

R O M Â N I A
ÎNALTA CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE
Secția de Contencios Administrativ și Fiscal

Decizia nr. 1702/2019

Ședința publică din data de 28 martie 2019

Asupra recursului de față;

Din examinarea lucrărilor din dosar, constată următoarele:

I. Circumstanțele cauzei

1. Cererea de chemare în judecată

Prin cererea de chemare în judecată înregistrată pe rolul Curții de Apel București, secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal la data de 18 februarie 2016 sub nr. x/2016 reclamanta Centrul Național de Răspuns la Incidente de Securitate Cibernetică - CERT - RO a solicitat, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, Direcția Constatare Nereguli, Serviciul Constatare și Stabilire Nereguli A., anularea în tot a măsurilor dispuse prin Decizia nr. 35 din 22 ianuarie 2016 emisă ca urmare a respingerii contestației sale la Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. x din 27 noiembrie 2015 privind Contractul de finanțare nr. x din 27 martie 2012 aferent proiectului cod SMIS 37595 cu titlul "Sistemul național de combatere a criminalității informatice Cyber Crime" beneficiar Centrul Național de Răspuns la Incidente de Securitate Cibernetică CERT-RO, prin care se aplică o corecție de 100% din valoarea însumată a contractelor încheiate de CERT-RO și prestatori și repunerea părților în situația anterioară prin restituirea sumei de 1.787.308,6 RON.

2. Soluția primei instanțe

Prin Sentința nr. 2712 din 23 septembrie 2016 a Curții de Apel București, secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal a admis în parte cererea formulată de reclamanta Centrul Național de Răspuns la Incidente de Securitate Cibernetică - CERT - RO, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, Direcția Constatare Nereguli, Serviciul Constatare și Stabilire Nereguli Podea, a anulat în parte Decizia nr. 35 din 22 ianuarie 2016 și nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. x din 27 noiembrie 2015 în ceea ce privește suma de 893.654,3 RON, a menținut nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. x din 27 noiembrie 2015 pentru suma de 893.654,3 RON stabilită în sarcina reclamantei și a obligat pârâta să restituie reclamantei suma de 893.654,3 RON.

3. Calea de atac exercitată

Împotriva Sentinței nr. 2712 din 23 septembrie 2016 a Curții de Apel București, secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în condițiile art. 483 C. proc. civ. au declarat recurs Centrul Național de Răspuns la Incidente de Securitate Cibernetică - Cert-RO, întemeiat pe art. 488 alin. (1) pct. 5 și 6 C. proc. civ. și Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice întemeiat pe art. 488 alin. (1) pct. 8 C. proc. civ.

3.1. Recursul formulat de reclamantul Centrul Național de Răspuns la Incidente de Securitate Cibernetică - CERT-RO.

Primul motiv de casare întemeiat pe disp. art. 488 alin. (1) pct. 5 C. proc. civ., se referă la faptul că în partea finală a sentinței atacate, instanța de fond a trecut doar mențiunea definitivă, fără a înscrie calea de atac care conferă posibilitatea de a exercita dreptul de a ataca hotărârea pronunțată de instanță.

Recurentul-reclamant consideră că nerespectarea disp. art. 20 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 cu privire la calea de atac, recursul, în termen de 15 zile de la comunicare, atrage sancțiunea nulității acestui act de procedură.

Cel de-al doilea motiv de casare, întemeiat pe prevederile art. 488 alin. (1) pct. 6 teza a II-a C. proc. civ., respectiv hotărârea pronunțată cuprinde motive contradictorii, se referă la cele reținute de prima instanță cu privire la culpa atât a A., cât și a beneficiarului care a acționat cu bună-credință.

Instanța de fond a reținut că reclamantul nu a săvârșit neregula imputată și anume, încheierea contractelor de prestări servicii, fără respectarea prevederilor de atribuire stabilite de O.U.G. nr. 34/2006, în lipsa acordului A., care este prevăzut în Ghidul de Implementare a Proiectelor Finanțate din Programul Operațional Dezvoltarea Capacității Administrative.

În același timp, instanța de fond a sancționat beneficiarul, prin admiterea doar în parte a acțiunii, reținând culpa ambelor părți, autoritate - beneficiar.

Recurentul-reclamant consideră că nu este îndeplinită cerința impusă de art. 1 alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 66/2011, fapta nu a produs prejudiciu și nici nu este aptă să poată prejudicia bugetele implicate.

Deși în reglementările emise pentru finanțarea Programului Operațional Dezvoltarea Capacității Administrative, se acceptă pentru experții externi angajați în cadrul proiectelor, încheierea de contracte civile, în mod nejustificat, intimatul a apreciat, în cazul său, că nu se aplică aceste dispoziții.

Deși intimatul-pârât a acceptat atât notificarea cât și actul adițional și a aprobat modificările intervenite în contractul de finanțare, la un an după încheierea proiectului, aceeași entitate a considerat că încheierea contractelor civile cu experți externi reprezintă o neregulă.

3.2. Recursul formulat de pârâtul Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice

Motivul de casare, întemeiat pe disp. art. 488 alin. (1) pct. 8 C. proc. civ., pornesc de la faptul că reclamanta, contrar celor reținute de judecătorul fondului, a încălcat legislația în materia achizițiilor publice prin achiziționarea de servicii de consultanță, prin încheierea de contracte civile cu experți străini.

Beneficiarul are obligația, potrivit art. 2 pct. (3) din Contractul de finanțare nr. x din 27 martie 2012, să respecte dispozițiile contractului, legislația comunitară și națională, precum și Manualul de implementare.

Activitățile și modalitatea de atribuire a contractelor de consultanță/servicii au fost modificate exclusiv de beneficiar prin comasarea achizițiilor într-o singură procedură (Actul adițional nr. 2 din 23 iulie 2012) și, în final, prin divizarea activităților cu rezultat, contractarea, în baza unor contracte civile încheiate cu persoane fizice neautorizate, a consultanței.

Autoritatea de Management a comunicat reclamantului faptul că răspunderea pentru aplicarea prevederilor legale privind atribuirea contractelor de achiziție publică este exclusiv a acesteia și că are dreptul legal și contractual de a verifica oricând modalitatea de cheltuire a sumelor acordate conform contractului, de a verifica orice cerere de rambursare, inclusiv ca urmare a unor constatări ale Autorității de Audit sau altor organe competente în acest sens.

Însăși instanța de fond a reținut că, în raport de valoarea serviciilor de consultanță contractate pentru îndeplinirea activităților 3, 8 și 9 prevăzute în cererea de finanțare anexă la contractul de finanțare, reclamanta nu putea proceda la atribuirea acestora fără respectarea disp. art. 18 din O.U.G. nr. 34/2006, fiind astfel în culpă și nu poate invoca că nu a cunoscut abaterea de la legalitate.

Mai arată recurentul-pârât că aprobarea de către Autoritatea de Management a notificării sau notei explicative nu implică din partea acesteia o verificare și o aprobare a legalității și regularității activităților ce urmează să fie desfășurate de beneficiar, această etapă urmând să fie îndeplinită de autoritate doar în momentul autorizării la plată a cheltuielilor aferente activității în cauză.

Autoritatea de Management are atribuții exclusiv în ceea ce privește controlul ex-post al tuturor cheltuielilor efectuate, iar faptul că s-a prevăzut posibilitatea beneficiarului de a solicita modificarea cererii de finanțare, aceasta s-a făcut în considerarea flexibilității managementului de proiect și

necesității adaptării permanente a activităților din cadrul proiectului, cu realitatea.

Din această perspectivă, aserțiunea instanței de fond, după care autoritatea de management nu și-a îndeplinit obligația de a verifica singură conformitatea modificărilor propuse de reclamantă cu legislația în materia achizițiilor publice contravine funcțiilor autorității care nu includ verificări ex-ante.

Instanța de fond a realizat și o interpretare greșită a definiției neregulii conferite de legislația națională și a reținut că, deși neregula poate rezulta atât din acțiunea/inacțiunea beneficiarului cât și din aceea a autorității, legiuitorul român nu a prevăzut o astfel de posibilitate.

Recuperarea sumelor rezultate din nereguli numai de la beneficiar, nu încalcă principiile generale ale dreptului comunitar, echitatea, încrederea legitimă și securitatea juridică, contrar celor reținute de prima instanță.

II. Soluția instanței de recurs

Analiza motivelor de casare

1. Cu privire la motivul de nelegalitate întemeiat pe disp., art. 488 alin. (1) pct. 5 C. proc. civ. invocat de recurenta-reclamantă

Pentru întrunirea acestui motiv de recurs - încălcarea regulilor de procedură a căror nerespectare atrage sancțiunea nulității - este necesar să se aibă în vedere și dispozițiile din Cartea I, Titlul IV, Cap. III care reglementează nulitățile în procedura civilă, dar și cele prevăzute la art. 425 alin. (1) lit. c) coroborate cu art. 457 alin. (1) și (2) C. proc. civ., situate în Cartea a II-a - Titlurile I și II.

Astfel, dacă disp.art. 174 - 179 C. proc. civ. definesc nulitatea și clasifică nulitățile actelor de procedură civilă, prevederile art. 457 alin. (1) și (2) C. proc. civ., indică faptul că hotărârea judecătorească este supusă numai căilor de atac prevăzute de lege, indiferent de mențiunile din dispozitiv, care, dacă sunt inexacte nu au niciun efect asupra dreptului de a exercita calea de atac prevăzută de lege.

Cum reclamanta a exercitat calea de atac în condițiile și termenele stabilite de lege, mențiunea definitivă din finalul dispozitivului sentinței de fond nu are drept consecință nulitatea acesteia, urmând a se constata că este nefondată critica întemeiată pe pct. 5 al art. 488 alin. (1) C. proc. civ.

2. În ceea ce privește motivul de nelegalitate întemeiat pe disp. art. 488 alin. (1) pct. 6 teza a II-a C. proc. civ., invocat de recurenta-reclamantă

Prin dezvoltarea motivelor de recurs se susține că hotărârea atacată cuprinde motive contradictorii, prin faptul că acțiunea a fost admisă în parte, reținându-se atât culpa sa, cât și culpa autorității.

Existența unei contrarietăți între considerentele hotărârii presupune ca din cuprinsul unora să se desprindă concluzia admiterii acțiunii în totalitate, iar din altele să arate că acțiunea este întemeiată numai în parte.

În cazul de față, prin faptul că judecătorul fondului a apreciat culpa ambelor părți în săvârșirea neregulii, nu este de natură să se admită întrunirea ipotezei existenței unor motive contradictorii în cuprinsul sentinței.

Referitor la existența neregulii și respectarea principiului proporționalității urmează a fi analizate odată cu pronunțarea asupra criticilor întemeiate pe disp. art. 488 alin. (1) pct. 8 C. proc. civ. invocate de intimatul-pârât.

3. Asupra motivelor de nelegalitate întemeiate pe disp. art. 488 alin. (1) pct. 8 supuse analizei prin cererea de recurs formulată de intimatul-pârât

Este de necontestat că între Ministerul Administrației și Internelor - Direcția pentru Dezvoltarea Capacității Administrative și recurenta-reclamantă s-a încheiat Contractual de finanțare nr. x din 27 martie 2012 în cadrul Programului Operațional Dezvoltarea Capacității Administrative.

Rambursarea cheltuielilor, conform art. 7 din contract, se efectuează de către Autoritatea de Management, potrivit Anexei II - Rambursarea cheltuielilor eligibile.

Cheltuielile efectuate de beneficiar sunt eligibile în condițiile H.G. nr. 759/2007, Ordinilor comune nr. 712/2006 și nr. 634/2009, se arată la art. 6 din contract.

De asemenea, art. 8 - Drepturile și obligațiile părților - obligă beneficiarul să respecte legislația națională în domeniul achizițiilor publice, în caz contrar, cheltuielile efectuate fără respectarea acesteia nu sunt eligibile.

Dispozițiile art. 14 din contract, intitulate - Modificări și completări la contractul de finanțare obligă ca orice modificare/completare a contractului sau anexelor acestuia să se facă cu acordul scris al ambelor părți, prin încheierea unui act adițional, și ca urmare a emiterii unei notificări de către beneficiar, să respecte legislația națională și comunitară.

Anexa V la contractul de finanțare intitulată Corecții financiare - permite aplicarea acestora în conformitate cu dispozițiile O.U.G. nr. 66/2011 și au ca scop excluderea totală sau parțială de la finanțarea din fondurile europene și/sau fondurile naționale, a acelor cheltuieli pentru care a fost constatată o neregulă.

Prin Nota de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare din data de 26 noiembrie 2015, echipa de control verificând legalitatea contractelor civile de prestări servicii încheiate de beneficiar cu experți externi, persoane fizice, a constatat existența mai multor nereguli în ceea ce privește activitățile nr. 3 - Managementul de proiect; nr. 8 - Alcătuirea echipei tehnice "Cyber Crime" a României și nr. 9 - Campania de conștientizare cu privire la riscurile criminalității informatice și metodele de combatere a acesteia.

S-a mai reținut că, inițial, contractul de finanțare prevedea externalizarea serviciilor necesare realizării activităților nr. 3, 8 și 9, prin organizarea de procedură de atribuire, de tipul licitației pentru fiecare activitate în parte, cu respectarea prevederilor O.U.G. nr. 34/2006, iar pe parcursul implementării proiectului au existat mai multe modificări/completări ale contractului de finanțare.

Au fost încheiate 4 acte adiționale și s-au depus 10 notificări, solicitându-se organizarea unei singure proceduri de atribuire pentru unele activități, printre care și cele cu nr. 3, 8 și 9, cu motivarea existenței unei interdependențe a activităților.

Au existat modificări referitoare la activitățile legate de serviciile de consultanță (nr. 3, 8 și 9) ce au fost realizate prin contractarea unor experți individuali în baza C. civ.

În concluzie, echipa de control a susținut că desfășurarea unei munci pentru o perioadă de timp care să dea activității caracter de permanență și nu de activitate ocazională, nu se poate face decât în temeiul unui contract de muncă, contractele civile de prestări servicii putând exista doar în cazul desfășurării unor activități izolate și ocazionale.

Astfel, s-a reținut că beneficiarul a încălcat prevederile O.U.G. nr. 34/2006, prin atribuirea distinctă a contractelor de achiziție publică pentru contractele de consultanță și management de proiect, comasarea achizițiilor într-o singură procedură și, în final, prin divizarea activităților cu rezultat, contractarea, în baza unor contracte civile, încheiate potrivit C. civ., cu persoane fizice neautorizate, a consultanței.

Recurenta-reclamantă a susținut că încheierea convențiilor civile este permisă de Programul Operațional Capacitatea Administrativă, însă această afirmație este doar parțială.

Încheierea unor asemenea convenții civile, chiar dacă este permisă de dispozițiile Programului pentru ca o cheltuială să fie eligibilă trebuie făcută în acord cu prevederile legale incidente.

Convențiile civile pot fi încheiate numai în situația în care munca prestată este ocazională și nu permanentă, ceea ce nu este cazul în litigiul de față.

Încălcarea legislației în materia achizițiilor publice a fost reținută și de către judecătorul fondului,

care a apreciat că, față de valoarea serviciilor de consultanță contractate pentru aducerea la îndeplinire a activităților 3, 8 și 9 și de prevederile art. 18 din O.U.G. nr. 34/2000, reclamanta nu putea proceda la atribuirea acestor contracte.

Totuși, în mod nelegal și cu aplicarea greșită a dispozițiilor O.U.G. nr. 66/2011, instanța de fond a reținut că există o culpă comună, atât a beneficiarului cât și a autorității la săvârșirea neregulii și a considerat că suma ce urmează să fie imputată reclamantului, este de 1/2 din 1.787.308,6 RON, respectiv 893.654,3 RON.

Două aspecte au fost constatate de prima instanță și anume, încheierea actelor adiționale prin care a fost modificat contractul de finanțare în sensul solicitat de beneficiar și existența unei legislații naționale ce contravine scopului pentru care a fost adoptat Regulamentul 2006/CE/1083.

Înalta Curte are astfel îndatorirea de a se pronunța, mai întâi, asupra chestiunii semnificației juridice a modificării contractului de finanțare, prin încheierea actelor adiționale, ca urmare a inițiativei beneficiarului prin transmiterea unor notificări acceptate de Autoritatea de Management.

Potrivit dispozițiilor contractului de finanțare încheiat între părți și amintite la pct. 3 din considerentele prezentei decizii, rambursarea cheltuielilor se realizează numai dacă sunt respectate prevederile legale în legătură cu acestea, iar răspunderea pentru implementarea contractului aparține în totalitate beneficiarului.

Actele adiționale au fost încheiate pornind de la aceste premise legale, răspunderea pentru respectarea O.U.G. nr. 34/2006 și a celorlalte acte normative/administrative, aparținând în continuare tot beneficiarului, deoarece încheierea actelor adiționale nu a modificat modul de rambursare a cheltuielilor, desfășurarea unor activități fără suport legal și obligativitatea Autorității de Management să aplice corecții financiare, în conformitate cu disp. O.U.G. nr. 66/2011.

Nicăieri în cuprinsul actelor încheiate de către părți nu se specifică că Autoritatea de Management efectuează un control asupra legalității notificărilor și a actelor adiționale, în momentul solicitării beneficiarului, în acest sens.

Controlul efectuat de Autoritatea de Management este ex-post, prin aplicarea prevederilor O.U.G. nr. 66/2011.

În plus, Autoritatea de Management a răspuns cu ocazia fiecărei notificări, că beneficiarul răspunde pentru aplicarea prevederilor legale, în particular, a dispozițiilor privitoare la achizițiile publice, iar autoritatea are dreptul să controleze modul de cheltuire a sumelor acordate prin încheierea contractului de finanțare.

Față de acestea, Înalta Curte nu poate reține nicio culpă în ceea ce privește comportamentul recurentului-pârât, acesta realizându-se în conformitate cu prevederile O.U.G. nr. 66/2011, O.U.G. nr. 34/2006 și a legislației secundare.

Cu privire la cele constatate de prima instanță, în sensul existenței unei legislații naționale ce contravine prevederilor Regulamentului nr. 2006/CE/1083, se remarcă că s-a făcut o afirmație ce nu este argumentată în niciun mod, motiv pentru care Înalta Curte reține că o analiză a acestora este imposibil de realizat.

Față de acestea, urmează să se rețină incidența disp. art. 2 alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 66/2011, culpa exclusivă a reclamantului la săvârșirea abaterii, care îndeplinește condițiile neregulii prevăzute de dispozițiile legale analizate, precum și întrunirea motivelor de nelegalitate invocate de recurentul-pârât.

În consecință, în temeiul art. 496 C. proc. civ. coroborate cu art. 20 din Legea nr. 554/2004, modificată și completată, urmează să se respingă ca nefondat recursul formulat de recurentul-reclamant.

În temeiul art. 496 C. proc. civ., coroborat cu art. 20 din Legea nr. 554/2004, modificată și completată, se va admite recursul declarat de recurentul-pârât, se va casa sentința și, rejudecând în

fond, acțiunea va fi respinsă ca neîntemeiată.

PENTRU ACESTE MOTIVE

ÎN NUMELE LEGII

D E C I D E

Respinge recursul formulat de Centrul Național de Răspuns la Incidente de Securitate Cibernetică - Cert-RO împotriva Sentinței nr. 2712 din 23 septembrie 2016 a Curții de Apel București, secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, ca nefondat.

Admite recursul formulat de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice împotriva Sentinței nr. 2712 din 23 septembrie 2016 a Curții de Apel București, secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal.

Casează sentința recurată și, rejudecând în fond cauza, respinge acțiunea ca neîntemeiată.

Definitivă.

WWW.JURI.RO