

ICCJ – Contract de finanțare având ca obiect acordarea unui ajutor financiar nerambursabil

Legislație relevantă:

Legea nr. 316/2001

O.G. nr. 79/2003

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.

Decizia nr. 3764 din 27 septembrie 2012

Notă: O.G. nr. 79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător, a fost abrogată, la data de 30 iunie 2011, prin O.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 M. Of. nr. 461 din 30/06/2011.

Prin Sentința civilă nr.2439 din 7 martie 2011, Curtea de Apel București – Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal a respins, ca neîntemeiată, acțiunea formulată de reclamanta SC ECP SRL București, în contradictoriu cu pârâta Agenția de Plăți 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 soluționare a contestației formulate împotriva respectivului proces-verbal, precum și a Scrisorii de notificare nr.10643/ 27.05.2010.

Pentru a pronunța această hotărâre, prima instanță a reținut următoarele:

La data de 22.05.2007 între Agenția de Plăți pentru Dezvoltare Rurală și Pescuit, în calitate de autoritate contractantă și SC ECP SRL în calitate de Beneficiar s-a încheiat Contractul de finanțare nr.C 3.11102531600529, având ca obiect acordarea ajutorului financiar nerambursabil în cuantum de 3.588.000 lei pentru realizarea proiectului intitulat „înființare fermă găini ouătoare aparținând SC ECP SRL Comuna O, Județul Dâmbovița”.

Această finanțare nerambursabilă este constituită din două componente, respectiv: contribuția financiară a Comunității Europene în proporție de 75% și contribuția publică națională în proporție de 25%, ambele gestionate de Ministerul Finanțelor 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 cofinanțare aferente acestora.

Încheierea contractului menționat anterior a avut ca situație premisă prevederile cuprinse în Legea nr.316/2001 pentru ratificarea Acordului multianual de finanțare dintre Guvernul României și Comisia Comunităților 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 Comunității pentru măsurile de preaderare în domeniul agriculturii și dezvoltării rurale în țările candidate din centrul și estul Europei în perioada de preaderare.

Dispozițiile legale privind desfășurarea activității 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 finanțare (perioada de execuție a proiectului – care se poate întinde pe maxim 2 ani, la care se adaugă o perioadă de 5 ani de monitorizare, conform art.2 din contractul-cadru de finanțare).

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

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

Pentru realizarea atribuției sale specifice și anume aceea de a întreprinde toate acțiunile necesare care să asigure buna derulare a proiectelor finanțate prin Programul SAPARD, pârâta Agenția de Plăți pentru Dezvoltare Rurală și Pescuit, prin serviciile specializate, are competența legală de a efectua

verificări atât în baza procedurilor aplicabile acreditate de Comisia Europeană, cât în baza legislației 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 finanțat prin Programul SAPARD se face prin încheierea de către Beneficiarul finanțării nerambursabile de contracte de achiziții pentru bunurile, serviciile și lucrările necesare – achiziții ce trebuie să se desfășoare în condiții de respectare a regulilor cuprinse în „Instrucțiuni de achiziții pentru beneficiarii măsurilor 1.1.t 3.1., 3.4.”, ce constituie Anexa IV la Contractul de finanțare, potrivit art. 6 din Anexa la acest contract.

Emiterea actelor administrative a căror anulare se solicită este consecința nerespectării de către reclamantă a prevederilor Contractului de finanțare 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 dispozițiilor din Contractul de finanțare și din Legea nr.316/2001 și a încălcării prevederilor din Ghidul Solicitantului Măsura 3.1. – Investiții în exploatații agricole, prevederi avute în vedere de beneficiar și impuse acestuia încă de la întocmirea cererii de finanțare și a documentelor aferente acesteia în vederea semnării contractului de finanțare menționat, emiterea actului administrativ menționat anterior fiind rezultatul conduitei defectuoase a reclamantei în derularea contractului de finanțare nr.C 3.11102531600529/ 22.05.2007 care nu a respectat obligațiile pe care și le-a asumat prin semnarea acestui contract.

Contractul de finanțare 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 „înființare fermă găini ouătoare aparținând SC ECP SRL, Comuna 0, Județul Dâmbovița” este un contract administrativ, atât din prisma părții semnatare a acestui contract, în speță o autoritate publică centrală, respectiv Agenția de Plăți pentru Dezvoltare Rurală și Pescuit, instituție publică, care funcționează 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 finanțare, respectiv acordarea unui sprijin financiar nerambursabil acordat din fonduri publice (75% contribuția financiară a Comunității Europene și 25% contribuția publică națională).

În urma controlului efectuat de Autoritatea de Audit de pe lângă Curtea de Conturi a României s-a constatat că pentru licitația de lucrări de construcții și instalații, 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 obținut din partea acestora 3 oferte conforme.

În raport cu această situație de fapt, beneficiarul de proiect nu a respectat prevederile cuprinse în Contractul de finanțare – Anexa IV Instrucțiuni de achiziții pentru beneficiarii măsurilor 1.1., 3.1., 3.4., în sensul că beneficiarul contractului, respectiv SC ECP SRL a atribuit contractul de achiziții lucrări fără respectarea principiului liberei concurențe și a întocmit în mod eronat fișa de verificare a conflictului de interese declarând în mod nereal, în mod fals, că nu există legături/ relații de rudenie/profesionale între candidați/ ofertanți sau alte părți implicate în procedura de ofertare la momentul depunerii ofertei.

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

și ofertantul S.C. E SRL au aceeași acționari, 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 Agenției de Plăți pentru Dezvoltare Rurală și Pescuit.

Beneficiarul a atribuit contractul de execuție lucrări și instalații fără respectarea principiului liberei concurențe, declarând în mod nereal că nu există legături/ relații de rudenie/ profesionale între candidați/ ofertanți sau alte părți 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 aceeași asociați, 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 finanțare, „Beneficiarul va adopta o asemenea conduită care va evita conflictul de interese și va informa imediat Autoritatea Contractantă despre orice situație 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 – Instrucțiuni de achiziții 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 privați au obținut oferte conforme de la cel puțin 3 furnizori”.

Sușinerile reclamantei în legătură cu inexistența 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 sușinerile reclamantei, ci dispozițiile care rezultă din fișa de verificare a

conflictului de interese, care este parte integrantă din documentația de licitație.

În această fișă, la punctul 3 – Firmele participante la licitație, este menționat în coloana 4 – Tipul conflictului, potrivit căruia *„Există o relație/ legături de rudenie/ profesionale între candidați/ invitați/ ofertanți sau alte părți implicate în procedura de ofertare la momentul depunerii ofertei?”*.

Un atare caz de conflict de interese trebuie interpretat în cazul de față, împreună cu cerința impusă atât în anexa 1 – Prevederi generale la Contractul-cadru nr. C 3.11102531600529/ 18.05.2007, cât și în anexa IV – Instrucțiuni de achiziții 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 obținut oferte de la cel puțin trei furnizori.

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

Încălcarea prevederilor contractuale referitoare la existența conflictului de interese atrage caracterul neeligibil al sumelor acordate, indiferent dacă a fost probată sau nu o pagubă, caracterul neeligibil al sumelor acordate nefiind condiționat 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 finanțării 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 contestație la procesul verbal de constatare, contestație care a fost soluționată de către experții Direcției 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 condițiile art.304¹ din Codul de procedură civilă, afirmând că hotărârea a fost dată cu încălcarea și aplicarea greșită a legii și susținând, în esență, următoarele critici:

- instanța de fond nu a reținut 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 reținut de instanța de fond, ca și de autoritatea pârâtă, pentru declararea neeligibilității 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 situația reținută de instanță nu se încadrează în aceste dispoziții legale;
- în mod greșit a reținut instanța de fond, ca și autoritatea pârâtă, existența unei încălcări a principiului liberei concurențe, deoarece simpla constatare a faptului că două societăți comerciale participante la procedurile de ofertare, au asociați comuni, nu reprezintă automat o încălcare a principiului liberei concurențe;
- noțiunea de afectare a liberei concurențe, potrivit art.82 din Tratatul de Instituire a Comunităților Europene și art.5

din Legea nr.21/1996 a Concurenței, este definită ca fiind o înțelegere între agenții economici care afectează mediul concurențial, ceea ce în cauză nu s-a dovedit;

– în mod greșit a reținut instanța de fond că declararea neeligibilității sumelor nu este condiționată de probarea existenței unui prejudiciu.

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

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 condiția existenței unui prejudiciu pentru declararea neeligibilității unei sume, autoritatea pârâtă a susținut justetea concluziei instanței de fond și a invocat jurisprudența C.J.U.E. din care rezultă că orice abatere conduce la retragerea avantajului obținut nejustificat și, pe de altă parte, că nu este necesară probarea existenței unui prejudiciu pentru recuperarea fondurilor U.E.

În concluzie, autoritatea publică pârâtă a susținut că soluția instanței 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 recurente-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 inițial Procesul-verbal de constatare nr.5542 din 25.03.2010, în privința căruia, în urma contestației formulate de societatea comercială, s-a dispus prin Decizia nr.9133 din 11.05.2010 refacerea integrală a acestuia, în condițiile art.48 din Codul de procedură fiscală, constatându-se existența unor erori materiale în ceea ce privește indicarea prevederilor legale și contractuale încălcate, raportate la faptele reținute în Cap.6 „Prezentarea aspectelor constatate”.

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

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

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

Or, într-o astfel de situație, 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 conținutul 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 reținut și instanța de fond, societatea comercială recurentă a avut posibilitatea să-și susțină apărările în contestația formulată împotriva actului administrativ fiscal corectat/ refăcut, Procesul-verbal nr.10315 din 25.05.2010, soluționată prin Decizia nr.14310 din 8.07.2010, ambele atacate la instanța de contencios administrativ și fiscal, în cauza de față.

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

- situația 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 cofinanțate din FEADR prin PNDR 2007-2013;
- faptul că două societăți comerciale, participante la procedurile de ofertare, au asociați comuni nu reprezintă în mod automat o încălcare a principiului liberei concurențe;
- în orice situație, declararea neeligibilității unor sume trebuie să fie condiționată de probarea existenței unui prejudiciu.

În ceea ce privește existența conflictului de interese, în cauză, este necontestat că la licitația de lucrări de construcții și instalații, 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 finanțare nerambursabilă, societatea

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

Societatea comercială recurentă a susținut că această situație nu reprezintă un conflict de interese din moment ce dispozițiile art.2 lit.m) din H.G. nr.224/2008 definește conflictul de interese ca fiind situația în care există legături între structurile acționariatului beneficiarului și ofertanții acesteia sau între membrii comisiei de evaluare și ofertanți.

În cauză, însă, este vorba de situația prevăzută la art.2 lit.m) fraza a II-a, care se referă la cazul când ofertantul câștigător deține pachetul majoritar de acțiuni în două firme participante pentru același tip de achiziție, dispoziții 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 societăți.

Societatea comercială recurentă nu poate susține cu temei că nu ar fi cunoscut această situație, care rezultă în mod evident din certificatele emise de Oficiul Național al Registrului Comerțului.

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

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 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 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.

Astfel fiind, împrejurarea că proiectul a fost finalizat, investiția a fost realizată și recepționată, iar obiectivul a fost pus în funcțiune, nu are semnificația exoneratoare invocată de recurenta-reclamantă.

Recursul a fost respins ca nefondat.