ICCJ – Contract de finanţare având ca obiect acordarea unui ajutor financiar nerabursabil

Legislaţie relevantă:

Legea nr. 316/2001

O.G. nr. 79/2003

Încălcarea obligaţiilor contractuale referitoare la existenţa conflictului de interese atrage caracterul neeligibil al sumelor acordate ca finanţare nerambursabilă, indiferent dacă a fost probată sau nu producerea vreunei pagube, obligaţia de recuperare a fondurilor europene existând în toate cazurile de constatare a unor fraude sau nereguli, fără a fi necesară probarea existenţei vreunui prejudiciu.

Împrejurarea că proiectul finanţat a fost finalizat, investiţia a fost realizată și recepţionată, iar obiectivul a fost pus în funcţiune, nu are consecinţe exoneratoare asupra debitului stabilit în sarcina beneficiarului contractului de finanţare, cu titlu de cheltuieli neeligibile.

Decizia nr. 3764 din 27 septembrie 2012

Notă: O.G. nr. 79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanţare aferente utilizate necorespunzător, a fost abrogată, la data de 30 iunie 2011, prin O.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancţionarea neregulilor apărute în obţinerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naţionale aferente acestora, publicată în M. Of. nr. 461 din 30/06/2011.

Prin Sentinţa civilă nr.2439 din 7 martie 2011, Curtea de Apel București – Secţia a VIII-a contencios administrativ și fiscal a respins, ca neîntemeiată, acţiunea formulată de reclamanta SC ECP SRL București, în contradictoriu cu pârâta Agenţia de Plăţi pentru Dezvoltare Rurală și Pescuit, prin care solicita anularea Procesului-verbal de constatare nr.10315/ 25.05.2010 și a Deciziei nr.14310/ 08.07.2010 de soluţionare a contestaţiei formulate împotriva respectivului proces-verbal, precum și a Scrisorii de notificare nr.10643/ 27.05.2010.

Pentru a pronunţa această hotărâre, prima instanţă a reţinut următoarele:

La data de 22.05.2007 între Agenţia de Plăţi pentru Dezvoltare Rurală și Pescuit, în calitate de autoritate contractantă și SC ECP SRL în calitate de Beneficiar s-a încheiat Contractul de finanţare nr.C 3.11102531600529, având ca obiect acordarea ajutorului financiar nerambursabil în cuantum de 3.588.000 lei pentru realizarea proiectului intitulat „înfiinţare fermă găini ouătoare aparţinând SC ECP SRL Comuna O, Judeţul Dâmboviţa”.

Această finanţare nerambursabilă este constituită din două componente, respectiv: contribuţia financiară a Comunităţii Europene în proporţie de 75% și contribuţia publică naţională în proporţie de 25%, ambele gestionate de Ministerul Finanţelor Publice, potrivit O.U.G. nr.63/ 1999 cu privire la gestionarea fondurilor nerambursabile alocate României de către Comunitatea Europeană, precum și a fondurilor de cofinanţare aferente acestora.

Încheierea contractului menţionat anterior a avut ca situaţie premisă prevederile cuprinse în Legea nr.316/2001 pentru ratificarea Acordului multianual de finanţare dintre Guvernul României și Comisia Comunităţilor Europene, semnat la Bruxelles la 2 februarie 2001, stabilind cadrul administrativ, legal și tehnic de implementare a Programului special de preaderare pentru agricultură și dezvoltare rurală SAPARD,

adoptat prin Reglementarea Comisiei (CE.) nr.1268/1999 din 21 iunie 1999 privind suportul Comunităţii pentru măsurile de preaderare în domeniul agriculturii și dezvoltării rurale în ţările candidate din centrul și estul Europei în perioada de preaderare.

Dispoziţiile legale privind desfășurarea activităţii de implementare a Programului SAPARD (Legea nr. 316/2001 și O.G. nr.79/2003 cu normele de aplicare) prevăd că eligibilitatea cheltuielilor este supusă verificărilor pe tot parcursul duratei de valabilitate a contractului de finanţare (perioada de execuţie a proiectului – care se poate întinde pe maxim 2 ani, la care se adaugă o perioada de 5 ani de monitorizare, conform art.2 din contractul-cadru de finanţare).

De asemenea, în conformitate cu prevederile art.15 alin.(2) privind controalele tehnice și financiare din Anexa I – Prevederi generale la Contractul de finanţare «*beneficiarul trebuie să consimtă la inspecţii pe bază de documente sau la faţa locului efectuate de autoritatea contractantă, Comisia Europeană și Curtea de Conturi a Comunităţii Europene asupra modului de utilizare a finanţării nerambursabile în conformitate cu Acordul Multianual de Finanţare dintre România și UE, ratificat prin Legea nr.316/ 2001, pe perioada de valabilitate a contractului*».

Obţinerea sprijinului financiar nerambursabil reclamă îndeplinirea unor condiţii stabilite și acreditate de Comunitatea Europeană, condiţii care sunt obligatoriu de cunoscut și respectat de către beneficiari, potrivit art.1, 2, 3 din Anexa I – prevederi generale, la contractul de finanţare.

Pentru realizarea atribuţiei sale specifice și anume aceea de a întreprinde toate acţiunile necesare care să asigure buna derulare a proiectelor finanţate prin Programul SAPARD, pârâta Agenţia de Plăţi pentru Dezvoltare Rurală și Pescuit, prin serviciile specializate, are competenţa legală de a efectua

verificări atât în baza procedurilor aplicabile acreditate de Comisia Europeană, cât în baza legislaţiei române în vigoare, aceste verificări având drept scop verificarea respectarea criteriilor de eligibilitate, cât și eventualele nereguli rezultate în decursul implementării proiectului, din culpa beneficiarului.

Realizarea proiectului finanţat prin Programul SAPARD se face prin încheierea de către Beneficiarul finanţării nerambursabile de contracte de achiziţii pentru bunurile, serviciile și lucrările necesare – achiziţii ce trebuie să se desfășoare în condiţii de respectare a regulilor cuprinse în „Instrucţiuni de achiziţii pentru beneficiarii măsurilor 1.1.t 3.1., 3.4.”, ce constituie Anexa IV la Contractul de finanţare, potrivit art. 6 din Anexa la acest contract.

Emiterea actelor administrative a căror anulare se solicită este consecinţa nerespectării de către reclamantă a prevederilor Contractului de finanţare și ale Legii nr. 316/2001.

Astfel, emiterea Procesului verbal de constatare nr.10315/ 25.05.2010 s-a făcut de către A.P.D.R.P. ca urmare a încălcării dispoziţiilor din Contractul de finanţare și din Legea nr.316/2001 și a încălcării prevederilor din Ghidul Solicitantului Măsura 3.1. – Investiţii în exploataţii agricole, prevederi avute în vedere de beneficiar și impuse acestuia încă de la întocmirea cererii de finanţare și a documentelor aferente acesteia în vederea semnării contractului de finanţare menţionat, emiterea actului administrativ menţionat anterior fiind rezultatul conduitei defectuoase a reclamantei în derularea contractului de finanţare nr.C 3.11102531600529/ 22.05.2007 care nu a respectat obligaţiile pe care și le-a asumat prin semnarea acestui contract.

Contractul de finanţare nr. C 3.11102531600529/ 22.05.2007 încheiat între A.P.D.R.P., în calitate de autoritate

contractantă și SC ECP SRL, în calitate de Beneficiar, având ca obiect acordarea ajutorului financiar nerambursabil în cuantum 3.588.000 RON pentru realizarea proiectului intitulat „înfiinţare fermă găini ouătoare aparţinând SC ECP SRL, Comuna O, Judeţul Dâmboviţa” este un contract administrativ, atât din prisma părţii semnatare a acestui contract, în speţă o autoritate publică centrală, respectiv Agenţia de Plăţi pentru Dezvoltare Rurală și Pescuit, instituţie publică, care funcţionează în baza O.U.G. nr.13/2006, aprobată prin Legea nr.198/2006, cu modificările și completările ulterioare, cât și prin prisma obiectului contractului de finanţare, respectiv acordarea unui sprijin financiar nerambursabil acordat din fonduri publice (75% contribuţia financiară a Comunităţii Europene și 25% contribuţia publică naţională).

În urma controlului efectuat de Autoritatea de Audit de pe lângă Curtea de Conturi a României s-a constatat că pentru licitaţia de lucrări de construcţii și instalaţii, beneficiarul SC ECP SRL a transmis cereri de ofertă la 3 operatori economici, respectiv S.C. L SRL, S.C. E SRL și S.C. L C SRL și a obţinut din partea acestora 3 oferte conforme.

În raport cu această situaţie de fapt, beneficiarul de proiect nu a respectat prevederile cuprinse în Contractul de finanţare – Anexa IV Instrucţiuni de achiziţii pentru beneficiarii măsurilor 1.1., 3.1., 3.4., în sensul că beneficiarul contractului, respectiv SC ECP SRL a atribuit contractul de achiziţii lucrări fără respectarea principiului liberei concurenţe și a întocmit în mod eronat fișa de verificare a conflictului de interese declarând în mod nereal, în mod fals, că nu există legături/ relaţii de rudenie/profesionale între candidaţi/ ofertanţi sau alte părţi implicate în procedura de ofertare la momentul depunerii ofertei.

Din certificatele constatatoare eliberate de Oficiul Registrului Comerţului pentru societăţile comerciale participante la licitaţie, documente solicitate în cadrul misiunii de audit, rezultă că ofertantul câștigător S.C. L SRL

și ofertantul S.C. E SRL au aceeași acţionari, respectiv GE și MN, fiecare cu o cota de participare la beneficii și pierderi în procent de 50%.

Suma plătită necuvenit beneficiarului este de 612.296,65 lei, fonduri nerambursabile din partea Agenţiei de Plăţi pentru Dezvoltare Rurală și Pescuit.

Beneficiarul a atribuit contractul de execuţie lucrări și instalaţii fără respectarea principiului liberei concurenţe, declarând în mod nereal că nu există legături/ relaţii de rudenie/ profesionale între candidaţi/ ofertanţi sau alte părţi implicate în procedura de ofertare la momentul depunerii ofertei.

Atât ofertantul câștigător S.C. L SRL, cât și un alt ofertant S.C. E au aceiași asociaţi, fiecare cu o cotă de participare la beneficii și pierderi în procent de 50%.

Totodată, potrivit prevederilor art.4 – Conflictul de interese, din Anexa 1 – Prevederi generale la Contractul de finanţare, „Beneficiarul va adopta o asemenea conduită care va evita conflictul de interese și va informa imediat Autoritatea Contractantă despre orice situaţie care dă naștere sau este posibil să dea naștere unui astfel de conflict”, precum și pe ale pct. 1 buleta 2 din cap. I – Prevederi generale din Anexa UIV – Instrucţiuni de achiziţii pentru beneficiarii măsurilor 1.1, 3.1, 3.4., potrivit cărora „Costurile eligibile ale oricăror servicii, bunuri și lucrări, mai mari de echivalentul în RON a 10.000 euro, sunt eligibile dacă beneficiarii privaţi au obţinut oferte conforme de la cel puţin 3 furnizori”.

Susţinerile reclamantei în legătură cu inexistenţa în cauză a conflictului de interese sunt nefondate, întrucât pârâta, la emiterea actelor administrative, nu a invocat ca temei de drept material prevederile cuprinse în H.G. nr.224/2008, în raport de care sunt formulate susţinerile reclamantei, ci dispoziţiile care rezultă din fișa de verificare a

conflictului de interese, care este parte integrantă din documentaţia de licitaţie.

În această fișă, la punctul 3 – Firmele participante la licitaţie, este menţionat în coloana 4 – Tipul conflictului, potrivit căruia *„Există o relaţie/ legături de rudenie/ profesionale între candidaţi/ invitaţi/ ofertanţi sau alte părţi implicate în procedura de ofertare la momentul depunerii ofertei?”.*

Un atare caz de conflict de interese trebuie interpretat în cazul de faţă, împreună cu cerinţa impusă atât în anexa 1 – Prevederi generale la Contractul-cadru nr. C 3.11102531600529/ 18.05.2007, cât și în anexa IV – Instrucţiuni de achiziţii pentru beneficiarii măsurilor 1.1., 3.1., 3.4., potrivit căreia nu sunt eligibile costurile oricăror servicii, bunuri și lucrări care depășesc echivalentul în RON a 10.000 euro, pentru care beneficiarul nu a obţinut oferte de la cel puţin trei furnizori.

Potrivit certificatelor eliberate de ORC pentru S.C. E SRL (unul din cei 3 ofertanţi în cadrul procedurii), respectiv S.C. L SRL (ofertantul câștigător), cele două societăţi au aceiași asociaţi, fiecare cu o cotă de participare la beneficii și pierderi în procent de 50%, împrejurare care a avut ca efect încălcarea principiului liberei concurenţe întru-un mod flagrant.

Încălcarea prevederilor contractuale referitoare la existenţa conflictului de interese atrage caracterul neeligibil al sumelor acordate, indiferent dacă a fost probată sau nu o pagubă, caracterul neeligibil al sumelor acordate nefiind condiţionat de acest prejudiciu, rezultând din simpla încălcare a prevederilor contractuale privind conflictul de interese pe care reclamanta și le-a asumat în mod conștient la încheierea contractului.

Beneficiarului finanţării nerambursabile i s-a respectat

dreptul la apărare, în conformitate cu prevederile art. 177 din O.G. nr.92/2003 – Codul de procedură fiscală, republicată, acesta formulând contestaţie la procesul verbal de constatare, contestaţie care a fost soluţionată de către experţii Direcţiei Control și Antifraudă din cadrul A.P.D.R.P., prin Decizia nr.14310/ 08.07.2010.

Împotriva acestei hotărâri, considerând-o netemeinică și nelegală, a formulat recurs Societatea comercială reclamantă care a invocat motivele prevăzute la art.304 pct.8 și pct.9, în condiţiile art.304[1] din Codul de procedură civilă, afirmând că hotărârea a fost dată cu încălcarea și aplicarea greșită a legii și susţinând, în esenţă, următoarele critici:

– instanţa de fond nu a reţinut încălcarea de către autoritatea publică pârâtă a dreptului la apărare al reclamantei în procedura administrativă, deși chiar autoritatea a fost nevoită să emită o decizie de îndreptare a erorii materiale;

– motivul reţinut de instanţa de fond, ca și de autoritatea pârâtă, pentru declararea neeligibilităţii sumei de 612.296,65 lei nu este definit ca neregulă de H.G. nr.224/2008, act normativ care reglementează conflictul de interese;

– conflictul de interese este definit la art.2 alin.(2) lit.m) din H.G. nr.224/2008, iar situaţia reţinută de instanţă nu se încadrează în aceste dispoziţii legale;

– în mod greșit a reţinut instanţa de fond, ca și autoritatea pârâtă, existenţa unei încălcări a principiului liberei concurenţe, deoarece simpla constatare a faptului că două societăţi comerciale participante la procedurile de ofertare, au asociaţi comuni, nu reprezintă automat o încălcare a principiului liberei concurenţe;

– noţiunea de afectare a liberei concurenţe, potrivit art.82 din Tratatul de Instituire a Comunităţilor Europene și art.5

din Legea nr.21/1996 a Concurenţei, este definită ca fiind o înţelegere între agenţii economici care afectează mediul concurenţial, ceea ce în cauză nu s-a dovedit;

– în mod greșit a reţinut instanţa de fond că declararea neeligibilităţii sumelor nu este condiţionată de probarea existenţei unui prejudiciu.

În concluzie, societatea comercială reclamantă a solicitat admiterea recursului și, în principal, admiterea acţiunii și anularea actelor administrative atacate, iar în subsidiar, trimiterea cauzei aceleiași instanţe pentru completarea materialului probator cu „o expertiză tehnico-economică pentru încadrarea ofertei câștigătoare în mediul concurenţial”.

Autoritatea publică pârâtă a depus întâmpinare, reluând, în mare parte, apărările formulate la fond prin întâmpinare.

În plus, în combaterea criticilor recursului cu privire la condiţia existenţei unui prejudiciu pentru declararea neeligibilităţii unei sume, autoritatea pârâtă a susţinut justeţea concluziei instanţei de fond și a invocat jurisprudenţa C.J.U.E. din care rezultă că orice abatere conduce la retragerea avantajului obţinut nejustificat și, pe de altă parte, că nu este necesară probarea existenţei unui prejudiciu pentru recuperarea fondurilor U.E.

În concluzie, autoritatea publică pârâtă a susţinut că soluţia instanţei de fond este legală și temeinică, solicitând respingerea recursului ca nefondat.

Recursul este nefondat.

În ceea ce privește criticile referitoare la încălcarea dreptului la apărare al recurentei-reclamante în cadrul procedurii administrative;

În cauză este necontestat că societatea comercială a sesizat Curtea de apel solicitând anularea Deciziei nr.14310 din

8.07.2010 și a Procesului-verbal de constatare nr.10315 din 25.05.2010.

Este adevărat că a existat iniţial Procesul-verbal de constatare nr.5542 din 25.03.2010, în privinţa căruia, în urma contestaţiei formulate de societatea comercială, s-a dispus prin Decizia nr.9133 din 11.05.2010 refacerea integrală a acestuia, în condiţiile art.48 din Codul de procedură fiscală, constatându-se existenţa unor erori materiale în ceea ce privește indicarea prevederilor legale și contractuale încălcate, raportate la faptele reţinute în Cap.6 „Prezentarea aspectelor constatate”.

Ca urmare a refacerii Procesului-verbal nr.5542 din 25.03.2010, a fost întocmit și comunicat societăţii comerciale Procesul-verbal nr.10315 din 25.05.2010, contestaţia formulată împotriva acestuia fiind soluţionată prin Decizia nr.14130 din 8.07.2010.

Prin criticile sale, societatea comercială a susţinut că refacerea procesului verbal impunea și refacerea întregului control, cu parcurgerea întregii proceduri, inclusiv audierea persoanei juridice controlate, susţineri lipsite de temei.

Astfel, având în vedere că procesul-verbal de constatare încheiat în condiţiile O.G. nr.79/2003, reprezintă un act administrativ fiscal, în mod judicios a reţinut instanţa de fond, precum și autoritatea publică intimată, incidenţa prevederilor art.48 din Codul de procedură fiscală, fiind vorba de îndreptarea unor erori materiale.

Or, într-o astfel de situaţie, refacerea actului administrativ fiscal s-a limitat la corectarea acestuia prin eliminarea greșelilor strecurate, organul de control competent neavând temei legal pentru reluarea și refacerea controlului și a întregii proceduri de control.

Că este așa, rezultă în mod neechivoc din conţinutul art.48 fraza a II-a din Codul de procedură fiscală, unde se specifică

în mod expres că „Actul administrativ corectat se va comunica contribuabilului”, ceea ce în cauză s-a făcut, în mod necontestat.

De altfel, așa cum a reţinut și instanţa de fond, societatea comercială recurentă a avut posibilitatea să-și susţină apărările în contestaţia formulată împotriva actului administrativ fiscal corectat/ refăcut, Procesul-verbal nr.10315 din 25.05.2010, soluţionată prin Decizia nr.14310 din 8.07.2010, ambele atacate la instanţa de contencios administrativ și fiscal, în cauza de faţă.

În ceea ce privește criticile recursului vizând fondul cauzei, acestea se subsumează următoarelor susţineri:

– situaţia de fapt constatată și necontestată nu reprezintă un conflict de interese în sensul prevederilor art.2 lit.m) din H.G. nr.224/2008 privind stabilirea cadrului general de implementare a măsurilor cofinanţate din FEADR prin PNDR 2007-2013;

– faptul că două societăţi comerciale, participante la procedurile de ofertare, au asociaţi comuni nu reprezintă în mod automat o încălcare a principiului liberei concurenţe;

– în orice situaţie, declararea neeligibilităţii unor sume trebuie să fie condiţionată de probarea existenţei unui prejudiciu.

În ceea ce privește existenţa conflictului de interese, în cauză, este necontestat că la licitaţia de lucrări de construcţii și instalaţii, societatea comercială recurentă a transmis cereri de ofertă la 3 operatori economici: S.C. L SRL, S.C. E SRL și S.C. LC SRL, fiind declarată câștigătoare S.C. L SRL.

Pe baza documentelor solicitate în cadrul misiunii de audit de către Curtea de Conturi s-a constatat că beneficiarul contractului de finanţare nerambursabilă, societatea

comercială recurentă nu a respectat dispoziţiile legale și contractuale incidente în cauză, S.C. L SRL și S.C. E având aceiași acţionari, fiecare cu o cotă de participare de 50%.

Societatea comercială recurentă a susţinut că această situaţie nu reprezintă un conflict de interese din moment ce dispoziţiile art.2 lit.m) din H.G. nr.224/2008 definește conflictul de interese ca fiind situaţia în care există legături între structurile acţionariatului beneficiarului și ofertanţii acesteia sau între membrii comisiei de evaluare și ofertanţi.

În cauză, însă, este vorba de situaţia prevăzută la art.2 lit.m) fraza a II-a, care se referă la cazul când ofertantul câștigător deţine pachetul majoritar de acţiuni în două firme participante pentru același tip de achiziţie, dispoziţii pe deplin aplicabile în cazul S.C. L SRL (ofertantul câștigător) și S.C. E, GE și MN având cotă de participare de 50% la ambele societăţi.

Societatea comercială recurentă nu poate susţine cu temei că nu ar fi cunoscut această situaţie, care rezultă în mod evident din certificatele emise de Oficiul Naţional al Registrului Comerţului.

Pe de altă parte, instanţa de fond și autoritatea pârâtă au reţinut în mod judicios că depunerea a două oferte de către aceleași persoane, în numele a două societăţi comerciale la care deţineau participanţii în cotă egală – 50%, reprezintă și o denaturare a concurenţei, fiind afectate alte societăţi comerciale care ar fi putut depune oferte în mod legal, ceea ce reprezintă o încălcare a prevederilor art.5 alin.(1) din Legea concurenţei nr.21/2006.

În ceea ce privește criticile care se referă la necesitatea probării unui prejudiciu, drept condiţie a declarării neeligibilităţii unei sume acordate ca finanţare nerambursabilă, instanţa de recurs reţine că sunt

neîntemeiate.

Astfel, în jurisprudenţa 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 finanţării” C-271/01 pct.48, C-465/10 pct.32, regula generală fiind că orice abatere trebuie să ducă la retragerea avantajului obţinut în mod fraudulos C-199/03, pct.15.

În concluzie, este corectă concluzia instanţei de fond că obligaţia de recuperare a fondurilor UE există în toate cazurile de constatare a unor fraude sau nereguli, fără a fi necesară probarea existenţei/ producerii unui prejudiciu.

Astfel fiind, împrejurarea că proiectul a fost finalizat, investiţia a fost realizată și recepţionată, iar obiectivul a fost pus în funcţiune, nu are semnificaţia exoneratoare invocată de recurenta-reclamantă.

Recursul a fost respins ca nefondat.