

R O M Â N I A

ÎNALTA CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE

Secția de Contencios Administrativ și Fiscal

Decizia nr. 2380/2019

Ședința publică din data de 8 mai 2019

Asupra recursului de față;

Din examinarea lucrărilor din dosar, constată următoarele:

I. Circumstanțele cauzei

1.1. Cadrul procesual

La data de 01 februarie 2016 s-a înregistrat pe rolul Curții de Apel Pitești, secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal contestația formulată de U.A.T. Orașul Costești, județul Argeș, reprezentată legal de A. - primar, în contradictoriu cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, prin care se solicită anularea Deciziei nr. 15 din 15 ianuarie 2016, urmând a fi admisă contestația nr. 18734 din 10 decembrie 2015 formulată împotriva Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. x din 6 noiembrie 2015 emise de Direcția constatare și stabilire nereguli din cadrul MDRAP, pentru proiectul Cod SMIS 7602, cu titlul "Reabilitare și modernizare străzi urbane, poduri, trotuare și parcări în Orașul Costești, județul Argeș".

1.2. Hotărârea pronunțată de instanța de fond

Prin Sentința nr. 121/F-CONT din 30 mai 2016 pronunțată de Curtea de Apel Pitești, secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal a fost respinsă contestația reclamantei Unitatea Administrativ Teritorială Orașul Costești, ca neîntemeiată.

1.3. Cererea de recurs

Împotriva hotărârii pronunțate de instanța de fond a formulat recurs reclamanta Unitatea Administrativ Teritorială Orașul Costești, invocând în drept motivele de casare prevăzute de art. 488 alin. (1) pct. 6 și 8 din C. proc. civ.

În motivarea cererii de recurs a arătat că hotărârea instanței de fond este motivată prin prisma apărărilor formulate de pârâtul MDRAP, reținându-se fără o motivare reală că recurenta 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, care contravin principiilor nediscriminării și proporționalității, prevăzute de art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006.

A precizat că la licitație a participat un singur ofertant a cărui ofertă a fost declarată admisibilă, căreia i s-a aplicat criteriul de atribuire și având în vedere că valoarea contractului este sub prag, se consideră că abaterea are grad de gravitate mediu.

Recurenta a susținut că toate procedurile proiectului au fost monitorizate și aprobate de pârât și nu s-a încălcat principiul proporționalității la stabilirea criteriilor de calificare și a nivelului cerințelor minime, nu a fost restricționată participarea la procedura de atribuire, a fost promovată concurența între operatorii economici, fiind garantat tratamentul egal și nediscriminarea operatorilor economici.

A mai precizat că documentația de atribuire a fost postată în SEAP, fiind verificată și avizată de ANRMAP, nu au fost solicitate clarificări de către operatorii economici interesați, toți operatorii interesați de participarea la licitație au avut la dispoziție termenul legal de 10 zile pentru a contesta documentația, fapt care nu s-a întâmplat.

Recurenta a invocat Nota privind Instrucțiunile și termenii de referință care trebuie avute în vedere

de beneficiarii de finanțare, în scopul achiziționării serviciilor de audit prevăzute în contractele de finanțare încheiate în cadrul POR 2007 - 2013, comunicate de Autoritatea de Management, în care sunt incluse și procedurile de aplicat în vederea derulării misiunilor de audit.

A susținut că respectivele criterii au o legătură directă cu obiectul contractului, iar nivelul documentelor care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe, respectiv diplome și experiență, s-a limitat doar la cele strict necesare, luându-se în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea contractului.

1.4. Apărările intimatului

Prin întâmpinarea depusă, intimatul-pârât Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice a invocat excepția nulității recursului, arătând că recurenta nu face decât să reia motivele prezentate odată cu judecarea în fond a cauzei, fără a se aduce vreo critică sentinței atacate. Pe fondul litigiului a solicitat respingerea recursului ca nefondat.

II. Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție

2.1. Cu privire la excepția nulității recursului se reține că este nefondată, întrucât criticile formulate de recurentă se circumscriu motivelor de casare menționate în cererea de recurs, prevăzute de art. 488 alin. (1) pct. 6 și 8 din C. proc. civ., având în vedere că se invocă atât nemotivarea sentinței recurate, cât și aplicarea greșită a normelor de drept material incidente.

2.2. Cu privire la fondul recursului

Argumentele de fapt și de drept relevante

Analizând sentința recurată prin prisma motivelor de recurs invocate și a dispozițiilor legale incidente, Înalta Curte constată că recursul este fondat, față de următoarele considerente:

În baza Mandatului nr. x din 25 august 2015 emis de Șeful Autorității de Management - Programul Operațional Regional, echipa de control a efectuat o verificare documentară a cazului de suspiciune de nereguli vizând aspectele menționate în sesizările Unității Gestionare Nereguli Fonduri Europene nr. 66563 din 6 august 2015, conținând constatări cu implicații financiare, referitoare la neregulile aferente contractului de audit financiar nr. 9506 din 24 iulie 2012.

Această neregulă a fost semnalată cu ocazia efectuării misiunii de audit a Autorității de Audit din cadrul Curții de Conturi, fiind consemnată în Raportul de audit de operațiuni pentru POR al Autorității de Audit nr. 61367/AP din 23 iulie 2015, înregistrat la MDRAP sub nr. 63.443 din 28 iulie 2015.

S-a constatat că reclamanta, în calitate de autoritate 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, care contravin principiilor nediscriminării și proporționalității.

Analizând cerința nr. 2 - Informații privind personalul tehnic - se constată că s-a solicitat ca ofertanții să prezinte o echipă formată din minim următorii experți: liderul de echipă - auditor financiar, studii superioare, certificat de atestare a calității de auditor financiar eliberat de CAFR - copie carnet membru, vizat pe anul în curs; expert cheie 1 - economist studii superioare - certificat de atestare a calității de auditor financiar eliberat de CAFR - copie carnet membru vizat pe anul în curs, certificat de atestare a calității de consultant fiscal eliberat de CCFR; expert cheie 2 - studii superioare juridice, minim 2 ani experiență în domeniu; expert cheie 3 - inginer domeniu construcții, minim 2 ani experiență în domeniu și expert cheie 4 - expert achiziții publice acreditat, minim 3 ani experiență specifică.

S-a apreciat că experții cheie nr. 1 și nr. 3 restricționează participarea operatorilor economici la această procedură de achiziție, fiind încălcate prevederile O.U.G. nr. 34/2006, respectiv art. 178 alin. (2) și art. 179 alin. (1), și ale H.G. nr. 925/2006. Pentru neregulile constatate s-a aplicat o corecție de 10% din valoarea aferentă contractului nr. x din 24 iulie 2012, stabilită în baza art. 17

din O.U.G. nr. 66/2011, cu modificările și completările ulterioare, corecție prevăzută în Anexa la H.G. nr. 519/2014, partea I, lit. A), pct. 10.

Instanța de fond a respins acțiunea prin care reclamanta solicita anularea Deciziei nr. 15 din 15 ianuarie 2016, de respingere a contestației administrative, precum și a Notei de constatare a neregulilor și de stabilire a corecțiilor financiare nr. x din 6 noiembrie 2015 emise de Direcția constatare și stabilire nereguli din cadrul MDRAP reținând, cu privire la cerințele considerate restrictive, incidența disp. art. 178 alin. (2), art. 179 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, art. 48 alin. (2) din Directiva 18/2004, dispoziții transpuse în art. 188 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006.

S-a constatat că autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul cerințelor minime pe care trebuie să le îndeplinească ofertanții/candidații, în acest mod promovându-se concurența între operatorii economici, cu garantarea tratamentului egal și a nediscriminării acestora, principii instituite de art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006.

Exceptarea de la aceste obligații este prevăzută la art. 8 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006, autoritatea contractantă fiind obligată să motiveze acele cerințe minime de calificare referitoare la capacitatea tehnică și profesională, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției. Această notă justificativă trebuie să cuprindă o detaliere temeinică a motivelor care au stat la baza impunerii cerințelor minime, deoarece alegerea acestei soluții este o situație de excepție, și nu o regulă, iar simpla enumerare a acestor cerințe nu poate fi asimilată unei justificări. Instanța de fond a constatat lipsa din nota justificativă, raportat la stabilirea cerințelor minime de calificare pentru achiziția publică de servicii nr. x din 27 februarie 2012, a unei detalieri temeinice a motivelor care au stat la baza impunerii acestora.

Referitor la existența unui prejudiciu, potrivit prevederilor art. 1 alin. (4), art. 5 alin. (1) și art. 9 alin. (24) din contractul de finanțare, precum și dispozițiilor art. 2 alin. (1) lit. c) și d) din H.G. nr. 759/2007, s-a reținut că încălcarea de către autoritatea contractantă a obligației de a respecta prevederile legislației naționale în domeniul achiziției publice conduce la neeligibilitatea cheltuielilor efectuate sau la aplicarea de corecții financiare, conform legislației în vigoare. Pentru a fi eligibilă, o cheltuială trebuie să fie în conformitate cu prevederile contractului de finanțare și conformă cu prevederile legislației naționale și comunitare, fiind incidente în cauză dispozițiile art. 2, art. 3, art. 10 - 14, art. 25, art. 43, art. 53, art. 56, art. 58 - 62, art. 70 - 74, art. 98 - 101 din Regulamentul CE nr. 1083/2006 al Consiliului din 11 iulie 2006 de stabilire a unor dispoziții generale privind Fondul European de Dezvoltare Regională, Fondul Social European și Fondul de Coeziune, prevederi direct aplicabile, potrivit art. 288 din Tratatul U.E.

Înalta Curte constată că este întemeiată critica recurentei referitoare la lipsa din considerentele sentinței recurate a motivării caracterului restrictiv al cerințelor menționate în nota de constatare, respectiv cerința nr. 2 - Informații privind personalul tehnic - expertul nr. 1 și expertul nr. 3.

Instanța de fond s-a limitat la menționarea în sentință a faptului că acești experți restricționează participarea operatorilor economici la această procedură de achiziție, fiind încălcate prevederile O.U.G. nr. 34/2006 și ale H.G. nr. 925/2006, respectiv art. 178 alin. (2) și art. 179 alin. (1), preluând aspectele reținute de organul de control, fără să expună argumentele pe care își întemeiază această constatare, în urma analizării motivelor invocate în cererea de chemare în judecată.

Astfel, în nota de constatare se menționează, cu privire la expertul nr. 1, că oricare posibil ofertant care ar fi putut dovedi o experiență specifică prin prezentarea unor dovezi că dispune de personal specializat în audit financiar ar fi trebuit să aibă dreptul de a participa la procedura de atribuire a contractului respectiv, fără a fi obligat la îndeplinirea vreunei alte condiții suplimentare.

În cererea de chemare în judecată reclamanta a arătat, sub aspectul justificării cerințelor în discuție, că misiunile de audit sunt misiuni complexe care, în funcție de specificitatea activităților conexe care trebuie derulate, implică includerea în echipa de experți, cum ar fi: evaluatori, actuari, fiscaliști, experți achiziției, experți resurse umane, experți tehnici - IT, petrol și gaze, telecomunicații,

ospitalitate, construcții, asigurări, bănci și multe altele, în funcție de fiecare caz în parte.

Totodată, a făcut mai multe precizări cu privire la activitățile care susțin demersul său, în calitate de autoritate contractantă, de a include în invitația de participare calificările ce au făcut obiectul constatărilor echipei de control. Astfel, a menționat că prin termenul generic de auditor a înțeles să beneficieze de serviciile unei echipe, nu doar a unei singure persoane care, evident, nu putea face față unui demers atât de complex, sens în care a enumerat activitățile specifice proiectului, pe care le desfășoară auditorul.

A susținut necesitatea prezenței unui specialist în fiscalitate menționând că partea de fiscalitate este inclusă în activitățile de tip contabil, activități majoritare în cadrul misiunii, care acoperă aspectele reprezentând respectarea legislației specifice privind fiscalitatea.

A mai arătat că aceste criterii la care se referă organul de control au o legătură directă cu obiectul contractului, iar nivelul documentelor care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe, respectiv diplome și experiență, s-a limitat doar la cele strict necesare, luându-se în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea contractului.

Prima instanță nu a analizat aceste argumente pe care reclamanta le aduce în sprijinul susținerii că cerințele nu au caracter restrictiv și că au o legătură directă cu obiectul contractului, respectiv nu a arătat, în concret, motivele care justifică o asemenea concluzie care concordă cu concluzia emitentului notei de constatare.

Nu se poate considera că instanța de fond a argumentat soluția pronunțată prin reținerea împrejurării că lipsește din nota justificativă detalierea temeinică a motivelor care au stat la baza impunerii cerințelor minime, din moment ce actul normativ în baza căruia a fost aplicată corecția financiară - Anexa la H.G. nr. 519/2014, partea I, lit. A), pct. 10 nu stabilește ca fiind abatere insuficienta detaliere în cuprinsul notei justificative a motivelor avute în vedere la stabilirea criteriilor de selecție.

În consecință, se impunea examinarea, pentru fiecare expert în parte - expertul nr. 1 și expertul nr. 3, a cerințelor solicitate prin fișa de date a achiziției, pentru a se stabili dacă acestea sunt sau nu legale, dacă încalcă principiile proporționalității și nediscriminării, respectiv dacă au legătură și/sau sunt proporționale cu obiectul contractului. Simpla preluare a considerentelor din nota de constatare a cărei anulare se solicită nu poate reprezenta o motivare ce respectă exigențele impuse de dispozițiile procesual civile, în condițiile în care prima instanță nu a procedat la examinarea susținerilor din cererea de chemare în judecată invocate de reclamantă pentru a combate aceste considerente și pentru a demonstra că aceste cerințe nu încalcă prevederile legale enumerate în nota de constatare.

Potrivit disp. art. 425 alin. (1) lit. b) din C. proc. civ., hotărârea judecătorească va cuprinde, printre altele, motivele de fapt și de drept pe care se întemeiază soluția, arătându-se atât motivele pentru care s-au admis, cât și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților.

În mod necesar, o hotărâre judecătorească trebuie să cuprindă în motivarea sa argumentele pro și contra care au format, în fapt și în drept, convingerea instanței cu privire la soluția pronunțată, argumente care trebuie să se raporteze, pe de o parte, la susținerile și apărările părților și la probatoriul administrat în litigiu, iar, pe de altă parte, la dispozițiile legale aplicabile raportului juridic dedus judecății, în caz contrar fiind lipsită de suport probator și legal și pronunțată cu nerespectarea prevederilor art. 425 alin. (1) lit. b) din C. proc. civ.

Motivarea reprezintă un element esențial al unei hotărâri judecătorești, o puternică garanție a imparțialității judecătorului și a calității actului de justiție, precum și o premisă a exercitării corespunzătoare de către instanța superioară a atribuțiilor de control judiciar (în speță, de legalitate a hotărârii). De altfel, obligativitatea motivării hotărârilor judecătorești constituie o condiție a procesului echitabil, exigență a art. 21 alin. (3) din Constituția României și art. 6 alin. (1) din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale.

Orice parte în cadrul unei proceduri are dreptul, în mod evident, să prezinte judecătorului

observațiile și argumentele sale și să pretindă organului judiciar să le examineze pe acestea în mod efectiv. Dreptul la un proces echitabil nu poate fi considerat efectiv decât dacă observațiile părților sunt corect examinate de către instanță care are, în mod necesar, obligația de a proceda la un examen efectiv al mijloacelor de probă și al argumentelor invocate de părți, cel puțin pentru a le aprecia pertinenta, astfel că nemotivarea unei hotărâri judecătorești, total sau parțial, echivalează practic cu soluționarea procesului fără a intra în fondul acțiunii, de natură, prin urmare, să justifice casarea cu trimitere spre rejudecare.

În mod evident, prin omisiunea instanței de fond de a examina și cerceta, în mod efectiv, prin considerentele hotărârii recurate, în integralitate, motivele de fapt și de drept invocate de reclamantă prin cererea de chemare în judecată, motive ce necesitau un răspuns specific și explicit, au fost nesocotite dispozițiile art. 425 alin. (1) lit. b) din C. proc. civ. și a fost încălcat dreptul la un proces echitabil, Înalta Curte fiind astfel în imposibilitatea de a exercita în mod corespunzător atribuțiile de control judiciar.

În aceste condiții, vătămarea procesuală cauzată reclamantei nu poate fi înlăturată altfel decât prin casarea sentinței atacate și trimiterea cauzei spre rejudecare la aceeași instanță de fond, pentru a se asigura părților accesul la dublul grad de jurisdicție, ca garanție a legalității și temeiniciei hotărârii judecătorești ce va fi dată în cauză.

În consecință, se constată incidența motivului de casare prevăzut de art. 488 alin. (1) pct. 5 C. proc. civ. care vizează situația în care, prin hotărârea dată, instanța a încălcat regulile de procedură a căror nerespectare atrage sancțiunea nulității.

Acest motiv de casare are în vedere neregularități procedurale, altele decât cele prevăzute la alin. (1) - (4), precum și nerespectarea unor principii fundamentale care guvernează desfășurarea procesului civil, în speță, principiul dreptului la apărare și principiul dreptului la un proces echitabil.

În raport cu aceste argumente, Înalta Curte constată că nu se mai impune analizarea celorlalte critici ale recurente, subsumate motivului de casare prevăzut de art. 488 alin. (1) pct. 8 din C. proc. civ., acestea urmând să fie analizate cu ocazia rejudecării de către instanța de fond.

2.2. Temeiul legal al soluției adoptate în recurs.

Pentru considerentele expuse, în temeiul art. 496 alin. (1) din C. proc. civ., Înalta Curte va admite recursul, va casa sentința atacată și va trimite cauza spre rejudecare aceleiași instanțe.

PENTRU ACESTE MOTIVE

ÎN NUMELE LEGII

D E C I D E

Respinge excepția nulității recursului.

Admite recursul declarat de Unitatea Administrativ Teritorială Orașul Costești împotriva sentinței nr. 121/F-CONT din 30 mai 2016 pronunțate de Curtea de Apel Pitești, secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

Casează sentința atacată și trimite cauza spre rejudecare aceleiași instanțe.

Definitivă.