

CĂTRE,

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI

Secția a IX-a Contencios Administrativ și Fiscal

DOSAR NR. 760/54/2020**

COMPLETUL 9 – Complet 9 fond

Termen de pronunțare: 11.04.2025

DOMNULE PREȘEDINTE,

UAT COMUNA DOBROSLOVENI cu sediul în Comuna Dobrosloveni, str. A. I. Cuza, nr. 1, jud. Olt, având Cod fiscal 4395035, fax: +40.249.530210, E-mail: contact@dobrosloveni.ro reprezentată prin domnul Tudorașcu Gheorghe în calitate de Primar **și cu sediul ales în temeiul art. 158 din Codul de procedură civilă pentru comunicarea actelor de procedură la reprezentantul meu convențional CABINET INDIVIDUAL AV. DR. VIOREL GĂINĂ din Craiova, str. Caracal, nr. 33, jud. Dolj, 200347, tel.: +4 0251 414629, fax: +4 0351 422718, e-mail: office@avgaina.ro reprezentată prin avocat Găină Alexandru Mihnea, în calitate de reclamantă în dos. nr. 760/54/2020** al Curții de Apel București – Secția a IX-a Contencios Administrativ și Fiscal COMPLETUL 9 – Complet 9 fond cu termen de pronunțare la data de 11.04.2025 formulează prezentele:**

CONCLUZII SCRISE

IN FAPT,

Comuna Dobrosloveni în calitate de Autoritate contractantă a desfășurat Procedura simplificată cu desfășurare ONLINE, în vederea atribuirii contractului de execuție lucrări pentru investiția "Sistem de alimentare cu apă și canalizare în comuna Dobrosloveni, jud. Olt – construcție nouă", pe baza prevederilor legale statuate de Legea 98/2016, HG 395/2016 și a prevederilor procedurale statuate în Manual de proceduri pentru atribuirea contractelor de achiziție publică pentru proiectele finanțate prin PNDR, Versiunea 01 publicată pe site-ul AFIR în luna iulie 2016.

Procedura de achiziție a fost vizată de CRFIR și demarată ulterior în luna aprilie 2017, prin publicarea în Sistemul Electronic de Achiziții Publice a anunțului de

participare simplificat nr. 402630/05.04.2017 și a fost finalizată în data 15.11.2017, prin semnarea contractului de execuție lucrări nr. 5103/15.11.2017 cu ofertantul SC RESCOMT SRL, cu o ofertă financiară de 10.166.015,63 lei fără TVA.

Ulterior, în baza contractului de execuție lucrări, antreprenorul general a început executarea efectivă a lucrărilor conform prevederilor contractuale.

În cursul anului 2020, UAT Dobrosloveni a primit controlul AFIR Craiova. Cu această ocazie, în data de 06.05.2020, a fost emis procesul verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare nr. 9575/08.05.2020 prin care AFIR a hotărât, în mod abuziv, recuperarea întregului ajutor financiar nerambursabil acordat și rezilierea contractului de finanțare.

Acest proces verbal a fost comunicat unității administrativ-teritoriale în data de 15.05.2020. Împotriva procesului verbal a fost formulată înregistrată la AFIR sub nr. 10400/09.06.2020.

Prin Decizia înregistrată la AFIR sub nr. 11605/09.07.2020 a fost respinsă contestația formulată de noi împotriva procesului verbal menționat.

Această decizie a fost comunicată subscrisei la data de 31.07.2020.

Totodată, la data de 31.07.2020 subscrisa a formulat cerere de chemare în judecată împotriva AFIR prin care am solicitat „anularea/revocarea procesului verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare încheiat în data de 06.05.2020, a sumelor și măsurilor stabilite prin acesta și, pe cale de consecință, anularea/revocarea tuturor înscrisurilor ce au legătură cu procesul verbal contestat, privitor la proiectul „Sistem de alimentare cu apă și canalizare în comuna Dobrosloveni, jud. Olt”, contract C0720AN00031543000549/08.09.2016”.

Cauza a fost înregistrată pe rolul Curții de Apel Craiova sub nr. 760/54/2020.

Prin Sentința nr. 207/09.10.2020 pronunțată de Curtea de Apel Craiova, s-a declinat competența de soluționare a litigiului către Curtea de Apel București - Secția a IX-a Contencios Administrativ și Fiscal.

După declinare, cauza a fost înregistrată pe rolul Curții de Apel București - Secția a IX-a Contencios Administrativ și Fiscal sub nr. 760/54/2020*.

Prin Sentința Civilă nr. 1949/28.10.2022 pronunțată în dos. nr. 760/54/2020* al Curții de Apel București – Secția a IX-a Contencios Administrativ și Fiscal a fost respinsă acțiunea formulată de unitatea administrativ-teritorială ca inadmisibilă, motivat de faptul că subscrisa nu a solicitat în termenul prevăzut de art. 204 anularea deciziei de soluționare a contestației prealabile înregistrată la AFIR sub nr. 11605/09.07.2020.

Împotriva acestei sentințe, subscrisa a formulat recurs care a fost admis, iar cauza a fost trimisă la instanța de fond spre rejudecare pe fond.

După casare, cauza a fost înregistrată pe rolul Curții de Apel București - Secția a IX-a Contencios Administrativ și Fiscal sub nr. 760/54/2020**.

În cauză a fost administrată proba cu înscrisuri.

Față de cele menționate, apreciem că Decizia înregistrată la AFIR sub nr. 11605/09.07.2020 prin care a fost respinsă contestația formulată de noi împotriva procesului verbal menționat este netemeinică și nelegală pentru motivele pe care le vom expune în continuare.

Motivele invocate de subscrisa prin cererea de chemare în judecată sunt, în esență următoarele:

- Proiectul „Sistem de alimentare cu apă și canalizare în comuna Dobrosloveni, jud. Olt” a fost desfășurat în mod legal și nu există nicio fraudă/neregulă cu privir la implementarea acestuia;
- Subcontractarea lucrărilor este efectuată în mod legal, iar lucrările executate sunt conforme cu proiectul tehnic aprobat pentru proiect;
- Toate cheltuielile efectuate de la începutul execuției contractului și decontate până în prezent de AFIR respectă condițiile de eligibilitate conform Anexei V a contractului de finanțare, neexistând nicio penalitate, iar cererile de plată anterioare sunt integral decontate;
- Aspectele ce fac obiectul investigației jurnalistice Recorder fac obiectul verificărilor din teren a consilierilor DCA, ocazie cu care s-a constatat existența echipamentelor și respectarea parametrilor tehnici și funcționali, conform paginilor 32-34 din procesul verbal contestat. Modificarea furnizorului de echipamente a fost efectuată întrucât oferta inițial depusă era condiționată de termen, iar echipamentul livrat respectă condițiile din proiectul tehnic.
- Concluziile din Capitolul 8 ale procesul verbal contestat nu sunt susținute de constatările în teren, iar procedura de achiziție s-a desfășurat conform legii.

I. Cadrul legal aplicabil - Noțiunea de neregulă/fraudă

Considerăm că pentru analiza acestor motive este necesar a se avea în vedere prevederile OG nr. 66/2011 referitoare la noțiunea de neregulă.

Conform art. 2 alin. 1 lit. a) din OG nr. 66/2011 noțiunea de **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.

Conform art. 2 alin. 1 lit. b) din OG nr. 66/2011 noțiunea de **fraudă** - infracțiunea săvârșită în legătură cu obținerea ori utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, încriminată de Codul penal ori de alte legi speciale.

În acest context, este relevantă distincția dintre noțiunile de abatere, neregulă și fraudă, având în vedere consecințele specifice ale incidenței fiecăreia dintre acestea.

Pentru această distincție sunt esențiale două aspecte.

Unul se referă la intenția beneficiarului fondurilor de a-l fraudă (adică a-l induce în eroare – n.a.) pe finanțator, iar cel de al doilea se referă la proporționalitate, prin raportare la elementele de ansamblu ale cauzei și aptitudinea de a atinge scopul urmărit de legiuitor, și anume prevenire/recuperarea prejudiciului, prin celelalte mijloace expres reglementate de legislația extrapenală incidentă în materia fondurilor, respectiv pe cale administrativă sau contractuală.

Înalta Curte de Casație și Justiție a arătat că ambele aspecte sunt esențiale, întrucât atât noțiunea de neregulă cât și acțiunile ce constituie elemente de tipicitate ale infracțiunii prevăzute de art. 181 din Legea nr. 78/2000 sunt foarte largi, legiuitorul folosind termeni generali, fără nicio circumstanțiere.

Principiul proporționalității este unul dintre principiile fundamentale ale dreptului Uniunii Europene. În acest context, potrivit art. 85 alin. 3 din Regulamentul (UE) nr. 1303/2013 al Parlamentului European și al Consiliului din 17 decembrie 2013, chiar Comisia Europeană, Parlamentul European și Consiliul se referă la necesitatea respectării principiului proporționalității: **„Atunci când ia o decizie cu privire la o corecție financiară, Comisia respectă principiul proporționalității, ținând seama de natura și de gravitatea încălcării legislației aplicabile și de implicațiile financiare ale acesteia pentru bugetul Uniunii”**. Prin urmare, ideea centrală este că aplicarea corecțiilor financiare se face în mod obligatoriu cu respectarea principiului proporționalității, circumstanțiat în modul descris în text.

În considerarea celor menționate, apreciem că presupusele fapte sancționate prin actele de control ale AFIR nu întrunesc elementele constitutive ale noțiunii de neregulă astfel cum este prevăzută în legislația națională și europeană și consacrată în jurisprudența națională și europeană pentru motivele pe care le vom expune în cele ce urmează.

II. Motive/argumente privind admiterea cererii de chemare în judecată

1. Cu privire la proiectul „Sistem de alimentare cu apă și canalizare în comuna Dobrosloveni, jud. Olt” apreciem că acesta a fost desfășurat în mod legal și nu există nicio fraudă cu privire la executarea acestuia.

Pornind de la noțiunea de fraudă amintită, precizăm că în speță nu există niciun element care să poată indica incidența unei fraude pentru care UAT Dobrosloveni să fie responsabilă și pentru care să suporte consecințele motivat de faptul că nu există nicio hotărâre judecătorească definitivă prin intermediul căreia să se constate săvârșirea de către o persoană a vreunei infracțiuni în legătură directă și/sau indirectă cu proiectul menționat..

2. Referitor la existența unor nereguli referitoare la proiectul menționat, apreciem că acestea nu există.

2.1. Subcontractarea lucrărilor

Astfel cum rezultă din oferta depusă de câștigătorul procedurii de achiziție publică în cadrul procedurii de atribuire nu este prevăzută intenția acestuia de a subcontracta lucrările și nu au fost indicate date cu privire la subcontractanți.

Conform prevederilor art. 151 din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016 Înlocuirea/implicarea subcontractanților de către contractant în perioada de implementare a contractului poate interveni în următoarele situații:

- a) înlocuirea subcontractanților nominalizați în ofertă și ale căror activități au fost indicate în ofertă ca fiind realizate de subcontractanți,
- b) declararea unor noi subcontractanți ulterior semnării contractului de achiziție publică în condițiile în care lucrările/serviciile ce urmează a fi subcontractate au fost prevăzute în ofertă fără a se indica inițial opțiunea subcontractării acestora,
- c) renunțarea/retragerea subcontractanților din contractul de achiziție publică.

Astfel, legislația achizițiilor publice permite antreprenorului general implicarea în executarea contractului a unor subcontractanți pe perioada de execuție a contractului chiar dacă aceștia nu au fost prevăzuți inițial, sub condiția îndeplinirii condițiilor menționate la art 151.

În acest sens, precizăm că în perioada de implementare a contractului, antreprenorul general a decis subcontractarea lucrărilor și a depus în acest sens adresa nr. 426/20.11.2017, înregistrată la sediul AC cu nr. 5194/20.11.2017 prin care a solicitat acordul autorității contractante referitor la subcontractarea lucrărilor conform contractului nr. 1634/17.11.2017 semnat cu SC Condor Păduraru SRL.

Având în vedere perioada mare de timp între depunerea ofertei (27.04.2017) și semnarea efectivă a contractului de lucrări (15.11.2017) este evident că la

momentul depunerii ofertei exista posibilitatea ca ofertantul să nu aibă intenția de a subcontracta anumite lucrări.

Mai mult, chiar și dacă la momentul depunerii ofertei antreprenorul general avea în intenție să subcontracteze, acesta nu era obligat să declare în acest sens întrucât legislația permite, după cum am arătat, implicarea de noi subcontractanți în anumite condiții care din punctul nostru de vedere sunt îndeplinite în cauză.

Mai mult considerăm că implicarea de noi subcontractanți nu afectează contractul decât în măsura în care se produc modificări esențiale ale contractului astfel cum dispune art. 221 din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, precizăm că înlocuirea/implicarea subcontractanților de către contractant în perioada de implementare a contractului nu reprezintă modificare substanțială și se realizează numai cu acordul autorității contractante.

În consecință, pentru subcontractare, este necesar ca autoritatea să își exprime acordul în acest sens, fără ca subcontractarea să producă efecte în ceea ce privește raporturile dintre autoritatea contractantă și finanțator.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă este obligată să furnizeze AFIR toate informațiile legate de subcontractanții ofertantului declarat câștigător. În cazul în care, după avizarea achizițiilor de către CRFIR, apare necesară înlocuirea/implicarea subcontractanților de către contractor, acesta și autoritatea contractantă au obligația respectării prevederilor art. 151 la 156 din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractanta va prezenta de îndată la CRFIR documentele menționate în instrucțiuni pentru verificare și avizare conform Anexei 2.9.

Astfel cum rezulta din procedura AFIR, obligațiile comunei Dobrosloveni, în calitate de autoritate contractantă și beneficiar al contractului de finanțare, față de finanțator sunt următoarele:

- ✚ Sa furnizeze AFIR toate informațiile legate de subcontractanții ofertantului declarat câștigător.
- ✚ Sa respecte prevederile art. 151 la 156 din HG nr. 395/2016.
- ✚ Sa prezinte documentele menționate în Instrucțiunile pentru verificare și avizare, conform Anexei 2.9

Față de această situație, precizăm că subscrisa și-a îndeplinit obligațiile față de finanțator (AFIR prin CRFIR 4 SV Craiova) înțelegând să arătăm în cele ce urmează modul de îndeplinire a acestora.

Cu privire la prima obligație, prezentarea documentelor respective pentru verificarea și avizarea CRFIR, menționăm că această obligație nu este condiționată de un anumit termen și nici nu există sancțiuni pentru situația în care această obligație este îndeplinită mai repede sau mai târziu din punct de vedere temporal.

Mai mult, nici în contractul de finanțare (inclusiv anexele acestuia) și nici în OUG 66/2011 nu se prevăd măsurile/sancțiunile pentru neîndeplinirea unei asemenea obligații.

Referitor la cea de-a doua obligație, precizăm că în cursul execuției și în perioada de valabilitate, contractele se pot modifica numai cu respectarea prevederilor de la SECȚIUNEA 2: Modificarea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă va putea încheia după caz, fie acte adiționale la contractele existente, fie contracte de achiziție publică noi (ca urmare a derulării unei noi proceduri de atribuire) numai după avizarea prealabilă din punct de vedere tehnic a modificărilor respective.

În cazul în care modificarea contractului este nesubstanțială (cf. Art.221 din Legea nr. 98/2016), CRFIR verifică și avizează modul în care s-a desfășurat achiziția conform Anexei 2.9.

Orice modificare a unui contract de achiziție publică ori acord-cadru în cursul perioadei sale de valabilitate altfel decât în cazurile și condițiile prevăzute la art. 221 se realizează prin organizarea unei noi proceduri de atribuire.

Înlocuirea/implicarea subcontractanților de către contractant în perioada de implementare a contractului nu reprezintă modificare substanțială și se realizează numai cu acordul autorității contractante, conform legii.

Autoritatea contractantă este obligată să furnizeze AFIR toate informațiile legate de subcontractanții ofertantului declarat câștigător. În cazul în care, după avizarea achizițiilor de către CRFIR, apare necesară înlocuirea/implicarea subcontractanților de către contractor, acesta și autoritatea contractantă au obligația respectării prevederilor art. 151 la 156 din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractanta va prezenta de îndată la CRFIR spre verificare și avizare următoarele documente:

- Nota justificativa care atesta încadrarea într-una dintre situațiile prevăzute de art. 151 din HG 395/2016
- Acordul autorității contractante
- Declarația pe propria răspundere a noilor subcontractanți prin care își asumă respectarea prevederilor caietului de sarcini și a propunerii tehnice depuse de către contractant la ofertă, aferentă activității supuse subcontractării
- Certificatul constatator eliberat de ONRC al noilor subcontractanți
- Lista de verificare a conflictului de interese și incompatibilități de participare semnată de reprezentantul legal "

Nefiind stipulat un termen limita de depunere a acestor documente, Autoritatea contractanta a considerat ca aceasta modificare "NESUBSTANȚIALĂ" așa cum

este definita în Legea 98/2016 precum și în procedura AFIR poate fi DEPUȘA SPRE AVIZARE oricând, în perioada de execuție a contractului.

În timpul implementării proiectului, AC a luat toate măsurile necesare ca introducerea unui subcontractant în cadrul contractului de lucrări să respecte prevederile legale și să fie făcută în conformitate cu legea și procedurile aferente contractului de finanțare.

Astfel, după ce SC RESCOMT SRL a depus Adresa nr. 426/20.11.2017, înregistrată la sediul AC cu nr. 5194/20.11.2017 prin care a solicitat acordul autorității contractante referitor la subcontractarea lucrărilor conform contractului nr. 1634/17.11.2017, AC a analizat îndeplinirea condițiilor legale pentru acceptarea subcontractării în baza prevederilor legale.

După analiza contractului de lucrări nr. 1634/17.11.2017 semnat între antreprenor – SC RESCOMT SRL și SC CONDOR PĂDURARU SRL în cadrul contractului de execuție lucrări pentru investiția "Sistem de alimentare cu apă și canalizare în comuna Dobrosloveni, județul Olt – construcție nouă", în vederea respectării prevederilor HG 395/2016, art. 151 lit. b) și art. 152 contractul încheiat între contractant și subcontractant trebuie să conțină obligatoriu următoarele date: activitățile ce urmează a fi subcontractate, numele, datele de contact, reprezentanții legali și valoarea aferentă prestațiilor noilor subcontractanți, autoritatea contractantă a solicitat prin adresa nr. 5227/22.11.2017 depunerea unor documente care să susțină contractul de subantrepriză, în conformitate cu prevederile legale stipulate de art. 151-155 din HG 395/2016,

Antreprenorul a depus împreună cu Adresa de răspuns nr. 428/24.11.2017 toate documentele necesare în conformitate cu prevederile legale și cu cele solicitate de autoritatea contractantă.

Conform acesteia, legislația aprobată în anul 2016 prevede în mod expres această posibilitate și chiar mai mult decât atât, posibilitatea subcontractorului de a subcontracta la rândul său. Astfel art. 219 alin 3 din Legea 98/2016 prevede că un contractant "are dreptul de a implica noi subcontractanți, pe durata executării contractului de achiziție publică, cu condiția ca nominalizarea acestora să nu reprezinte o modificare substanțială a contractului de achiziție publică, în condițiile art. 221.". Practic aceleași dispoziții sunt reluate în art. 151 alin. 1 litera (b) din Normele de aplicare ale legii: "(b) declararea unor noi subcontractanți ulterior semnării contractului de achiziție publică în condițiile în care lucrările/serviciile ce urmează a fi subcontractate au fost prevăzute în ofertă fără a se indica inițial opțiunea subcontractării acestora".

Conform lit. d) a art. 160 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 – în acord cu care: „prin introducerea unui nou subcontractant nu este schimbat caracterul general al obiectului contractului de achiziție publică, fapt ce presupune că scopul contractului, precum și indicatorii principali ce caracterizează rezultatul respectivului contract rămân nemodificați” această

condiție este îndeplinită, întrucât prin contractul de subantrepriză se vor executa lucrări care au fost incluse în oferta SC RESCOMT SRL și care fac obiectul contractului de lucrări. În esență, subcontractarea lucrărilor nu modifică drepturile și obligațiile contractului general – SC RESCOMT SRL, deci nu modifică efectele contractului principal ce reprezintă obiectul contractului.

De altfel și Contractul de achiziție publică de lucrări nr. 5103/15.11.2017 încheiat între RESCOMT SRL și Comuna Dobrosloveni conține sub clauza 20 – "Subcontractanții" care prevede posibilitatea generală de a subcontracta, fără a deosebi între un subcontractant declarat în procedura și unul introdus ulterior.

În concluzie, un executant dintr-un contract de achiziție publică de lucrări poate subcontracta către un terț care nu a fost declarat inițial în procedura de atribuire.

Analizând în concret situația expusă de AFIR, considerăm că ambele condiții au fost îndeplinite, astfel: nu a existat nicio modificare a Contractului de achiziție publică, cu atât mai puțin una substanțială, în condițiile în care Contractul de subantrepriză a fost încheiat în aceleași condiții ca și Contractul de Achiziție Publică de Lucrări. Conform art. 221 alin. (7) din Lege "o modificare a unui contract de achiziție publică/acord-cadru în perioada de valabilitate a acestuia este considerată modificare substanțială în sensul alin. (1) lit. e) atunci când, prin această modificare, contractul/acordul-cadru prezintă caracteristici care diferă în mod substanțial de cele ale documentului semnat inițial". Ori, în mod evident, caracteristicile Contractului inițial nu sunt alterate.

Mai mult, la contractul de subantrepriză au fost făcute două acte adiționale nr. 1 și nr. 2 ce sunt în concordanță cu prevederile art. 52 și 53 din HG 395/2016.

De asemenea, a fost transmisă și declarația pe propria răspundere prin care subcontractantul își asumă respectarea prevederilor caietului de sarcini și a propunerii tehnice depuse de către contractant la ofertă, aferentă activității supuse subcontractării, conform art. 151 din HG 395/2016, precum și declarațiile și restul documentelor necesare, împreună cu propunerea tehnică a antreprenorului conform oferta, însoțită de către subcontractant.

Așa cum rezulta din certificatele și documentele depuse a fost verificată inexistența situațiilor de excludere și a resurselor/capabilităților corespunzătoare părților de implicare în contractul de achiziție publică, astfel încât a reieșit îndeplinirea condițiilor legale în baza art. 156 din HG. 395/2016, fapt consemnat și în fișa documentelor prezentate de către subantreprenor, întocmită de reprezentantul de achiziții, membru în cadrul comisiei de evaluare a ofertelor.

Documentele care au fost depuse de către antreprenor, pentru subcontractantul declarat, au fost analizate de acesta și sunt în conformitate cu prevederile Fișei de date care a stat la baza procedurii de atribuire și confirmă îndeplinirea tuturor

condițiilor necesare în vederea subcontractării lucrărilor și acceptării contractului de subantrepriza de către autoritatea contractantă.

Au fost transmise și actele adiționale ale contractului de subantrepriza prin care s-au realizat următoarele modificări:

- Prin actul adițional nr. 1/23.11.2017 la contractul de lucrări s-a modificat denumirea contractului, din contract de lucrări în contract de lucrări de subantrepriza și termenii contractuali astfel: termenul executant se înlocuiește cu termenul de subantreprenor și se modifica art. 4.1 prin care se introduce borderoul de lucrări ce va fi executat de către subantreprenor.

Conform acestui Borderou de lucrări, rezulta valoare lucrări C+M executate de către subantreprenor în valoare de 8.545.950,83 lei + valoare echipamente de 1.170.064,80, rezultând un total de 9.716.015,63 lei.

- Prin actul adițional nr. 2/24.11.2017 se modifica și art. 4.3 – Prețul convenit pentru îndeplinirea contractului, respectiv prețul lucrărilor executate, plătitibil subantreprenorului de către antreprenor este de 9.716.015,63 lei, conform Borderou de lucrări.
- Prin actul adițional 3/24.01.2018 , se modifica valoarea contractului ca urmarea actualizării conform OUG 79/2017 la 9.678.405,61 lei
- Prin actul adițional 4/19.09.2018 se prelungește perioada de execuție a contractului.

Față de cel menționate, considerăm că organul de control în mod eronat și fără fundament juridic a apreciat că subcontractarea lucrărilor s-a efectuat cu nerespectarea prevederilor legale.

De altfel, opinia ANAP cu privire la subcontractare este în sensul că

orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual sau în comun cu alți operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, SUBCONTRACTANT PROPUS sau terț susținător, în condițiile prevăzute de prezenta lege. Totodată, conform art. 55 alin. (1) / art. 68 alin. (1) din același act normativ autoritatea/entitatea contractantă solicită ofertantului sau candidatului să precizeze în oferta ori solicitarea de participare partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de identificare ale subcontractanților propuși. Prin urmare, având în vedere cele de mai sus, precizăm că nu se poate interzice subcontractarea în cadrul unei proceduri de atribuire, oricare ar fi aceasta, inclusiv procedura simplificată, introducerea unei limitări cu privire la dreptul operatorului economic care participă la o procedură organizată pentru atribuirea unui contract de achiziție publică de a subcontracta îndeplinirea contractului respectiv fiind în contradicție cu prevederile sus-menționate.

După cum rezultă din înscrisurile depuse la dosarul cauzei, subscrisa a depus prin Fisă navetă înregistrată la CRFIR cu nr. 1262/27.02.2020 documentele necesare în vederea înștiințării subcontractării în cadrul contractului de achiziție de lucrări, respectând prevederile contractului de finanțare și ținând cont de prevederile procedurale, prezentând pe suport CD cu semnătura electronică documentele menționate în instrucțiuni (conform OPIS atașat), pentru verificare și avizare.

În considerarea celor expuse, apreciem că subcontractarea de către antreprenorul general a fost făcută în conformitate cu prevederile legale.

2.3. Îndeplinirea specificațiilor tehnice ale echipamentelor puse în operă de antreprenor

În esență, organele de control au reținut faptul că o parte din echipamentele oferite inițial de antreprenor nu corespund cu cele puse în operă în sensul că în oferta inițială au fost indicați anumiți producători, iar ulterior anumite echipamente din teren sunt produse de alt producător.

Față de aceste constatări ale organelor de control, apreciem că sunt nefondate pentru motivele pe care le vom expune.

Astfel, precizăm că din verificările efectuate pe teren de către consilierii DCA pentru care s-a încheiat Procesul verbal nr. 701/12.02.2020 rezultă următoarele:

- ✚ S-au efectuat două sondaje, unul pe rețea alimentare apă și altul pe rețea canalizare, constatându-se existența țevii cu protecție, care, așa cum este și soluția din PT, nu necesită așternerea unui pat nisip, iar la rețeaua de canalizare, ca urmare a sondajului, s-a constatat existența patului de nisip.
- ✚ Rezervorul metalic este achiziționat de la SC GENMOD SRV SRL
- ✚ Stație tratare apă achiziționată de la SC SIA DYNAMIC SOLUTION SRL
- ✚ Stație epurare achiziționată de la SC SIA DYNAMIC SOLUTION SRL

Cu privire la echipamentele montate și puse în funcțiune în cadrul investiției, facem precizarea, ca așa cum rezultă din fișele tehnice transmise de către executantul lucrărilor, acestea corespund într-un tot cu cele cuprinse în cadrul ofertei, având cel puțin aceleași caracteristici și fiind în conformitate cu soluția tehnică din cadrul Proiectului tehnic.

De altfel, această situație rezultă și din analiza comparativă a echipamentelor efectuată de către organul de control și care se regăsește în cuprinsul procesului verbal de stabilire a neregulilor.

În scopul de nu ne repeta, nu vom face această analiză comparativă în prezentele concluzii scrise deoarece analiza este făcută și în cererea de chemare în judecată, dar și în procesul verbal întocmit de organul de control.

Astfel, precizăm că în cadrul fiecărei oferte, participanții la procedurile de achiziții, pentru justificarea prețului și a specificațiilor tehnice ale echipamentelor au obligația de a depune oferte de la producătorul echipamentelor.

În consecință scopul acestor oferte depuse inițial este de a dovedi autorității contractante că echipamentele întrunesc specificațiile minime solicitate prin documentația achiziției publice.

Caracteristicile tehnice, modul de funcționare, parametrii, precum și scopul pentru care este folosit un echipament și/sau utilaj nu este dat de către Producător/furnizor, ci de parametrii săi de funcționare și de calitate.

Așa cum se poate observa din analiza comparativă a specificațiilor tehnice ale echipamentelor pentru care organele de control au apreciat că subscrisa se află în culpă, toate caracteristicile tehnice ale acestora îndeplinesc cel puțin specificațiile minime solicitate de autoritatea contractantă și cele depuse de ofertate, ba chiar anumite specificații sunt superioare.

Astfel, apreciem că organele de control în mod eronat au apreciat că schimbarea producătorului unui echipament sau a unor părți de echipamente reprezintă o modificare de natura tehnica, astfel încât aceasta să fi fost necesar a fi aprobată prin Act adițional sau Notificare de aprobare din partea CRFIR.

Mai mult, legislația în domeniul achizițiilor permite unui executant să modifice furnizorul/producătorul unor echipamente, dacă acestea respecta caracteristicile minime ofertate, din condiții de eficiență de timp de livrare, de montare sau alte motive neimputabile AC.

De altfel, legislația nici nu prevede sancțiuni pentru aceste modificări, decât în măsura în care specificațiile tehnice și scopul pentru care este utilizat un echipament nu corespund condițiilor impuse de autoritatea contractantă.

De asemenea, precizăm că anumite echipamente care au fost puse în operă în cadrul proiectului reprezintă echipamente complexe compuse din mai multe părți individuale dar care trebuie să funcționeze împreună, iar în anumite situații, pentru a face un echipament funcțional este posibil să fie nevoie de anumite componente care provin de la producători diferiți fără ca aceasta să afecteze funcționarea ca un tot unitar a echipamentului respectiv.

Menționăm că toate echipamentele (privite unitar sau separat) ce intra în componenta proiectului respecta fluxul tehnologic indicat în Proiectul Tehnic și corespund cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini și asigură garanția unui proiect viabil și care funcționează conform parametrilor proiectați.

Mai mult, toate echipamentele dețin agrementele tehnice și certificatele de conformitate prevăzute de legislația în domeniu, fiind conforme normelor tehnice și legale.

Conform prevederilor din Manualul de procedura pentru implementare M01-02, secțiunea I cu privire la modificarea contractelor de finanțare aceste prevederi NU SE APLICA contractului de lucrări care are ca obiect execuția Sistemului de alimentare cu apa și canalizare, în parametrii tehnici și funcționali, menționați în Proiectul tehnic și nu furnizarea unui bun.

În consecință, dacă un echipament montat are aceleași caracteristici tehnice ca cel din Oferta, dar având producători diferiți, aceasta nu este o modificare tehnică și nici nu are implicații financiare, întrucât se păstrează prețul cu care ea a fost cuprinsă în oferta.

Față de cele menționate, apreciem că aceste modificări nu se încadrează în prevederile de aprobare a unei Notificări sau act adițional.

Simpla modificare a furnizorului/producerului unui echipament, parte integrantă a unui contract de lucrări, nu reprezintă o modificare a contractului, în conformitate cu prevederile legale în materie de achiziții publice, art. 221 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și cu INSTRUCȚIUNE Nr. 3/2017 din 8 august 2017 privind modificările contractului de achiziție publică/contractului de achiziție sectorială/acordului cadru și încadrarea acestor modificări ca fiind substanțiale sau nesubstanțiale.

Referitor la decontarea unui număr mai mare de capace carosabile, deși în teren sunt carosabile, menționăm că această modificare nu aduce vreun prejudiciu financiar sau calitativ, având în vedere că în oferta prețul unitar al unui capac carosabil este mai mic decât prețul unitar al unui capac necarosabil.

Situația din teren este aceea că pe traseul rețelei de canalizare au fost oferite 180 buc. capace de canalizare necarosabile și 180 buc. capace carosabile. Pentru că nu a fost necesar un număr de 180 buc. de capace carosabile, rețeaua de canalizare fiind amplasată pe spațiu verde s-a hotărât a se înlocui capacele carosabile cu unele necarosabile și s-a făcut Nota de renunțare la 167 buc. capace carosabile și Nota de suplimentare cu 167 buc. capace necarosabile, rezultând în total 360 buc. capace: 13 buc. capace carosabile și 347 buc. capace necarosabil, dar dintr-o omisiune nu s-a evidențiat această modificare și în devizul de lucrări.

Această modificare este consemnată în Dispoziția de șantier nr. 01/339/05.07.2018, dar întrucât nici această modificare nu reprezintă o modificare substanțială a contractului de lucrări, nu este necesară o modificare a contractului de finanțare, întrucât nu are nici o implicație tehnică (nu se modifică indicatorii sau parametrii tehnico-funcționali ai proiectului) și nici financiară.

Mai mult, această presupusă neconformitate nu conduce la un prejudiciu financiar, întrucât în oferta de preț capacele necarosabile au preț unitar mai mare decât capacele carosabile, făcându-se astfel o economie la valoarea totală a contractului de lucrări de 3537,39 lei.

În argumentarea celor susținute precizăm că este necesară întocmirea unui act adițional în următoarele cazuri:

- Modificările tehnice/financiare de peste 10% din valoarea total eligibilă înscrisă inițial în cadrul bugetului între capitolele bugetare de cheltuieli eligibile.
- Rectificarea bugetului prin realocări ale valorilor între capitolele acestuia (excepție cazurile care se aprobă pe baza notificării), (inclusiv realocări între capitole bugetare de cheltuieli eligibile în cheltuieli neeligibile și viceversa), fără a majora valoarea totală eligibilă angajată prin Contractul de Finanțare – formularul C1.1 , precum și prin dezangajare din valoarea eligibilă nerambursabilă în urma efectuării de modificări tehnice și/sau financiare, și neavizării/avizării procedurilor de achiziție;
- Prelungirea duratei de execuție a investiției în cadrul termenului limită de 2 ani, respectiv 3 ani;
- Prelungirea duratei de execuție cu maximum 6 luni (cu excepția investițiilor care prevăd adaptarea la standardele europene, caz în care aceasta prelungire nu poate depăși termenul de grație legal impus de adaptarea la standarde) a investiției peste termenul limită de 2 ani, 3 ani, cazuri care implică penalizarea Beneficiarului cu 0,1% sau 0,5% conform Art.12(2) din Anexa I atașate Contractului de Finanțare;
- Prelungirea termenului de depunere a primei tranșe de plată peste termenul maxim 6/12 luni cu maximum 6 luni cu aplicarea penalității de 0,1% sau 0,5% conform Art. 9(9) din Anexa I- Prevederi generale la Contractul de Finanțare.
- Suspendarea duratei de execuție a contractului de finanțare în situația în care pe parcursul implementării proiectului se impune obținerea din motive neimputabile beneficiarului, de avize/acorduri/autorizații, după caz cu perioada de timp necesară obținerii acestora;
- Suplimentarea cantităților de bunuri/servicii/lucrări.
- Alte situații temeinic justificate:

3. Actele administrative ale organelor de control sunt emise cu încălcarea principiilor de drept fiscal.

a) Principiul proporționalității – noțiune, aplicare și consecințe

Consacrarea legală a principiului proporționalității se regăsește în dispozițiile art. 5 din Tratatul Uniunii Europene (denumit în continuare TUE sau Tratatul) care prevăd la alin. 4 că în temeiul principiului proporționalității, acțiunea Uniunii, în conținut și formă, nu depășește ceea ce este necesar pentru realizarea obiectivelor tratatelor. De asemenea, Tratatul prevede că instituțiile Uniunii

aplică principiul proporționalității în conformitate cu Protocolul privind aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității.

Principiul proporționalității¹ înseamnă că orice măsură luată de o autoritate publică care afectează drepturile indivizilor trebuie să fie corespunzătoare atingerii unui scop legitim, necesară în vederea atingerii aceluși scop și în același timp cea mai rezonabilă².

Într-un astfel de context, principiul proporționalității este acea *conflict rule* care determină înclinarea balanței în favoarea uneia dintre părți, este o procedură analitică, ce nu afectează aplicarea normelor de drept substanțial.

În această analiză, se urmărește mai întâi dacă regula de drept respectivă trece testul calității relației dintre mijloace (măsura administrativă în discuție) și scop (obiectivul urmărit prin instituirea acelei măsuri).

Ulterior, trebuie verificat dacă măsura respectivă este și necesară scopului urmărit și cel mai important, dace este cea mai puțin restrictivă dintre măsurile administrative posibile pentru atingerea scopului propus. Acest din urmă criteriu este cel mai sensibil, putând înclina judecata și într-un sens și în altul.

În argumentarea celor menționate arătăm că și dacă s-ar admite că în documentația proiectului există anumite inadvertențe, erori, neregularități, etc. precizăm că pe parcursul desfășurării controlului am avut o atitudine transparentă și de colaborare cu organul de control în sensul că am pus la dispoziția acestora întreaga documentație solicitată și am dat explicații cu privire la starea de fapt, etc.³

Menționăm că proiectul respectiv este funcțional și necesar comunității locale fiind executat cu respectarea proiectului tehnic.

Față de cele menționate, arătăm că prin hotărârile pronunțate de Curtea Europeană de Justiție (fostă Curtea de Justiție a Comunităților Europene) în cauzele C-210/91 Comisia Europeană vs. Grecia, C-286/82 și C-26/83 Luisi și Carbone împotriva Ministero del Tesoro și Cauza 203/80 Casati, s-a făcut aplicarea principiului proporționalității cu privire la sancțiunile ce pot fi instituite de statele membre în diverse domenii în sensul că *măsurile administrative și penalitățile nu*

¹ Această definiție a fost dată de practica CJUE în cauza C-11/70 International Handelsgesellschaft v. Einfuhr-und Vorratsstelle Getreide.

² **L. Dobrinescu**, *Principiul proporționalității în dreptul european. Exemple de neproporționalitate din legislația și practica românească*, în *Curierul fiscal*, nr. 1/2013).

³ Prin hotărârea pronunțată în cauza C-331/88, R v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food ex parte Fedesa Curtea Europeană de Justiție a statuat următoarele: „Curtea a reținut în mod constant că principiul proporționalității este unul dintre principiile generale ale legii Comunității. În virtutea acestui principiu, legalitatea instituirii unei prohibiții asupra desfășurării unei anume activități economice este supusă condiției ca măsurile de prohibiție să fie corespunzătoare și necesare obiectivului public protejat de legislația în speță; acolo unde există posibilitatea de a alege între mai multe măsuri considerate corespunzătoare, trebuie să se apeleze la cea mai puțin oneroasă, iar dezavantajele nu trebuie să fie disproportionale cu scopul urmărit”.

trebuie să treacă dincolo de ce este strict necesar, în așa fel încât procedurile de control să nu îngreădească libertățile pe care le cere Tratatul și nu trebuie să fie însoțite de o penalitate disproporționată cu gravitatea încălcării, încât să devină un obstacol în exercitarea acelei libertăți.

Mai mult, organele de control nu au arătat și nici nu au dovedit existența vreunui prejudiciu la bugetul Uniunii prin implementarea proiectului de către subscrisa.

b) Încălcarea principiului prevalenței substanței asupra formei

În virtutea *principiului prevalenței substanței asupra formei* consacrat în legislația și jurisprudența europene autoritățile publice *nu pot aduce restrângeri drepturilor individuale și nici nu pot impune în sarcina contribuabililor obligații pe considerente pur formale*, în măsura în care acestea nu sunt dublate de considerente ce țin de substanța raporturilor sociale cărora li se adresează⁴ (a se vedea în acest sens Curtea Europeană de Justiție, Speța Collee, C-146/05, precum și concluziile formulate de avocatul general Juliane Kokott în această speță).

În considerarea acestor reguli fundamentale de drept, apreciem că din întreaga situație de fapt, precum și având în vedere conduita anterioară și ulterioară a subscrisei, în sensul că aceasta a pus la dispoziția organelor de control întreaga documentație solicitată apreciem că este inadmisibil a se considera că

⁴ Prin Decizia nr. 1424/22.02.2013 Înalta Curte de Casație și Justiție a apreciat că în baza principiului prevalenței substanței asupra formei, relevant și aplicat de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în aceeași speță, precum și de Înalta Curte de Casație și Justiție în Decizia nr. 2041/2007, autoritățile publice nu pot aduce restrângeri drepturilor individuale sau impune obligații pe considerente pur formale, în măsura în care acestea nu sunt dublate de considerente ce țin de substanța raporturilor sociale cărora li se adresează.

În cauza analizată, numai considerații pur formale au condus la aplicarea cotei standard de TVA de 19%, pentru că tranzacția trebuia supusă cotei de 5%, iar, așa cum s-a arătat în cauza Collee de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene, substanța trebuie să prevaleze asupra formei.

Potrivit art. 148 alin. (4) din Constituția României, instanța judecătorească garantează aducerea la îndeplinire a obligațiilor rezultate din actul de aderare și din prevederile alin. (2).

Articolul 148 alin. (2) din Constituția României dispune că urmare a aderării, prevederile tratatelor Constitutive ale Uniunii Europene, precum și celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu au prioritate față de dispozițiile contrare din dreptul intern.

Așadar, dreptul comunitar are prioritate față de oricare prevedere a dreptului național, așa încât, în baza principiului priorității de aplicare, norma de drept intern nu se aplică atunci când este în conflict cu normele comunitare.

Principiile dreptului comunitar, așa cum s-au consolidat în jurisprudența curții, sunt izvoare de drept comunitar, aplicabile cu prioritate în dreptul național.

De asemenea, potrivit art. 234 din tratatul Uniunii Europene, o hotărâre preliminară are efect general pentru toate instanțele naționale.

În acest context hotărârile Curții de Justiție a comunităților europene sunt direct aplicabile de către judecătorul național, astfel că urmează a se da prioritate principiilor prevalenței substanței asupra formei, al proporționalității și certitudinii impunerii.

Situația de fapt existentă demonstrează că măsura s-a aplicat numai pe criterii pur formale, fiind excesivă, ceea ce contravine principiilor proporționalității și prevalenței substanței asupra formei, dar și normelor de drept intern a căror analiză s-a efectuat mai sus.

transmiterea cu întârziere (**deși nu există un termen în acest sens**) a anumitor înscrisuri către finanțator, precum și existența unor minime greșeli formale sunt de natură a reprezenta un pericol social care să justifice o sancțiune atât de mare constând în retragerea sprijinului financiar și restituirea sumelor decontate.

c) Încălcarea principiului libertății de management (de gestiune) sau al non-imixtiunii în gestiune

De asemenea, apreciem că organele constatatoare nu au avut în vedere la stabilirea sancțiunii contravenționale *principiul libertății de management (de gestiune) sau al non-imixtiunii în gestiune* în baza căruia nu se poate influența în mod direct decizia de gestiune. Respectarea acestui principiu presupune interdicția instituită organelor de control de a critica și interpreta deciziile de management ale beneficiarului sprijinului financiar.

În doctrina și jurisprudența străină s-a considerat că acest principiu dă naștere, în favoarea autorităților inclusiv la **dreptul de a greși** care constă în admisibilitatea faptului că orice persoană are dreptul imprescriptibil de a face erori⁵.

Ori, în considerarea acestor reguli fundamentale de drept, apreciem că din întreaga situație de fapt, precum și având în vedere conduita subscrisei apreciem că este inadmisibil a se considera că **anumite greșeli** sunt de natură a reprezenta un pericol social care să justifice o sancțiune atât de mare.

Simplele greșeli ale subscrisei cu privire la actele și documentele proiectului nu instituie în favoarea organelor de control fiscal dreptul de a se prevala de forma actului juridic pentru a da o interpretare arbitrală și excesivă a efectelor pe care acesta le produce și de a aplica sancțiunea cea mai dură în situația în care proiectul este funcțional și respectă specificațiile tehnice de proiectare (pentru dezvoltări, a se vedea **R. Bufan, M. Șt. Minea, Codul fiscal comentat**, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 41 și urm.).

Jurisprudența europeană, în virtutea *principiului prevalenței dreptului european față de dreptul național*, a considerat că o măsură națională prin care se condiționează, în esență exercitarea unor drepturi de respectarea unor obligații de formă, fără a lua în considerare cerințele de fond și, mai ales, fără a se întreba dacă acestea erau îndeplinite, depășește ceea ce este necesar pentru a se asigura perceperea corectă a taxei (*a se vedea în acest sens Curtea Europeană de Justiție*,

⁵ A se vedea **P. Serlooten, Droit fiscales des affaires**, 2^{eme} edition. Ed. DALLOZ, Paris, 2001, p. 24 citat de **R. Bufan, M. Șt. Minea, Codul fiscal comentat**, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 21-22 și Hotărârea Consiliului de Stat Francez din 20.12.2963 în Revue de Droit Fiscal nr. 13/1964 și Hotărârea Consiliului de Stat Francez pronunțată în cererea nr. 35977 în Revue de Droit Fiscal nr. 44/1958 citate de **R. Bufan, M. Șt. Minea, Codul fiscal comentat**, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 21-22.

Speța Collee, C-146/05, precum și concluziile formulate de avocatul general Juliane Kokott în această speță).

**DE ASEMENEA, ÎNȚELEGEM SĂ INVOCĂM ÎN SUSȚINEREA PREZENTELOR
CONCLUZII SCRISE ȘI ARGUMENTELE INVOCATE ÎN CEREREA DE CHEMARE ÎN
JUDECATĂ ȘI TOATE CELELALTE ACTE PROCEDURALE FORMULATE DE NOI ÎN
CAUZĂ**

Față de cele menționate, apreciem că se impune admiterea cererii de chemare în judecată, în sensul anulării Deciziei înregistrată la AFIR sub nr. 11605/09.07.2020 cu consecință anulării procesul verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare nr. 9575/08.05.2020.

UAT COMUNA DOBROSLOVENI

prin avocat Găină Alexandru Mihnea



DOMNULUI PREȘEDINTE AL CURȚII DE APEL BUCUREȘTI