul de furnizare, de echipamente și/sau softuri, care nu justifică însă necesitatea impunerii de cerințe minime de calificare pentru experții implicați în proiect de nivelul celor solicitate de autoritatea contractantă, întrucât exista posibilitatea ca un operator economic să poată dovedi participarea experților/personalului de specialitate la un număr mai mic de proiecte decât cel impus sau finanțat din alte surse decât cele nerambursabile, ori pentru un alt tip de beneficiar. Cerința privind demonstrarea experienței similare prin prezentarea unor „contracte finalizate este restrictivă și nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea actului ce urma să fie atribuit, întrucât există posibilitatea ca un operator economic să fi început executarea unui astfel de contract, dar să nu-l fi finalizat la momentul derulării procedurii de achiziție respectivă.

Se susține că la momentul emiterii actului administrativ atacat, s-au avut în vedere dispozițiile OUG nr. (36/2011, ale O.U.G. nr. 34/2006 și respectiv ale HG nr. 925/2006 - forma consolidate la momentul inițierii procedurii de achiziție, considerând că aplicarea corecției financiare de 25% din valoarea contractului de furnizare nr. 391/21.10.2010, s-a efectuat în mod corect și legal (abaterile fiind sancționate conform punctelor 1.2 și 1.7 din Anexa la OUG nr. 66/2011), cu respectarea prevederilor art. 4 din HG nr. 875/2011.

Referitor la condițiile de existență ale unei „nereguli”, se învederează că potrivit dispozițiilor art. 2 alin. (1), lit. a) din O.U.G. nr. 66/2011, neregula reprezintă „orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau bunurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă plătită necuvenit”.

Referitor la „existența sau potențialitatea unui efect prejudiciabil al încălcării/abaterii pentru bugetul general al Uniunii Europene...”, art. 1 din Regulamentul (CE. Euratom) nr. 2988/95 al Consiliului U.E. din 18 decembrie 1995 - privind protecția intereselor financiare Comunităților Europene prevede: "(1) în scopul protejării intereselor financiare ale Comunităților Europene, se adoptă prin prezenta o reglementare generală privind controalele uniforme, măsurile și sancțiunile administrative privind abaterile de la dreptul comunitar. (2) Constituie abatere orice încălcare a unei dispoziții de drept comunitar, ca urmare a ei acțiuni sau omisiuni a unui agent economic, care poate sau ar putea prejudicia bugetul general al Comunităților sau bugetele gestionate de acestea, fie prin diminuarea sau pierderea veniturilor acumulate din resurse proprii, colectate direct în numele Comunităților, prin cheltuieli nejustificate."

În concluzie, în acord cu legislația europeană, existența abaterii /neregulii/cheltuielii justificate presupune implicit potențialitatea/ existența prejudicierii bugetului U.E., iar o neregulă cu impact financiar reprezintă o situație în care s-a realizat plata unor fonduri ce constituie cheltuieli nejustificate, prejudiciindu-se astfel bugetul european. În cauză s-a administrat proba cu înscrisuri.

În ce privește **excepția necompetenței materiale** invocată de pârât tribunalul o constată nefondată pentru următoarele considerente:

Potrivit disp. art. 2 lit. j din OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, constituie creanțe bugetare rezultate din nereguli sumele de recuperat ca urmare a constatării unei nereguli în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

Art. 21 alin. 19 și 20 din același act normativ statuează că „(19) *Procesul-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanței bugetare este act administrativ în sensul Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare.*

(20) Procesul-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanței bugetare/Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare constituie titlu de creanță și se emite în vederea stingerii acestei creanțe”.

Potrivit art. 46 alin. 1 din ordonanță, „împotriva titlului de creanță se poate formula contestație în condițiile prezentei ordonanțe de urgență”, iar potrivit art. 51 alin. 2, „(2) *Deciziile pronunțate în soluționarea contestațiilor pot fi atacate de către contestator la instanța judecătorească de contencios administrativ competentă, în conformitate cu prevederile Legii nr 554/2004, cu modificările și completările ulterioare”.*

Sumele de recuperat ca urmare a constatării unei nereguli în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora reprezentând creanțe bugetare, devin incidente prevederile art. 10 alin. 1 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, privind competența de soluționare a pricinilor.

Potrivit acestui din urmă text, „Litigiile privind actele administrative emise sau încheiate de autoritățile publice locale și județene, precum și cele care privesc taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora de până la 500.000 de lei se soluționează în fond de tribunalele administrativ-fiscale, iar cele privind actele administrative emise sau încheiate de autoritățile publice centrale, precum și cele care privesc taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora mai mari de 500.000 de lei se soluționează în fond de secțiile de contencios administrativ și fiscal ale curților de apel, dacă prin lege organică specială nu se prevede altfel”.

În același sens al determinării competenței după quantumul creanței bugetare a statuat și Secția de Contencios Administrativ și Fiscal a Înaltei Curți de Casație și Justiție, în adoptarea în Ședința Plenului SCAF din data de 15 februarie 2010 a unei soluții de principiu în acest sens, în vederea interpretării și aplicării unitare a legislației în materia contenciosului administrativ și fiscal. Chiar dacă soluția de principiu a fost adoptată în considerarea reglementării anterioare, recte OG nr. 79/2003, curtea a reținut că, atâta timp cât elementul determinant în adoptarea acestei soluții nu l-a constituit trimiterea la procedura de contestare din OG nr. 92/2003, ci exclusiv natura de creanță bugetară a sumelor de recuperat, raționamentul instanței supreme se aplică *mutatis mutandis* și sub imperiul noii reglementări.

Suma de recuperat de la reclamant, potrivit notei de constatare a cărei suspendare se solicită, fiind sub plafonul de 500.000 RON la care face referire teza a I-a a art. 10 alin. 1 din Legea nr. 554/2004, competența de soluționare a prezentei cauze, în raport de quantumul creanței bugetare aparține tribunalului ca instanță de contencios administrativ și fiscal.

Pe fondul cauzei, examinând acțiunea reclamantului, apărările pârâtului și probele administrate tribuna ul constată neîntemeiată acțiunea pentru următoarele considerente:

Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare din 6.02.103 înregistrată sub nr. 434253/6.02.2013, emisă de Corpul de control a Ministrului Afacerilor Interne urmare a controlului efectuat cu privire la suspiciunea de neregulă privind respectarea legislației achizițiilor publice în aplicarea prevederilor privind achizițiile publice în cadrul atribuirii contractului de furnizare nr. 391/21.10.2010, s-a aplicat o corecție financiară de 25% din valoarea contractului la sumele rambursate beneficiarului, valoarea creanței bugetare rezultate din aplicare fiind de 222.893,33 lei fără TVA.

S-a reținut că autoritatea contractantă Consiliul Județean Giurgiu în cadrul procedurii de achiziție aferente contractului de furnizare nr. 391/21.10.2010, încheiat între UAT Județul Giurgiu și SC PROSOFT++SRL, a încălcat principiul transparenței prin impunerea de criterii de calificare restrictive în cadrul fișei de date a achiziției. Astfel, în cadrul secțiunii *V4/Capacitatea tehnică și/sau profesională*, au fost solicitate următoarele cerințe minime de calificare, respectiv:

A) „Project manager - trebuie să prezinte documente doveditoare pentru următoarele calificări:

1) Studii superioare de minim 5 ani în domeniul IT, experiența în câmpul muncii de cel puțin 5 ani în cadrul industriei IT, este angajat al ofertantului, minim 5 ani experiența în managementul de proiecte IT, experiența conducerii a minim 5 proiecte de implementare soluții II complexe, dintre care minim 1 cu administrația publică și minim 2 proiecte finanțate din fonduri structurale de furnizare produse sau servicii II din care minim 1 finalizat, experiență de minimum 5 ani în domeniul securității IT;

2) Back-up Proiect Manager- trebuie să prezinte documente doveditoare pentru următoarele calificări: Studii superioare de minim 3 ani în domeniul IT, experiență în câmpul muncii de cel puțin 3 ani în cadrul industriei IT, este angajat al ofertantului, minim 3 ani experiență în managementul de proiecte IT, experiența conducerii tehnice a minim 1 proiect cu finanțare din fonduri structurale de furnizare produse sau servicii IT finalizat, experiență de minimum 2 ani în domeniul securității bazelor de date de mari dimensiuni și administrării de servere de e-mail;

3) Manager tehnic implementare - 2 persoane (manager tehnic înlocuitor) trebuie să prezinte documente doveditoare pentru următoarele calificări experiență în câmpul muncii de cel puțin 5 ani în cadrul industriei IT, experiența participării la realizarea a minim 2 proiecte cu finanțare din fonduri structurale, PHARE, sau Banca Mondială de finalizare de produse sau servicii IT din care minim 1 finalizat experiență de minimum 5 ani în domeniul securității IT sau a comunicațiilor electronice;

4) Consultanți implementare - trebuie să prezinte documente doveditoare pentru următoarele calificări: experiența participării la realizarea a minim 2 proiecte cu finanțare din fonduri structurale, PHARE, sau Banca Mondială de finalizare de produse sau servicii IT în care minim 1 finalizat (se vor prezenta recomandări de la beneficiarii de finanțare);

B) Prin răspunsul la clarificări au fost modificate cerințe minime de calificare din cadrul Anunțului de participare.

Astfel, au fost încălcate prevederile art. (2), art. 178 alin. (2) și art. 179 din OUG nr. 34/2006 și prevederile art. 8 alin. 1) lit. a) și lit. b) și art. 26 alin. (2) din HG nr. 925/2006. Prin urmare, în speță a fost aplicată o corecție de 25% din valoarea contractului de furnizare nr. 391/21.10.2010, conform prevederilor art. 4 din HG nr. 875/2011 și potrivit punctelor 1.2 și 1.7 din Anexa la OUG nr. 66/2011.

S-a mai constatat că autoritatea contractantă nu a respectat prevederile art. 179 privind principiul proporționalității la stabilirea criteriilor de calificare și selecție întrucât la cerințele minime licitate prin documentația de atribuire trebuiau să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia. Cerințele minime de calificare sunt nerelevante și disproporționate, având în vedere faptul că acest contract este unul de furnizare, de echipamente și/sau softuri, care nu justifică însă necesitatea impunerii de cerințe minime de calificare pentru experții implicați în proiect de nivelul celor solicitate de autoritatea contractantă, întrucât exista posibilitatea ca un operator economic să poată dovedi participarea experților /personalului de specialitate la un număr mai mic de proiecte decât cel impus, sau finanțat din alte surse decât cele nerambursabile, ori pentru un alt tip de beneficiar. Cerința privind demonstrarea experienței similare prin prezentarea unor contracte finalizate este restrictivă și nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea actului ce urma să fie atribuit, întrucât există posibilitatea ca un operator economic să fi început executarea unui astfel de contract, dar să nu-l fi finalizat la momentul derulării procedurii de achiziție respectivă.

Împotriva notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor a formulat contestație reclamantul, prin decizia nr. 123/17.04.2013 comisia de soluționare a contestațiilor din cadrul ministerului pârât respingând contestația ca nefondată, deoarece autoritatea contractantă a modificat cerințe minime de calificare precizate la Cap. V.4 Capacitatea tehnică și/sau profesională din cadrul anunțului de participare prin clarificări publicate în SEAP, fără a publica un anunț tip erată prin care să facă publice modificările în Jurnalul Oficial a Uniunii Europene. Încălcând obligația impusă de art. 26 alin. 2 din HG nr. 925/2006, precum și prevederile art. 50 alin. 1 și 2 din OUG nr. 34/2006.

De asemenea, s-a reținut că autoritatea contractantă a restricționat participarea la procedura de atribuire prin introducerea unor cerințe minime de calificare care nu prezintă relevanță și prin nemotivarea acestor cerințe printr-o notă justificativă emisă anterior publicării anunțului de participare. Cerințele minime de calificare sunt și disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție fiind încălcate prevederile art. 178 alin. 2, art. 179 din OUG nr. 34/2006.

Prin plângerea de față, reclamantul considera nefondate acuzațiile aduse referitoare la încălcarea principiului transparenței, precum și a prevederilor art. 26 alin. (2) din HG nr. 926/2006, întrucât urmare solicitărilor de clarificări, autoritatea contractantă a publicat în SEAP răspunsul la clarificări în secțiunea "Documentație și clarificări" din cadrul anunțului de participare, prin răspunsul publicat, permițând accesul nerestricționat al tuturor operatorilor economici interesați să participe la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, asigurând un grad de publicitate adecvat, făcând astfel posibilă respectarea principiului transparenței, definit la art. 2 din OUG nr. 34/2006.

Sub acest aspect tribunalul reține că pe parcursul derulării procedurii de achiziție au fost consemnate 2 solicitări de clarificări, după cum urmează: solicitarea de clarificări nr. 11103/23.08.2010 (răspunsul la clarificări nr. 11173/24.08.2010); solicitarea de clarificări nr. 12923/29.09.2010 (răspunsul la clarificări nr. 12977/30.09.2010). Prin răspunsul la clarificări, autoritatea contractantă a modificat cerința minimă de calificare din Anunțul de participare, acceptând „ca experții să fi finalizat studii IT sau echivalent, domeniul tehnic fiind un domeniu acceptat”, fără a publica și un anunț de tip erată, conform art. 26. alin. (2) din HG nr. 925/2006.

Potrivit art. 26 alin. 2 din HG nr. 925/2006: *În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja publicate, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, în condițiile prevăzute de*

Regulamentul Comisiei Europene nr. 1.564/2005, care stabilește formatul standard al anunțurilor publicitare în cadrul procedurilor de atribuire prevăzute în directivele nr. 17/2004/CE și 18/2004/CE.

Publicarea în SEAP a răspunsului la clarificări nu este de natură să respecte principiul transparenței procedurii art. 2 alin. 2 lit. d) din OUG nr. 34/2006 și prevederile art. 26 alin. 2, mai ales că, potrivit art. 50 alin. (1) și alin. (2) din OUG nr. 34/2006 „în cazul în care prevederile prezentei ordonanțe de urgență stabilesc obligația publicării anunțului în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, atunci anunțul respectiv nu poate fi publicat la nivel național înainte de data transmiterii acestuia către Comisia Europeană” și „anunțul publicat la nivel național nu trebuie să conțină alte informații față de cele existente în anunțul publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și trebuie să menționeze data transmiterii către Comisia Europeană”.

Acest fapt a afectat în mod direct participarea operatorilor economici din Uniunea Europeană la procedura de achiziție, aceștia nefiind informați despre schimbările intervenite la nivelul documentației de atribuire.

În ceea ce privește acuzația potrivit căreia în cadrul documentației de atribuire au fost formulate cerințe minime de calificare restrictive, care nu prezintă relevanta și disproporționate în raport cu specificul, volumul și complexitatea produselor ce urmau a fi furnizate, reclamantul arată de asemenea că este nefondată, având în vedere că obiectul contractului nu este unul bazat pe simpla furnizare a unor produse, ci pe furnizarea unui sistem IT, fiind stabilite cerințe în scopul demonstrării potențialului organizatoric al operatorului economic de a participa la procedură, care să demonstreze că acesta poate să îndeplinească contractul și să rezolve eventualele dificultăți legate de îndeplinirea lui în cazul în care oferta va fi declarată câștigătoare, cerințe, stabilite în conformitate cu prevederile art. 178 alin (1) și (2) și art. 187 alin (1) și (3) din OUG nr. 34/2006.

Tribunalul reține că pentru membrii echipei de proiect a fost solicitată ca experiență similară participarea la minim 5 proiecte de implementare, soluții IT complexe-pentru Project Vlanager și Back-up Project Manager, iar pentru restul echipei de proiect să facă dovada implicării într-un număr minim de 2 proiecte, după cum s-a arătat mai sus la susținerile părților. În cadrul notei justificative privind cerințele minime de calificare, nu a fost motivată necesitatea ca experții "Project Manager" și "Back-up Project Manager" să fi implementat minim 5 proiecte și care este motivul pentru care un Project Manager care a implementat un număr mai mic de proiecte, nu ar fi avut capacitatea de a implementa proiectul în cele mai bune condiții, dar mai ales nu a fost justificată legătura între numărul de proiecte implementate și capacitatea unui expert de a participa la derularea unui contract de furnizare componente IT și de softuri. De asemenea, în cadrul notei justificative nu a fost motivată necesitatea cerinței participării experților "Project Manager" și "Back-up Project Manager", la implementarea a cel puțin un proiect în administrația publică, altfel spus nu s-a explicat de ce doar experții care au participat la implementarea unui proiect în administrația publică pot participa la derularea unui contract (care este de regulă componenta unui proiect). În același timp, condiționarea de participarea la un anumit număr de proiecte :are să fost finanțate din fonduri structurale, Phare, sau Banca Mondială, a fost impusă fără a se motiva acest aspect prin nota justificativă, respectiv care este relevanța sursei de finanțare a proiectelor și a faptului că doar experții care au participat la implementarea unor proiecte cu finanțare din fonduri europene, pot fi acceptați în cadrul contractului de achiziție în cauză vând ca obiect furnizare componente IT).

Tribunalul reține sub acest aspect că procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de achiziție publică este reglementată de dispozițiilor O.U.G. nr. 34/2006 și de normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică aprobate prin H.G. nr. 925/2006, după cum urmează:

Art. 176: „Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare numai la:

- a) situația personală a candidatului sau ofertantului;
- b) capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- c) situația economică și financiară;
- d) capacitatea tehnică și/sau profesională;
- e) standarde de asigurare a calității;
- f) standarde de protecție a mediului, în cazurile prevăzute la art. 188 alin. (2) lit. f) și alin. (3) lit. e).”

Art. 178: „(1) Pentru aplicarea criteriilor de natura celor prevăzute la art. 176 lit. c) și d), autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul anunțului de participare cerințele minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați, conform prevederilor paragrafelor 4 și 5 din prezenta secțiune. (2) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire.”

Art. 179: „Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul cerințelor minime solicitate, luând în considerare exigentele specifice impuse de natura și complexitatea contractului care urmează să fie atribuit.”

Art. 187: „(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ca operatorul economic care participă la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică să facă dovada capacității sale tehnice și/sau profesionale. (3) Capacitatea tehnică și/sau profesională a unui ofertant/candidat se apreciază în funcție de experiența, aptitudinile, eficiența și eficacitatea acestuia, rezultate în urma analizării informațiilor prezentate pe parcursul procedurii de atribuire. “

Normele de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică aprobate prin H.G. nr. 925/2006:

Art. 7: „Criteriile de calificare și selecție, astfel cum sunt prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.”

Art. 8: „(1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care:

- a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;
 - b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.
- (2) Atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției.

Astfel, așa cum rezultă din dispozițiile legale enunțate mai sus, esențial în soluționarea prezentei cauze este de a se verifica respectarea de către autoritatea contractantă, odată cu impunerea cerințelor minime de calificare de la pct. V.4 din fișa de date a achiziției, a principiilor

nerestricționării participării la procedura de atribuire, proporționalității în raport cu obiectul contractului, respectiv cel al luării în considerare a exigentelor specifice impuse de natura și complexitatea contractului care urmează să fie atribuit, principii ce rezultă din prevăzute art. 178 și 179 din O.U.G. nr. 34/2006.

Ori, sub acest aspect se constată că, prin impunerea ca ofertanții participanți să facă dovada experienței similare prin prezentarea a minimum 5 proiecte de implementare soluții IT complexe (pentru IT manager și back-up project manager) și implicarea în minimum 2 proiecte pentru restul echipei autoritatea contractantă a încălcat aceste principii, cu consecința încălcării principiilor nediscriminării și egalității de tratament prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din O.U.G. nr. 34/2006 și cea a neatingerii scopurilor pentru care se desfășoară achiziția publică, anume cele prevăzute de art. 2 alin. (1) lit. a), b) și d) din ordonanță, acest ultim obiectiv (asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice, prin aplicarea procedurilor de atribuire de către autoritățile contractante) putând fi nerealizat cât timp, prin cerința restrictivă și nejustificată, se poate ajunge la eliminarea unor posibili ofertanți ce dețin capacitatea tehnică necesară executării contractului și care ar putea propune și prețul cel mai scăzut.

Astfel, impunerea dovedirii experienței printr-un număr minim de proiecte pune în dificultate operatorul economic, fiind defavorizați cei care prezintă unul sau două proiecte similare, creându-se avantaje celor care prezintă numărul minim de proiecte, dovadă fiind faptul că s-a depus o singură ofertă pentru atribuirea contractului.

Ori, scopul stabilirii cerinței minime de calificare ținând de experiența similară este atins, fără echivoc, și în situația în care ofertantul prezintă unul, două, trei sau trei proiecte similare implementate. Aceste proiecte relevă în egală măsură posibilitatea concretă a ofertantului de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia.

De altfel, prevederile O.U.G. nr. 34/2006 impun, practic, doar dovada experienței similare prin prezentarea unei liste a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați, fiind suficientă dovada efectuată prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar, respectiv a unei liste a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări și care vor conține valori, perioada și locul execuției lucrărilor, modul de îndeplinire a obligațiilor, beneficiari, indiferent dacă aceștia sunt autorități contractante sau clienți privați.

Ținând seama de scopul impunerii cerințelor minime de calificare și, în speță, de natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, chiar dacă cerința minimă nu se regăsește printre cele prezumate de art. 9 din HG nr. 925/2006 ca fiind restrictive, stabilirea modalității de dovadă a capacității tehnice experienței similare, aptitudinilor, eficienței și eficacității ofertanților, de natură a reduce riscul neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a contractului de către ofertantul declarat câștigător prin prezentarea a cel puțin 5 proiecte soluții IT complexe implementate, are caracter restrictiv și disproporționat, limitând în mod artificial competiția și încălcând principiul egalității de tratament și nediscriminării, totodată nefiind justificată de autoritatea contractanta în condițiile art. 8 din H.G. nr. 925/2006.

În raport de cele reținute, precum și de cele reținute în decizia de respingere a contestației administrative și expuse anterior, tribunalul constată legale și temeinice nota de constatare și decizia de respingere a contestației și va respinge plângerea reclamantului ca neîntemeiată.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge ca neîntemeiată acțiunea reclamantului **CONSILIUL JUDEȚEAN GIURGIU**, cu sediul în mun. Giurgiu, județul Giurgiu, în contradictoriu cu pârâatul **MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE**, cu sediul în București.

Cu drept de recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, azi, 30 Octombrie 2013.

Dosar nr. 290/43/2013

CURTEA DE APEL TÂRGU MUREȘ
SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
SENTINȚA Nr. 14/2014
Ședința publică din 23 ianuarie 2014

Pe rol judecarea acțiunii formulate de reclamanta MUNICIPIUL TÂRGU MUREȘ, cu sediul în Tg. Mureș, județul Mureș, în contradictoriu cu pârâtul GUVERNUL ROMÂNIEI MINISTERUL DEZVOLTĂRII REGIONALE ȘI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE, cu sediul în București, având ca obiect anularea Deciziei nr. 58 din 9.07.2013, a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-2.431.170 din 7 Mai 2013 emisă de pârâtă prin Serviciul de Soluționare a Contestațiilor Neregulilor Fondurilor Europene și exonerarea de la plata sumelor stabilite prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare emisă de pârât la data de 7.05.2013 sub nr. CA -2.431.170 aferentă proiectului COD SMIS 10988 cu titlu de „ Modernizarea și eficientizarea serviciilor publice în folosul cetățenilor din Municipiul Tg. Mureș”.

La apelul nominal făcut în ședința publică a răspuns reclamantul, prin consilier juridic B.K, lipsă fiind pârâtul. Procedura de citare este legal îndeplinită. S-a prezentat referatul asupra cauzei de către greșier, după care: Reprezentanta reclamantului, consilier juridic B K solicită încuviințarea probei cu înscrisuri, depunând în acest sens extrasul de cont prin care a plătit suma stabilită, susține că nu mai are cereri de formulat, împrejurare de care instanța ia act, încheie procedura probatorie și acordă cuvântul asupra fondului.

Reprezentanta reclamantului susține acțiunea și solicită admiterea ei cu consecința anulării Deciziei nr. 58/2013 și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare emise de pârât precum și exonerarea de la plata sumelor stabilite prin Nota de constatare prin care s-a aplicat o corecție financiară în cuantum de 5% din valoarea contractului. Arată că nu au fost încălcate nici unul din principiile care au stat la baza atribuirii contractului de achiziție publică, nici a prevederile OUG nr. 34/2006, nefiind aplicat nici un criteriu discriminatoriu și nici o abatere care să determine aplicarea unei corecții financiare. Pentru toate motivele expuse detaliat în scris solicită admiterea acțiunii.

CURTEA DE APEL

Prin acțiunea în contencios administrativ înregistrată la această instanță sub nr. 290/43/2013 la data de 06.08.2013, reclamantul Municipiul Tg-Mureș a solicitat, în contradictoriu cu Guvernul României-Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, admiterea acțiunii, anularea Deciziei nr.58/09.07.2013 și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr.CA-2.431.170/07.05.2013 emise de pârât prin Serviciul Soluționare Contestații Nereguli Fonduri Europene, exonerarea de la plata sumelor stabilite prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare emisă de pârât la data de 07.05.2013 sub nr.CA-2.431.170 aferentă proiectului COD SIM 10988 cu titlul „Modernizarea și eficientizarea serviciilor publice în folosul cetățenilor din Municipiul Tg.Mureș” prin care i s-a aplicat o corecție financiară în cuantum de 5% din valoarea Contractului nr.316/12.11.2010.

În temeiul art. 15 alin.1 din Legea nr.554/2004 a contenciosului administrativ cu modificările ulterioare, coroborate cu prevederile art. 14, solicită suspendarea executării acestor acte administrative, până la soluționarea definitivă și irevocabilă a fondului acțiunii în contencios administrativ. Solicită și cheltuieli de judecată.

În motivare se arata că, prin nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare emise de pârât sub nr.CA - 2.431.170/07.05.2013 aferentă proiectului COD SMIS 10988 cu titlu „Modernizarea și eficientizarea serviciilor publice în folosul cetățenilor din Municipiul Tg-Mureș”, s-a aplicat o corecție financiară în cuantum de 5% din valoarea contractului nr.316/12.11.2010. Pentru a se pronunța astfel pârâtul a reținut că Autoritatea contractantă a încălcat prevederile legale în materia achizițiilor publice referitor la contractul de mai sus încheiat cu SC Sobis Solution SRL.

Reclamantul arată că a formulat contestație împotriva acestei note de constatare care a fost respinsă prin Decizia nr.58/9.07.2013. Se mai arată că, în opinia sa prev. OUG nr.66/2011 nu sunt incidente în speța de față întrucât procedura supusă controlului a fost începută anterior apariției OUG nr.66/2011 contractul de finanțare nr.103/29.04.2010 asupra unei documentații de atribuire fiind publicată în SEAP în data de 30.08.2010 iar contractul a fost încheiat la 12.11.2010. Astfel o primă problemă de drept privește aplicarea legii civile respectiv a OUG nr.66/2011 în timp, și anume faptul că legea civilă nu retroactivează. Din cuprinsul acestui act normativ rezultă că el are doar dispoziții de ultraactivitate a legii vechi (art.66) și nu de retroactivitate a legii noi. Astfel reclamantul arată că o situație juridică produce acele efecte care sunt în vigoare la data producerii ei. În ceea ce privește verificarea procedurii de atribuire a contractului de achiziție, echipamente hardware, software 316/2010 încheiat cu SC Sobis Solution SRL în valoare de 120.125 lei fără TVA, s-a constatat că autoritatea contractantă a inclus în fișa de date achiziții cerințe de calificare privind capacitatea tehnică și/profesională, stabilirea unor cerințe prin care se restricționează participarea operatorilor economici la procedura de achiziții fiind astfel încălcate prtev.art.178 alin.2, 179 din OG nr.34/2006, alin.1 lit.b și alin.2 din art.8 al HG nr.925/2006.

În combaterea acestor aspecte reținute de pârât în nota de constatare, reclamantul arată că, capacitatea profesională a ofertanților s-a apreciat în funcție de experiența, aptitudinile, eficiența și eficacitatea acestora, rezultate în urma analizării informațiilor prezentate pe parcursul procedurii. Astfel, referitor la experiența Managerului de Proiect s-a solicitat un minim de 5 ani experiență în informatică pe poziție cu studii superioare de specialitate IT, din care minim 5 ani în conducerea echipelor de implementare a proiectelor de sisteme informatice în administrația publică. În opinia sa, reclamantul arată că această cerință ar fi fost restrictivă dacă această experiență trebuia să fie dovedită pe proiecte finanțate din fonduri nerambursabile, europene și implementate în cadrul administrației publice.

În ceea ce privește susținerea experienței prin prezentarea a cel puțin două recomandări de la instituții de administrație publică, se arată că nu s-a solicitat cinci recomandări ci doar două, și acestea cu referire la proiecte similare și, nicidecum ca experiența să fie dovedită prin proiecte finanțate din fonduri nerambursabile. Referitor la experiența Tehnical Manager s-a solicitat un minim de 5 ani experiență informatică/IT pe poziție cu studii superioară de specialitate IT și participarea la proiecte similare. În opinia sa, reclamantul arată că această cerință ar fi fost restrictivă dacă această experiență trebuia să fie dovedită pe proiecte finanțate din fonduri nerambursabile, europene și implementate în cadrul administrației publice.

În ceea ce privește susținerea experienței prin prezentarea a cel puțin două recomandări de la instituții de administrație publică, se arată că nu s-a solicitat cinci recomandări ci doar două, și acestea cu referire la proiecte similare și, nicidecum ca experiența să fie dovedită prin proiecte finanțate din fonduri nerambursabile.

În ceea ce privește experiența specialiștilor în sisteme de operare/programare s-a solicitat minim 3 ani de experiență în domeniul IT cu participare la proiecte IT în administrația publică. În opinia sa, reclamantul arată că această cerință ar fi fost restrictivă dacă această experiență trebuia să fie

dovedită pe proiecte finanțate din fonduri nerambursabile, europene și implementate în cadrul administrației publice.

În ceea ce privește susținerea experienței prin prezentarea a cel puțin două recomandări de la instituții de administrație publică, se arată că nu s-a solicitat cinci recomandări ci doar două, și acestea cu referire la proiecte similare și, nicidecum ca experiența să fie dovedită prin proiecte finanțate din fonduri nerambursabile.

Referitor la experiența specialiștilor în implementare sisteme și bază de date, s-a solicitat experiență de trei ani în domeniul IT pe poziție de studii superioare cu participarea la proiecte IT în administrația publică. În opinia sa, reclamantul arată că această cerință ar fi fost restrictivă dacă aceasta experiență trebuia să fie dovedită pe proiecte finanțate din fonduri nerambursabile, europene și implementate în cadrul administrației publice.

În ceea ce privește susținerea experienței prin prezentarea a cel puțin două recomandări de la instituții de administrație publică, se arată că nu s-a solicitat cinci recomandări ci doar două, și acestea cu referire la proiecte similare și, nicidecum ca experiența să fie dovedită prin proiecte finanțate din fonduri nerambursabile.

Contractul în speță a avut ca scop „implementarea unei soluții colaborative de gestiune unitară a documentelor și registratură electronică de tip Portal Intranet la Primăria municipiului Tg-Mureș”, deci s-au avut în vedere lucrări de implementare. Cerința impusă privind experiența echipei a fost prevăzută în fișa de date cu respectarea art.176 și art.188 alin.1 din OUG 34/2006, ea a fost stabilită avându-se în vedere volumul sistemului informatic prevăzut a se realiza și implementa prin caietul de sarcini, specificul proceselor specifice administrației publice vizate a fi informatizate prin proiect și complexitatea dată de gradul de securitate al informațiilor și comunicațiilor, nivelul crescut de disponibilitate a sistemului solicitat prin documentație și integrarea între diverse module și utilitare.

Având în vedere aceste cerințe solicitate prin caietul de sarcini, reclamantul consideră că cerințele impuse echipei de proiect ca și experiență sunt în strânsă corelație cu acestea, iar prevederile Ordinului Președintelui ANRMAP 509/2011 nu sunt incidente achiziției în speță. Legislația privind achizițiile publice nu face referire expresă la interzicerea autorității contractante de a solicita experiența generală de minim 5 ani, respectiv 3 ani, și, mai mult, aceste criterii nu se numără printre criteriile de calificare și selecție considerate ca fiind formulări restrictive în ordinul de mai sus. Se mai precizează că societățile care au vizualizat prin intermediul SEAP documentația de atribuire nu au considerat această cerință minimă de calificare ca fiind restrictivă, nefiind depuse contestații în acest sens. Se mai arată că, nu au fost impuse aceste condiții în fișa de date care ar fi favorizat un singur operator, motiv pentru care pârâțul nici nu a aplicat corecția maximă din anexa 1, pct.2.3 din OUG 66/2011.

În ceea ce privește respectarea prev.art.8 din HG 925/2006 cu modificările și completările ulterioare, reclamantul precizează că nu a stabilit cerințe care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urma a fi atribuit. Astfel, tocmai acestea au justificat impunerea unor cerințe minime de calificare referitoare la demonstrarea potențialului tehnice și organizatoric a operatorilor economici astfel încât operatorul declarat câștigător să poată îndeplini contractul, în acest sens urmând a fi respectate și condițiile impuse prin contractul de finanțare. Față de aceste aspecte, o primă apărare pe care o invocă reclamantul în favoarea sa este aceea că documentația de atribuire nu a fost contestată de către niciun operator economic. Până la publicarea la data de 14 septembrie 2011 a Ordinului ANRMAP nr.509 care a constituit element de referință avut în vedere de organul de control în aplicarea corecției financiare, nicio prevedere legală nu limita instituirea unor cerințe de calificare/selecție de către autoritățile contractante fiind

lăsată la discreția lor stabilirea acestora. Or, întrucât procedura de achiziție a fost demarată la data de 30.08.2010 prin publicarea invitației de participare în SEAP, așadar anterior apariției ordinului de mai sus, în speță își găsește aplicabilitatea principiul securității juridice ale cărui componente precum retroactivitatea, teoria aparenței, legalitate incriminării și a pedepsei, și chiar obscuritatea textelor de lege, au fost încălcate de pârât atunci când a procedat la emiterea actelor contestate.

Se mai arată că, simpla constatare a depunerii unei singure oferte în cadrul procedurii nu îndreptățește a se aprecia restricționarea accesului la procedură, cu atât mai puțin existența favorizării unui singur operator economic. Așa încât, în opinia reclamantului, temeiul de drept care a stat la baza aplicării corecției financiare este străin celor reținute în nota de constatare. În concluzie, apreciază că nu au fost încălcate niciunul din principiile care au stat la baza atribuirii contractului de achiziție publică și nici prev.OUG 34/2006, motiv pentru care nu există nicio abatere care să determine aplicarea unei corecții financiare. În ceea ce privește indicarea ca instanță competentă a Curții de Apel București la soluționarea unei eventuale cereri de anulare a Deciziei nr.58/09.07.2013, reclamantul arată că raportul juridic dedus judecății nu este unul civil ci de drept administrativ în sensul legii contenciosului administrativ, iar art.51 alin.2 din OUG nr.66/2011, face trimitere la disp.art.10 din Legea nr.554/2004. Față de toate acestea apreciază că, competența aparține Curții de Ape Tg-Mureș. Prin întâmpinare, pârâtul a solicitat respingerea acțiunii ca nefondate. S-a invocat totodată, și excepția de necompetență teritorială a Curții de Apel Tg-Mureș, în raport de dispozițiile ultimului articol inserat în contractul de finanțare pe care l-a încheiat cu reclamantul.

Examinând acțiunea, Curtea reține:

Excepția de necompetență teritorială a Curții de Apel Tg. Mureș a fost soluționată de instanță prin încheierea din 29.10.2013 prin respingerea acesteia. De asemenea, asupra punctului privind suspendarea executării Deciziei nr.58/09.07.2013 și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA- 2.431.170/07.05.2013, Curtea s-a pronunțat prin sentința nr. 307/20.08.2013 (filele 92-94). Cu privire la aplicabilitatea OUG nr. 66/2011 în speță, Curtea constată criticile reclamantei ca fiind nefondate.

La data încheierii contractului de finanțare precum și a celui de achiziții publice, erau în vigoare dispozițiile OG nr. 79 din 28 august 2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător, care prevedea, de asemenea, obligația reclamantului de respectare a dispozițiilor legale în material achizițiilor publice, posibilitatea pârâtului de efectuare a controlului privind gestionarea fondurilor comunitare, creanțele bugetare rezultate din nereguli, diferența față de OUG nr. 66/2011 fiind cea a sancțiunii financiare aplicabile în situația constatării unor nereguli, abateri de la legalitate. De precizat în acest sens că, potrivit OG nr. 79/2003, în cazul constatării unor nereguli, întreaga sumă decontată era declarată neeligibilă și asupra ei se putea emite titlul de creanță (o corecție de 100%). Pe de altă parte, acest act normativ ar fi fost aplicabil doar în situația în care controlul era încheiat în perioada în care acesta și-a produs efectele.

Pe de altă parte, într-adevăr, aplicarea unei sancțiuni financiare, în baza unui act normativ ulterior încheierii contractului de finanțare, pentru nerespectarea unor obligații care, la data asumării lor, nu erau prevăzute sub sancțiunea aplicării acestei corecții, ar putea pune în discuție lipsa previzibilității normei și, chiar a retroactivității acesteia. Numai că, în cauza, posibilitatea aplicării corecțiilor financiare sau a declarării neeligibilității, în cazul nerespectării de către beneficiar a legislației în domeniul achizițiilor publice, a fost prevăzută și de art. 12 din contractul de finanțare nr. 103/29.04.2010. În același timp, prin clauza de la art. 8 alin. 12 din contractul de finanțare, reclamantul și-a asumat obligația de a respecta prevederile legislației în domeniul achizițiilor publice. Legat de posibilitatea de efectuare a controlului, după finalizarea propriu - zisă a procedurii de atribuire, în anexa III la contract sunt detaliate obligațiile reclamantului cu privire la supunerea

oricărui control sau verificări vizând modul de derulare a procedurii și gestionare a fondurilor nerambursabile obținute pe o perioadă de 5 ani de la data închiderii oficiale a Programului Operațional Regional 2007- 2013.

Mai trebuie observat că potrivit articolului 98 alin. 1-2 din Regulamentul CE nr. 1083/2006 al Consiliului din 11 iulie 2006 de stabilire a anumitor dispoziții generale privind Fondul European de Dezvoltare Regională, Fondul Social European și Fondul de coeziune și de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1260/1999, normă unională la care face trimitere expresă Ghidul pentru determinarea corecțiilor financiare, este în primul rând responsabilitatea statelor membre să caute neregularitățile, să ia măsuri atunci când se constată o schimbare importantă care afectează natura sau condițiile de aplicare sau de control ai operațiunilor sau al programelor operaționale și să procedeze la corecțiile financiare necesare, ținând seama de natura și de gravitatea neregularităților și a pierderii financiare care rezultă pentru fonduri. De asemenea, Curtea reține că Anexa la OUG nr. 66/2011, care conține Corecțiile/Reducerile financiare aplicabile cheltuielilor aferente proiectelor finanțate din fonduri europene și/sau din fonduri publice naționale aferente acestora în caz de nerespectare a reglementărilor privind achizițiile reproduce fidel sancțiunile stabilite în Ghidul pentru determinarea corecțiilor financiare, emis de Comisia Europeană în aplicarea Regulamentului (CE) nr. 1260/1999 și a Regulamentului (CE) nr. 1083/2006.

În concluzie, în condițiile în care prin contractul de finanțare s-a prevăzut obligația respectării întocmai a legislației în domeniul achizițiilor publice, cu posibilitatea aplicării unor corecții financiare, în primul rând de către stat, iar la data încheierii contractului era aplicabil Ghidul pentru determinarea corecțiilor financiare în privința abaterilor și întinderii sancțiunii, aspecte la care OUG nr. 66/2011 nu aduce nicio adăugare, Curtea nu poate reține în speța nesocotirea principiului neretroactivității legii, cu atât mai mult cu cât sancțiunea aplicată potrivit OUG nr. 66/2011 este mai redusă decât cea care ar fi fost aplicabilă potrivit OG nr. 79/2003. În ceea ce privește fondul cauzei, Curtea consideră, de asemenea, criticile reclamantului ca nefondate. Astfel, prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. CA-2.431.170/07.05.2013 emisă de pârât, s-au identificat o serie de presupuse nereguli în privința Documentației de atribuire a contractului de achiziție publică aferenta proiectului COD SIM 10988 cu titlul „Modernizarea și eficientizarea serviciilor publice în folosul cetățenilor din Municipiul Tg.Mureș” proiect finanțat din Programul Operațional Regional 2007 - 2013 conform Contractului nr. 316/12.11.2010 conform contractul de finanțare 1182/17.12.2010 încheiat între reclamant și pârâtul MDRAP.

În fișa de date a achiziției, la cap. VI. 4 capacitatea tehnică reclamantul, în calitate de autoritate contractantă, a impus următoarele cerințe minime de calificare:

Managerul de Proiect - 1 persoană, licențiat în IT, cu minim de 5 ani experiență în informatică pe poziție cu studii superioare de specialitate IT, din care minim 5 ani în conducerea echipei de implementare a proiectelor de sisteme informatice în administrația publică. Susținerea experienței se face prin prezentarea a cel puțin două recomandări de la instituții de administrație publică;

Tehnic Manager - 1 persoană, licențiat în IT, cu un minim de 5 ani experiență informatică/IT pe poziție cu studii superioară de specialitate IT și participarea la proiecte similare - minim două recomandări de la instituții de administrație publică pentru implementare proiecte similare;

Specialiști în sisteme de operare/programare - 2 persoane, licențiate IT, cu minim 3 ani de experiență în domeniul IT fiecare, cu participare la proiecte IT în administrația publică și minim două recomandări de la instituții de administrație publică pentru implementare proiecte similare;

Specialiști în implementare sisteme și bază de date - 4 persoane, specializate în informatică/calculatoare/informatică economică, cu experiență de trei ani în domeniul IT pe poziție de studii superioare cu participarea la proiecte IT în administrația publică - minim două recomandări de la instituții de administrație publică;

Persoanele propuse pentru echipa de proiect trebuie să facă parte din personalul angajat pe perioadă nedeterminată al ofertantului.

Conform art. 176 din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare numai la:

- a) situația personală a candidatului sau ofertantului;
- b) capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- c) situația economică și financiară;
- d) capacitatea tehnică și/sau profesională;
- e) standarde de asigurare a calității;
- f) standarde de protecție a mediului, în cazurile prevăzute la art. 188 alin. (2) lit f) și alin. (3) lit. e).

Art. 178 din același act normativ, prevede însă că, în cazul în care, pentru criteriile de natura celor prevăzute la art. 176 lit. c) și d) autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați, atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate, conform principiului transparenței, în cadrul anunțului de participare; autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire. De asemenea, conform art. 179, autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit. În acest sens, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia. Sub acest aspect, relevante sunt și dispozițiile art. 188 din OUG nr. 34/2006.

De asemenea, art. 8 din HG nr. 925/2006, prevede că, autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care:

- a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;
- b) sunt disproportionale în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.

(2) Atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o nota justificativă care se atașează la dosarul achiziției.

Față de aceste dispoziții legale, Curtea constată că, instituirea în documentația de atribuire, la capacitatea tehnică și profesională a ofertanților, a condițiilor privind vechimea minimă de 5 ani a Managerului de Proiect în conducerea echipei de implementare a proiectelor de sisteme informatice în administrația publică, participarea personalului care formează echipa de proiect la proiecte similare în administrația publică și minim două recomandări de la instituții de administrație publică pentru proiecte similare, precum și faptul că echipa de proiect trebuie să facă parte din personalul angajat pe perioadă nedeterminată al ofertantului sunt cerințe, într-adevăr, restrictive. De altfel, Curtea constată că singurele motive pentru care reclamantul nu consideră aceste cerințe ca fiind restrictive le constituie, pe de o parte faptul că, nu a solicitat dovedirea experienței prin participarea la proiecte finanțate din fonduri nerambursabile, iar pe de altă parte, faptul că, nu a solicitat 5 recomandări de la instituții de administrație publică pentru proiecte similare ci doar 2. Această motivare nu subzistă, fiind lipsită de orice logică și suport juridic.

De precizat că reclamantul nu și-a motivat aceste cerințe restrictive, care reprezintă excepții și nu reguli, în raport de dispozițiile art. 8 alin. 2 din HG nr. 925/2006, la dosarul achiziției fiind atașată, într-adevăr nota justificativă nr. 1454/25.08.2010 (fila 69) dar fără ca aceasta să cuprindă o detaliere temeinică a motivelor care au stat la baza impunerii lor, așa cum cere legislația în materie, autoritatea contractantă reclamantă mărginindu-se a enumera doar aceste cerințe, potrivit documentației de atribuire. O justificare a fost oferită de reclamant doar în fața instanței, iar potrivit acesteia, cerința experienței a fost determinată de volumul sistemului informatic prevăzut a se realiza și implementa prin caietul de sarcini, specificul proceselor specifice administrației publice vizate a fi informatizate prin proiect și complexitatea dată de gradul de securitate al informațiilor și comunicațiilor, nivelul crescut de disponibilitate a sistemului solicitat prin documentație și integrarea între diverse module și utilitare. Curtea constată însă că, chiar și această justificare are un caracter general, fără elemente concrete și temeinice care să le motiveze. Astfel, reclamantul nu a justificat de ce recomandările trebuie să fie strict de la autorități publice și nu și din domeniul privat în condițiile în care trebuiau respectate aceleași standarde tehnice sau de ce tocmai două recomandări și nu mai puțin. Mai mult, nici măcar în fața instanței nu a fost motivată cerința ca echipa de proiect trebuie să facă parte din personalul angajat pe perioadă nedeterminată al ofertantului în condițiile în care este evident caracterul excesiv și restrictiv al acestei cerințe, în condițiile în care obligă ofertantul să facă angajări pe perioadă nedeterminată (cu toate consecințele dreptului muncii care derivă din aceasta), neavând certitudinea că va câștiga procedura de achiziții.

Toate acestea au dus, în mod evident, la descurajarea oricărui potențial ofertant de a participa la procedura de achiziție publică. Așadar, cum reclamantul, în calitate de autoritate contractantă, nu a fost în măsură să justifice printr-o detaliere temeinică a motivelor care au stat la baza impunerii acestei cerințe minime în anunțul de participare, nota nr. 1454/25.08.2010, atașată dosarului achiziției neîndeplinind exigențele impuse de dispozițiile legale de mai sus, în mod legal pârâtul a constatat încălcarea dispozițiilor art. 178, art. 179 din OUG nr. 34/2006 și art. 8 alin. 2 din HG nr. 925/2006.

Un alt aspect care trebuie remarcat este acela că OUG nr. 66/2011 nu condiționează efectuarea controlului sau aplicarea corecției financiare în situația încălcării dispozițiilor legale în domeniul achizițiilor publice, de existența/inexistența unor contestații formulate în baza OUG nr. 34/2006, motiv pentru care, nu pot fi reținute, apărările reclamantului referitoare la faptul că, după publicarea documentației de atribuire în SEAP nu au fost contestate cerințele sau că nu ar fi fost eliminat vreun ofertant pentru nerespectarea acestor cerințe. Eventual/acest aspect poate fi avut în vedere, iar organele de control l-au luat în considerare, la respectarea principiului proporționalității în aplicare procentului de corecție financiară de doar 5%. Astfel, art. 17 din OUG nr. 66/2011, prevede că, orice acțiune întreprinsă în sensul constatării unei nereguli și al stabilirii creanțelor bugetare rezultate din nereguli se realizează cu aplicarea principiului proporționalității, ținându-se seama de natura și de gravitatea neregulii constatate, precum și de amploarea și de implicațiile financiare ale acesteia. De asemenea, art. 2 lit m din același act normativ, în aplicarea principiului proporționalității arată că orice măsură administrativă adoptată trebuie să fie adecvată, necesară și corespunzătoare scopului urmărit atât în ceea ce privește resursele angajate în constatarea neregulilor, cât și în ceea ce privește stabilirea creanțelor bugetare rezultate din nereguli ținând seama de natura și frecvența neregulilor constatate și de impactul financiar al acestora asupra proiectului/programului respectiv. Pentru toate aceste considerente, Curtea constată acțiunea reclamantului nefondată și netemeinică, urmând a o respinge ca atare.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII HOTĂRĂȘTE

Respinge acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamantul Municipiul Tg-Mureș, cu sediul în Tg-Mureș, județul Mureș, în contradictoriu cu pârâatul Guvernul României-Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, cu sediul în București.

Cu drept de recurs în 15 zile de la comunicare. Pronunțată în ședința publică din 23 ianuarie 2014.

PROFIL DE COMPANIE

Țuca Zbârcea & Asociații este o firmă de avocatură de tip „full service” din România, oferind servicii pluridisciplinare prin intermediul propriilor divizii de specialitate sau rețelei de colaborări teritoriale și internaționale.

Firma deține o echipă formată din peste 100 de avocați, consultanți în domeniul fondurilor europene, consultanți fiscali, practicieni în insolvență, consilieri în proprietate industrială, economiști etc care activează în cadrul biroului din București. Totodată, Țuca Zbârcea & Asociații operează un sediu secundar în Cluj-Napoca, cât și un birou de reprezentanță în Madrid, Spania și a stabilit o colaborare strategică pe principiul „best friend” cu o importantă firmă de avocatură de business din Chișinău, Republica Moldova.

Portofoliul Țuca Zbârcea & Asociații include numeroase companii naționale și multi-naționale, instituții financiare, precum și autorități publice și instituții guvernamentale.

Departamentul de Fonduri Structurale al firmei reunește experiența avocaților Țuca Zbârcea & Asociații în ceea ce privește asistența tehnică în domenii precum achizițiile publice, proiectele de mediu, infrastructura, ajutoare de stat/concurență, restructurări de personal/dreptul muncii, precum și asistența și reprezentarea autorităților de management ori participanților în diverse proceduri de atribuire a contractelor de achiziție publică.

Atuurile firmei în ceea ce privește consultanța în domeniul fondurilor structurale sunt existența departamentelor specializate pe fiecare program operațional, competențele extinse ale echipei de avocați și de consultanți, cunoașterea aprofundată a mecanismului de funcționare instituțional, a principiilor și rigorilor necesare pentru implementarea cu succes a proiectelor. În acest sens, abordarea multi-disciplinară față de acest tip de proiecte vine deopotrivă în sprijinul autorităților de management cu atribuții în gestionarea și implementarea programelor operaționale sectoriale și regionale, și al companiilor și autorităților publice care urmăresc accesarea de fonduri nerambursabile pentru finanțarea diverselor proiecte.

Principalele obiective ale Departamentului de Fonduri Structurale sunt reprezentate de proiectele de asistență tehnică implementate în beneficiul autorităților de management din programele operaționale, precum și acordarea de asistență necesară pregătirii, obținerii finanțării și implementării proiectelor finanțate în cadrul programelor amintite, incluzând asistență în legătură cu analiza oportunităților de finanțare și a eligibilității în cadrul programelor europene, identificarea necesităților aferente proiectelor, pregătirea documentelor de fezabilitate și fundamentare, pregătirea cererilor de finanțare și a dosarelor aferente, identificarea de oportunități de cofinanțare, organizarea sau participarea la proceduri de achiziții sau contractare de produse, lucrări sau servicii necesare în vederea implementării proiectelor, redactarea oricăror contracte și documente relevante, cât și reprezentarea în fața instanțelor de judecată a părților în legătură cu **litigii survenite în cadrul proiectelor finanțate din fonduri europene.**

Departamentul de Fonduri Structurale lucrează în strânsă cooperare cu Departamentul de Litigii al Țuca Zbârcea & Asociații în ce privește procedurile din cadrul proiectelor finanțate din fonduri europene. Echipa de peste 40 de avocați din cadrul departamentului de litigii și arbitraje interne și

internaționale reprezintă clienți la toate nivelurile sistemului juridicțional românesc, de la tribunalele de primă instanță până la Înalta Curte de Casație și Justiție, precum și în proceduri în fața Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor, a Autorităților de Management, precum și în proceduri complexe de arbitraj în baza regulilor Curții de Arbitraj Comercial Internațional (Camera de Comerț și Industrie a României), ICC, UNCITRAL și ICSID. Țuca Zbârcea & Asociații este cotate în fruntea clasamentului realizat de directorul internațional Legal 500 în ceea ce privește capacitatea de soluționare a disputelor.

Țuca Zbârcea & Asociații a primit de-a lungul anilor mai multe distincții locale și internaționale, fiind recunoscută în raportul **Financial Times' Innovative Lawyers** ca una dintre cele mai inovatoare firme de avocatură din Europa Continentală. În 2014, firmei i s-au atribuit premiile **Law Firm of the Year: Romania** de către publicațiile juridice *The Lawyer* și *Chambers Europe* iar publicația de specialitate *Global Arbitration Review* a conferit Țuca Zbârcea & Asociații un premiu în domeniul arbitrajelor internaționale. De asemenea, timp de patru ani consecutivi Țuca Zbârcea & Asociații a fost desemnată **Firma de avocatură a anului din România**, urmare a nominalizărilor primite din partea unui juriu independent, constituit din reputați oameni de afaceri. Politica de calitate a firmei se bazează pe un sistem de management care respectă standardele ISO 9001:2008, conform certificării obținute de Țuca Zbârcea & Asociații.

BIOGRAFIILE AUTORILOR

Cristina ANA este Coordonatorul Departamentului de Fonduri Structurale al Țuca Zbârcea & Asociații. Ea deține o experiență specifică de cinci ani dobândită în cadrul Delegației/Reprezentanței Comisiei Europene în România unde a coordonat implementarea fondurilor de preaderare pe domeniile afaceri interne, justiție și social, iar timp de doi ani a coordonat în calitate de director de program implementarea și monitorizarea proiectelor din Programul Norvegian de Cooperare cu România în cadrul Ambasadei Regale a Norvegiei în România. În plus, Cristina Ana a activat în calitate de expert juridic, formator și raportor național în cadrul unor programe derulate de organizații internaționale precum OSCE, Organizația Internațională pentru Migrație (OIM), Programul Națiunilor Unite pentru Dezvoltare (PNUD), Freedom House, și reprezentanțe diplomatice străine precum UK Foreign Office, Ambasada Regatului Norvegiei la București, universități din statele membre ale Uniunii Europene și institute de cercetare. Ea este licențiată în drept și în psihologie a Universității Babeș-Bolyai Cluj-Napoca. De asemenea, deține o diplomă de studii aprofundate obținută în cadrul programului de master al Academiei de Studii Economice București.

Ancuța POP este Avocat senior al Țuca Zbârcea & Asociații și are o experiență de instanță cuprinzătoare în ceea ce privește litigiile de dreptul muncii, arie în care s-a specializat, precum și în litigii între profesioniști și civile. În plus, Ancuța Pop are experiență și în gestionarea de acțiuni de contencios administrativ având ca obiect anularea actelor administrative emise de autorități administrative sau anularea unor acte emise de autorități contractante în cadrul unor proceduri de achiziții publice. În domeniul fondurilor structurale, Ancuța Pop a făcut parte din echipa selectată de Ministerul pentru Societatea Informațională pentru monitorizarea și controlul unui număr de 200 de proiecte finanțate din POSCCE și a gestionat litigii privind corecții financiare. Ea este licențiată în drept și în filosofie - comunicare și relații publice în cadrul Universității Babeș-Bolyai Cluj-Napoca. De asemenea, deține un Certificat de drept transnațional eliberat de Universitatea din Geneva în urma absolvirii programului universitar "Certificat de droit transnational" și este licențiată a programului de masterat „Droit privé comparé” al Facultății de Drept din cadrul Universității Babeș-Bolyai Cluj-Napoca.

PROFIL DE ORGANIZAȚIE

Institutul pentru Politici Publice (IPP) este unul dintre cele mai reputeate *think-tank*-uri din România, cu o activitate susținută de peste 13 ani în sectoare precum: reforma administrației publice, descentralizarea financiară, sisteme de măsurare a performanței în serviciile publice locale, transparență și integritate ca dimensiuni ale buneii guvernări, analiza sistemelor și proceselor electorale etc. Institutul pentru Politici Publice este în același timp o organizație neguvernamentală obiectivă, recunoscută ca o autoritate în domeniile sale de excelență și citată frecvent ca referință de presa națională și internațională, respectiv având contacte permanente cu instituții și foruri europene (Comisia Europeană) și internaționale (Fondul Monetar Internațional, Banca Mondială). IPP este membru fondator al rețelei centrelor de politici publice (PASOS), care reunește peste 50 de membri din Europa și Asia.

Lucrând cu o echipă loială, cu o înaltă calificare, dar și cu o bogată experiență practică în sectoarele de referință în care activează, Institutul pentru Politici Publice a reușit în decursul timpului să se impună drept lider în sectorul neguvernamental din România în domeniile mai sus menționate, păstrând în același timp rigoarea și obiectivitatea științifică a demersurilor de cercetare, dar și capacitatea de a acționa, în nume propriu sau în parteneriat cu alte organizații/entități interesate, în direcția influențării legitime a deciziei politice la toate nivelurile (Guvern, Parlament, administrație locală).

Beneficiind de înalte distincții acordate de Agenția Statelor Unite pentru Dezvoltare Internațională (USAID) pentru contribuția valoroasă adusă la dezvoltarea societății civile din România, respectiv recunoașterea realizărilor remarcabile în domeniul contribuției la reforma administrației publice locale acordată de Excelența Sa, Ambasadorul Marii Britanii în România, Institutul pentru Politici Publice se distinge în peisajul organizațiilor neguvernamentale din România prin capacitatea incontestabilă de a pune pe agenda publică subiecte de interes major pentru societatea românească, propunând în același timp soluții viabile elaborate în consens cu toți factorii interesați. IPP este singura organizație neguvernamentală din România care oferă în prezent expertiză de specialitate în domeniul politicilor publice sub formă de *asistență tehnică/consultanță* pentru factorii decizionali, respectiv *cursuri autorizate* de Autoritatea Națională pentru în domeniul politicilor publice pentru publicul interesat din sectorul public și privat. Politica de calitate a organizației are la bază un sistem de management care respectă standardele SR EN ISO 9001:2008, conform certificării obținute de Institutul pentru Politici Publice.

În materia fondurilor structurale, Institutul pentru Politici Publice este singura organizație neguvernamentală din România care a inițiat un proces de monitorizare sistematică a impactului acestor finanțări la nivelul administrației publice locale, editând seria de rapoarte anuale bilingve (română - engleză) de monitorizare disponibile la <http://www.ipp.ro/pagini/2.php>. IPP este implicat în prezent în procesul de programare a programelor operaționale aferente perioadei 2014 - 2020, acționând în calitate de membru în comitetele consultative și de partener constant de dialog al autorităților centrale care vor activa ca Autorități de Management în perioada următoare.

Alături de departamentele de cercetare în domeniile sale de referință, în cadrul Institutului s-au dezvoltat, pornind de la expertiza internă, **divizii specializate** care oferă astăzi servicii de înaltă calitate beneficiarilor și clienților din sectorul public (autorități publice centrale și locale - ministere, primării, consilii județene) dar și privat (camere de comerț, companii, organizații interne și internaționale).

Divizia de consultanță/asistență tehnică pentru autorități publice oferă servicii integrate de evaluare a performanței administrațiilor locale în managementul serviciilor proprii, analize de impact a politicilor/măsurilor/programelor implementate, precum și asistență de specialitate/consultanță în pregătirea documentației tehnice și financiare pentru accesarea fondurilor europene.

Divizia de cercetări sociologice pune la dispoziția celor interesați servicii specializate de anchetă sociologică - *sondaje* (eșantionare, ancheta de teren/anchetă în sistem CATI, prelucrare statistică a datelor, interpretări cantitative și calitative), *focus-grupuri*, *interviuri*.

BIOGRAFIILE AUTORILOR

Elena TUDOSE este Director de programe în cadrul Institutului pentru Politici Publice și de peste 10 ani desfășoară activități de cercetare și advocacy în domenii de interes pentru administrația publică: instituționalizarea sistemelor de *benchmarking* în serviciile publice locale, achiziții publice, absorbția și managementul proiectelor europene, analize de impact a politicilor publice, fiind autorul a numeroase lucrări de specialitate în domeniu.

Formator acreditat, Elena TUDOSE coordonează și departamentul de training al IPP în cadrul căruia activează și alți formatori experți/colaboratori permanenți ai IPP. Elena TUDOSE este doctorand și asistent preparator în cadrul Academiei de Studii Economice din București, are studii masterale în domeniul construcție politică/marketing electoral și este licențiată în științe politice și sociologie la Școala Națională de Studii Politice și Administrative (SNSPA), București.

Conf. Univ. Dr. Tudor PENDIUC Domnul Tudor Pendiuc este primarul municipiului Pitești din anul 1992, exercitând acum cel de-al șaselea mandat. Datorită contribuției aduse la dezvoltarea, modernizarea și eficientizarea administrației publice din România a fost ales președinte al Asociației Municipiilor din România, structură asociativă în care activează 103 municipii și cele șase sectoare ale municipiului București. Este membru titular în COMITETUL REGIUNILOR, Bruxelles, Comisia pentru economie și politică socială (ECOS-IV) și Comisia pentru relații externe (RELEX - IV).

Paralel cu activitatea din administrația publică, domnul Tudor Pendiuc este și conferențiar universitar doctor având catedra la Universitatea Constantin Brâncoveanu. Activitatea didactică este una elaborată unde pe lângă susținerea orelor de curs la studenți și masteranzi publică permanent articole științifice în reviste naționale și internaționale. Cartile care îl au ca autor constituie un amplu material de studiu pentru studenți și masteranzi, conținând atât expuneri teoretice cât și exemple practice din administrația publică. Ultima carte publicată la Editura Independența Economică, Pitești în anul 2011 „Managementul Administrației Publice Locale și Dezvoltarea Locală”, oferă o perspectivă de ansamblu asupra administrației publice actuale fiind un bun instrument de lucru în activitatea universitară.

Iuliu ILYES, în prezent Secretarul general adjunct al Uniunii Democrate Maghiare din România, responsabil cu departamentul de administrație publică locală, are o îndelungată experiență de practician în administrația publică locală, în calitate de fost Primar al Municipiului Satu Mare. Experiența domnului Ilyes în proiecte cu finanțări europene este extrem de vastă, domnia sa activând în calitate de lider în cadrul unor proiecte majore atât în perioada de preaderare, cât și de postaderare. Iuliu Ilyes este licențiat în Management și Relații Economice Internaționale în cadrul Academiei de Studii Economice București, precum și în cadrul Institutului Politehnic “Traian Vuia”.