

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația fără număr de înregist...e , transmisă prin e-mail, înregistrată la CNSC cu nr. 62713/16.11.2023, formulată de SRL, cu sediul în ..., înmatriculată sub nr. //, legal reprezentată prin administrator .., reprezentată convențional prin ///, sediul procesual ales în vederea comunicării actelor de procedură, împotriva documentației de atribuire, elaborată de către ... SA, cu sediul în în calitate de autoritatea contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *„Lucrări de intervenție/remediere la obiectivele miniere la care au fost finalizate lucrările de închidere și ecologizare, obiective aflate în perioada de monitorizare post închidere, din zona ...”*, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare ..., s-a solicitat admiterea contestației și obligarea autorității contractante la eliminarea din cuprinsul proiectului de contract, parte a documentației de atribuire, a cerințelor de la pct. 19.2, alin. (3) privitoare la:

*„- obligația executantului de a solicita și de a obține de la Direcția Generală a Finanțelor Publice a județului avizul privind decontul lunar, întocmit conform modelului aprobat prin hotărâri de guvern neprecizate;
- obligația executantului de a emite factura către achizitor cu valoarea totală a decontului aprobat de ANAF”.*

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SRL critică documentația de atribuire, solicitând cele redată în partea introductivă.

... .. SRL precizează că prevederile contestate se regăsesc în cuprinsul proiectului *„Contract de lucrări de intervenție/ remediere la obiectivele miniere la care au fost finalizate lucrările de închidere și*

ecologizare, obiective aflate în perioada de monitorizare post închidere, din zona ...”, publicat de autoritatea contractantă odată cu anunțul de participare, iar, potrivit, dispozițiilor art. 20 alin. (1) lit. c) din H.G. nr. 395/2016, proiectul de contract face parte din documentația de atribuire, astfel că poate fi contestat în prezenta procedură.

De asemenea, arată că potrivit aceluiași text legal, proiectul conține clauzele obligatorii ale contractului ce urmează a se atribui.

Astfel, arată că, pct. 19 din proiectul de contract prevede modalitățile de plată, în esență:

- obligația antreprenorului de a întocmi o situație de lucrări cuprinzând lucrările executate și sumele convenite pentru ele;
- obligația antreprenorului de a supune această situație aprobării dirigintelui;
- obligația dirigintelui de a întocmi și de a înainta beneficiarului certificatul parțial de plată cuprinzând suma pe care o consideră plătită antreprenorului.

Mai menționează că, potrivit pct. 19.2 alin. (3) din proiectul de contract, factura urmează a fi emisă de antreprenor pe baza:

- unui decont lunar întocmit conform unui model aprobat printr-o hotărâre de guvern neprecizată;
- avizului emis de Direcția Generală a Finanțelor Publice cu privire la acest decont, la solicitarea executantului;
- listelor de cantități de lucrări pe categorii de lucrări vizate de diriginte;
- valorii totale a decontului aprobat de ANAF.

Precizează că, deși procedura privește atribuirea unui contract de lucrări, iar un astfel de contract este sinalagmatic și, în temeiul său, antreprenorul se obligă să realizeze lucrările contractate și beneficiarul se obligă să plătească aceste lucrări.

Prin proiectul de contract se urmărește ca obligațiile de plată ale beneficiarului să nu fie cuantificate în funcție de lucrările efectiv executate și de prețurile contractuale, conform confirmării dirigintelui, ci în funcție de rezultatul unei proceduri de avizare a unui decont neidentificat, efectuate de către un terț față de contract.

Contestatoarea învederează faptul că, între ministerul de resort și ... SA este încheiat un contract de mandat, în temeiul căruia această societate își îndeplinește atribuțiile de închidere a minelor subterane, lucrări de legătură cu suprafața și reconstrucție ecologică (conform art. 1 alin. (3), lit. b) din H.G. nr. 313/2002). În temeiul acestui contract și a dispozițiilor H.G. nr. 313/2002, ... SA încheie contracte de lucrări cu diverși operatori economici pentru executarea efectivă a lucrărilor (art. 6¹, lit. e) din H.G. nr. 313/2002). Totodată, ... SA gestionează, în condițiile contractului de mandat, fondurile publice ce îi sunt alocate pentru realizarea lucrărilor [art. 6¹ lit. e) din H.G. nr. 313/2002].

Subliniază faptul că procedura de avizare a decontului, astfel cum este prevăzută de proiectul de contract, este o procedură de control ex-ante, de competența inspecției economico-financiare, în sensul art. 7, alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 94/2011. În măsura în care antreprenorul ar solicita o astfel de avizare, activitatea desfășurată de el, în temeiul contractului de lucrări, ar face obiectul unei inspecții economico-financiare.

Sustine că un antreprenor privat nu poate fi supus unei astfel de inspecții economico-financiare, deoarece nu este un operator economic în sensul art. 3 pct. 5) lit. f) și pct. 6 din OUG nr. 94/2011.

Totodată, petenta precizează că sumele pe care ar trebui să le încaseze antreprenorul de la ... SA sunt prețuri pentru executarea unor lucrări contractuale, nu sume ce sunt acordate de la bugetul de stat, cu titlul de subvenții, transferuri, alocații și alte sume asimilate acestora, pentru subvenționarea unor produse sau susținerea unor activități.

Prin urmare, având în vedere că societatea ... SA este cea care primește fonduri de la bugetul de stat pentru plata lucrărilor executate de antreprenor, aceasta are obligația de a gestiona aceste fonduri astfel cum prevede expres art. 61 lit. e) din H.G. nr. 313/2002. Eventualele obligații de avizare a modului în care sunt gestionate fondurile publice nu pot fi transferate contractual antreprenorului deoarece acesta nu are vreo relație cu bugetul de stat.

În opinia contestatoarei, transferul contractual al acestei obligații către antreprenor l-ar transforma pe acesta într-un operator economic care poate fi supus inspecției economico-financiare, cu toate că nu îndeplinește criteriile legale pentru aceasta, conform art. 3 pct. 5), lit. f) și pct. 6) din OUG nr. 94/2011.

Raportat la cele prezentate, conchide că clauzele de la pct. 19.2, alin. (3) din proiectul de contract sunt în contradicție cu normele de drept public care reglementează inspecția economico-financiară.

Subliniază faptul că normele legale care reglementează competența inspecției economico-financiare sau procesul bugetar sunt norme imperative, de drept public, de la care nu se poate deroga prin convenție.

... .. SRL învederează faptul că proiectul de contract prevede un mecanism de control privind executarea contractului și de stabilire a sumelor de plată, efectuat prin diriginte, care are competența de a verifica lucrările executate, situațiile de lucrări întocmite de antreprenor și listele de cantități de lucrări și de a emite certificatul de plată cuprinzând suma de plată convenită antreprenorului.

Cu toate acestea, arată contestatoarea, antreprenorului nu i se recunoaște dreptul de a factura această sumă și beneficiarului nu i se impune obligația de a o plăti. Competența de a stabili suma care se facturează și se plătește este prevăzută în favoarea ANAF.

Apreciază că această situație este inechitabilă pentru antreprenor, care, deși a executat lucrările (aspect confirmat de situațiile de lucrări, de listele de cantități de lucrări vizate de diriginte și de certificatul de plată), el nu este îndreptățit să factureze (și beneficiarul nu este obligat să plătească) decât sumele rezultate dintr-un aviz al ANAF, instituție care este terț față de contract și care nu are atribuții legale privitoare la verificarea executării lucrărilor de construcții.

Având în vedere motivele ce preced, solicită Consiliului să constate următoarele:

- proiectul de contract conține clauze imprecise datorită neidentificării hotărârilor de guvern care reglementează modelul decontului;
- proiectul de contract conține clauze cont...e normelor de drept public care reglementează inspecția economico-financiară;
- proiectul de contract conține clauze inechitabile care îl pot priva pe antreprenor de posibilitatea de a încasa integral contravaloarea lucrărilor efectiv executate pentru beneficiar.

În drept, au fost invocate dispozițiile legale menționate în cuprinsul contestației.

Prin adresa nr. 1017/17.11.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 63301/20.11.2023, ... SA a solicitat respingerea, ca neîntemeiată, a cererii contestatoarei de obligare a sa la eliminarea, din cuprinsul proiectului de contract, parte a documentației de atribuire, a prevederilor de la punctul 19.2 alin. (3) privind:

„- obligația executantului de a solicita și de a obține de la Direcția Generală a Finanțelor Publice a județului, avizul privind decontul lunar, întocmit conform modelului aprobat prin hotărâri de guvern neprecizate”;

„- obligația executantului de a emite factura către achizitor cu valoarea totală a decontului aprobat de ANAF”.

În prealabil, achizitoarea învederează faptul că ... SRL, reprezentată de dl. Dumitru Nelu Moiş se află într-o strânsă legătură cu societatea // SRL, reprezentată de dl. Gheorghe Moiş, iar aspecte contestate reprezintă o reluare a doleanțelor // SRL și ... SRL, care au făcut obiectul mai multor cauze aflate pe rolul instanțelor judecătorești (atât împotriva ... SA, cât și împotriva ANAF), rămase însă fără rezultatul scontat de cele două societăți înrudite.

Menționează că ... SRL a derulat, pe mai mulți ani, contractul nr. 02/10.03.2016, în aceleași condiții cu ... SA și s-a conformat acestei proceduri de decontare până la data la care a întâmpinat dificultăți la verificările efectuate de ANAF, neputând prezenta documente justificative aferente sumelor pentru care a solicitat decontarea. În aceasta situație, contestatoarea și societatea înrudită, au întreprins demersuri de constatare a nulității pct. 19.2 alin. (3) pentru a evita controlul ANAF.

Autoritatea contractantă menționează că, în sprijinul susținerilor sale, a anexat punctului de vedere următoarele documente:

- Sentința civilă nr. 128/2021/CA, pronunțată de Tribunalul Satu Mare în dosarul nr. 290/83/2021, respinsă ca prescrisă, dar din care se poate observa că s-a solicitat eliminarea pct. 19.2 alin. 3) din contract, din cauza înțelegerii eronate a prevederilor legale în vigoare și a refuzului executantului de a se supune controlului ANAF;

- Decizia civilă nr. 606/CA/2021-R, pronunțată de Curtea de Apel Oradea în dosarul 308/35/CA2021 – R;

- Decizia nr. 755/CA/2019-R, pronunțată de Curtea de Apel Oradea în dosarul nr. 1169/83/CA/2018, care are ca părți ... SRL și DGFP Timișoara - Serviciul de Inspecție Economico Financiară - Biroul Inspecție Economica Financiară Caraș Severin, din considerentele căreia rezultă, în primul rând, faptul că societatea ... nu participă pentru prima dată la o procedura inițiată de ... SA, ci are deja experiență privind modalitatea de decontare.

Prin urmare, arată achizitoarea, clauza de pct. 19 alin. (3) din contract nu este nouă, ci încă de la prima procedura derulată de ... SA, însă acest punct a devenit incomod pentru operatori, în momentul în care ANAF a început să verifice decontul în contextul O.U.G. nr. 94/2011 privind organizarea și funcționarea inspecției economico-financiare la operatorii economici, iar aceștia nu au putut proba cu documente doveditoare toate cheltuielile făcute, motiv pentru care deconturile nu au mai fost avizate integral de ANAF.

Totodată, susține că, din evidențele ... SA, s-au identificat deconturi încasate de contestatoare în valoare de 5.868.608 lei, în care a urmat aceeași procedură, iar, la verificările efectuate de ANAF, în baza OUG nr. 94/2011, au putut prezenta documente justificative și au încasat integral sumele solicitate la avizare.

Precizează că, spre exemplificare, a anexat punctului de vedere două deconturi justificative, întocmite de contestatoare, conform contractului, vizate de ANAF.

Învederează faptul că verificarea operatorilor în temeiul O.U.G. nr. 94/2011 se datorează faptului că lucrările sunt plătite cu fonduri de la bugetul de stat.

Referitor la motivele pe care se întemeiază cererea petentei de eliminare din proiectul de contract a pct. 19.2 alin. 3), autoritatea contractantă susține că critica ... SRL legată de *„obligația executantului de a solicita și de a obține de la /// avizul privind decontul lunar întocmit conform modelului aprobat prin hotărâri de guvern neprecizate”*, este neîntemeiată, întrucât aceasta nu a analizat caietele de sarcini în care, la cap. I „Descrierea lucrărilor de intervenție/remediere”, pct. 1.1 „Elemente generale”, este precizată hotărârea de guvern de închidere după cum urmează:

- iazurile de decantare D1 - D3, au fost închise prin H.G. nr. 1846/2004;
- obiectivul ///, a fost închis prin FIG nr. 644/2007;
- obiectivul minier // a fost închis prin H.G. nr. 644/2007;

- obiectivul minier Borșa, Iaz de decantare Novat, închis prin H.G. nr. 644/2007;

Menționează că, potrivit dispozițiilor art. 4 din H.G. nr. 997/2010 (care modifică H.G. nr. 644/2007):

„(1) Fondurile necesare pentru închiderea definitivă, conservarea și ecologizarea obiectivelor miniere, inclusiv monitorizarea factorilor de mediu post-închidere, pentru companiile/societățile naționale, fundamentate în programele tehnice de dezafectare sau conservare, elaborate în acest scop și avizate conform legii, se asigură, atât din sursele proprii ale acestora, cât și din alocațiile bugetare aprobate cu această destinație. Administ...ea sumelor alocate prin legea bugetului de stat se face de către ministerul de resort, direcția de specialitate, în conformitate cu prevederile legale, prin operatorul specializat înființat în acest scop prin Hotărârea Guvernului nr. 313/2002 privind înființarea societății Societății „...” - SA cu modificările și completările ulterioare, în harul listelor - anexă la Programul anual de conservare, închidere, reconstrucție ecologică și activități post închidere.

(2) Fondurile necesare efectuării tuturor activităților, inclusiv cele auxiliare, necesare în procesul de închidere și ecologizare a obiectivelor miniere, precum și cele privind organizarea și desfășu...ea achizițiilor publice, efectuarea unor teste și expertize în perioada derulării lucrărilor, organizarea și desfășu...ea recepțiilor, precum și al le le asemenea se prevăd în devizele generale ale obiectivelor, cu încad...ea în valorile totale aprobate prin hotărâri ale Guvernului. Plata pentru asemenea activități la obiectivele supuse includerii se face conform contractelor de achiziție publică, normelor interne și/sau tarifelor aprobate prin ordin al ordonatorului principal de credite.

(3) Fondurile prevăzute la alin. (1), pentru obiectivele miniere cuprinse în anexa nr. 1.1, se solicită lunar de către ordonatorul principal de credite, pe baza cererilor de deschidere a creditelor bugetare care vor fi însoțite de centralizatorul deconturilor justificative ale operatorilor economici, în conformitate cu anexa nr. 2.

(4) Deconturile justificative, inclusiv cele care constituie, după caz, avans, se întocmesc de către operatorul economic, pe baza contractelor încheiate pentru realizarea programelor tehnice de dezafectare sau de conservare a minelor și a cheltuielilor efectiv realizate, rezultate din situațiile lunare de lucrări.

(5) Deconturile justificative prevăzute la alin. (4) vor fi avizate de către direcțiile generale ale finanțelor publice județene, respectiv a municipiului București, după caz, unde se situează obiectivul la care s-au efectuat lucrările de închidere, indiferent de sediul social al operatorului economic care a efectuat această luc...e, în conformitate cu anexa nr. 3.

(6) La avizarea deconturilor justificative, direcțiile generale ale finanțelor publice au obligația de a verifica încad...ea sumelor solicitate pentru închidere în valoarea aprobată prin hotărâre a Guvernului”.

În același sens sunt și dispozițiile :

Art. 4 alin. (7) din H.G. nr. 1846/2004 „Deconturile justificative vor fi verificate și avizate de direcțiile generale ale finanțelor publice județene, respectiv a municipiului București, după caz, unde se localizează obiectivul la care s-au efectuat lucrările de închidere, indiferent de sediul social al a genului economic care a efectuat această luc...e, în conformitate cu anexa nr. 2”;

Art. 4 alin. (9) din H.G. nr. 644/2007 „Deconturile justificative vor fi verificate și avizate de către direcțiile generale ale finanțelor publice județene, respectiv a municipiului București, după caz, unde se situează obiectivul la care s-au efectuat lucrările de închidere, indiferent de sediul social al operatorului economic care a efectuat această luc...e, în conformitate cu anexa nr. 3”.

Art. 4 alin. (6) din HG nr. 1008/2006 Deconturile justificative se vor întocmi pe baza programelor tehnice de dezafectare sau de conservare a minelor și a cheltuielilor efectiv realizate, rezultate din situațiile de lucrări întocmite lunar de operatorii economici.

Prin aceasta prevedere contractuală, operatorul este obligat doar să pună la dispoziția ANAF documente cu care să justifice sumele pretinse la plată. Problema contestatorului este tocmai imposibilitatea de a proba cu documente justificative sumele solicitate la plată.

Art. 4 alin. (7) din H.G. nr. 1008/2006 - Deconturile justificative vor fi verificate și avizate de direcțiile generale ale finanțelor publice județene, respectiv a municipiului București, după caz, unde se localizează obiectivul la care s-au efectuat lucrările de închidere, indiferent de sediul social al operatorului economic care a efectuat această luc...e, în conformitate cu anexa nr. 3. Anexa 3 reprezintă modelul de decont.

După cum se poate observa din textele actelor normative enunțate mai sus, legiuitorul a dispus ca verificarea și avizarea deconturilor justificative să se facă de către direcțiile generale ale finanțelor publice.

Eliminarea acestei clauze se poate face doar dacă Ministerul Economiei, Antreprenoriatului și Turismului împreună cu Ministerul Finanțelor decid modificarea în acest sens a celor 11 Hotărâri de Guvern de aprobare la includere a obiectivelor miniere.

Societatea ... SA se supune doar dispozițiilor legale în vigoare”.

Contestatoarea susține că aceste dispoziții legale privind decontarea sunt preluate de Ministerul Economiei Antreprenoriatului și Turismului în contractele încheiate cu societatea ... SA, iar aceasta le transpune în contractele încheiate cu operatorii cărora li se atribuie lucrările și serviciile din cadrul „Programului anual de conservare. închidere, reconstrucție ecologică și activități post închidere a minelor”.

... SA precizează că a fost creată ca entitate specializată, care, pe baza de contract încheiat cu Ministerul Economiei, Antreprenoriatului și Turismului, încheie pe seama acestuia acte juridice prin care gestionează

și administrează fondurile alocate de la bugetul de stat pentru executarea și finalizarea lucrărilor și serviciilor prevăzute în „Programul anual de conservare, închidere, reconstrucție ecologică și activități post închidere a minelor” și selectează operatorii economici pentru executarea acestor lucrări/...area de servicii în conformitate cu prevederile Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice și ale H.G. nr. 395/2016.

Entitatea achizitoare susține că clauza 19.2 alin. (3) respectă dispozițiile celor 11 hotărâri de guvern de închidere (H.G. nr. 816/1998, H.G. nr. 17/1999, H.G. nr. 720/1999, H.G. nr. 493/2000, H.G. nr. 602/2001, H.G. nr. 898/2002, H.G. nr. 926/ 2003, H.G. nr. 1846/2004, H.G. nr. 1008/2006, H.G. nr. 644/2007 și H.G. nr. 997/2010) în care procedura de decontare este identică.

În ceea ce privește procedura de avizare a decontului și persoana juridică care întocmește și depune decontul, învederează următoarele:

- H.G. nr. 997/2010 (care modifică toate hotărârile anterioare), la art. 4 alin. (4) precizează în clar cine trebuie să întocmească aceste deconturi: Deconturile justificative, inclusiv cele care constituie, după caz, avans, se întocmesc de către operatorul economic, pe baza contractelor încheiate pentru realizarea programelor tehnice de dezafectare sau de conservare a minelor și a cheltuielilor efectiv realizate, rezultate din situațiile lunare de lucrări.

După cum rezultă, contestatoarea este operator economic căruia i s-a atribuit un contract de execuție lucrări din cadrul Programului anual.

- La art. 4 alin. () din același act normativ este clarificat și rolul subscrisei societăți: „Administ...ea sumelor alocate prin legea bugetului de stat se face de către ministerul de resort, direcția de specialitate, în conformitate cu prevederile legale, prin operatorul specializat înființat în acest scop prin Hotărârea Guvernului nr. 313/2002 privind înființarea Societății Comerciale de Conservare și Închidere a Minelor „...” SA., cu modificările și completările ulterioare, în baza listelor-anexă la Programul anual de conservare, închidere, reconstrucție ecologică și activități post-închidere”.

În acest context, atât contestatoarea SRL, cât și ///au avut multiple demersuri pe lângă MFP - ANAF în încercarea de a convinge că nu sunt operatorii economici la care se refera art. 4 și anexa 3 din H.G.-urile de închidere, însă de fiecare dată răspunsul primit a fost același, și anume că legiuitorul a avut în vedere operatorul care a efectuat aceasta luc...e în fapt și nu societatea ... SA care doar administrează și gestionează fonduri.

Achizitoarea menționează că, pentru lămurirea acestor aspecte, a depus, în numele ... SA, decontul SRL la ANAF, însă acesta a fost restituit neavizat cu mențiunea că nu ... SA este executantul lucrărilor, ci beneficiarul acestora.

Explicitând ce reprezintă „Programul anual de conservare, închidere, reconstrucție ecologică și activități post închidere a minelor”,

achizitoarea precizează că, anual, prin Legea bugetului de stat, Parlamentul României autorizează veniturile pe capitole și subcapitole și cheltuielile pe destinații și pe ordonatori principali de credite pentru bugetul de stat, bugetele Fondului național unic de asigurări sociale de sănătate, creditelor externe, fondurilor externe nerambursabile și activităților finanțate integral din venituri proprii.

Astfel, în bugetul //, la capitolul 82.01. „Industria extractivă, prelucrătoare și construcții”, titlul 40 „Titlul IV Subvenții”, articolul 16 „Programe de conservare sau de închidere a minelor” sunt prevăzute creditele bugetare aprobate pentru anul în curs pentru activitatea de închidere și ecologizare.

Pentru realizarea obligațiilor asumate de România prin Tratatul de Ade...e la Uniunea Europeană, capitolul 22, în numele Guvernului, Ministerul Economiei, ca autoritate publică centrală în portofoliul căreia se afla Companiile/Societățile Naționale/Societățile Comerciale (CN/SN/SC) cu activitate în industria minieră, este responsabil, în conformitate cu prevederile „Strategiei industriei miniere pentru perioada 2004-2010”, aprobată prin H.G. nr. 615/2004, pentru accele...ea reformei în industria minieră, drept pentru care și-a asumat gestionarea procesului de restructu...e, închidere a minelor și reconstrucția ecologică a zonelor afectate de industria minieră.

Începând cu anul 1998, prin 11 hotărâri de Guvern a fost aprobată închiderea definitivă, conservarea și monitorizarea factorilor de mediu post-închidere a unor mine și cariere aflate în patrimoniul unor companii/societăți naționale sau societăți comerciale care activează în sectorul minier, fiind necesare în acest sens activități specifice, respectiv de conservare, de închidere a lucrărilor miniere subterane, de dezafectare și ecologizare a incintelor, de punere în siguranță a depozitelor de deșeuri, de refacere a zonelor afectate de fenomenele de subsidență minieră, de gestionare a apelor rezultate în urma activităților miniere, de gestionare a gazelor de mină și de monitorizare post-închidere.

Aceste activități sunt cele finanțate prin „Programul Anual ...” pentru care Ministerul Economiei, Antreprenoriatului și Turismului încheie, în temeiul articolului 4 din H.G. nr. 313/2002, un contract cu ... SA. Valorile alocate pentru fiecare obiectiv din Programul anual sunt aprobate prin Hotărârile de Guvern de închidere.

... SA învederează faptul că este o societate cu capital integral de stat, înființată prin H.G. nr. 313/2002, completată și modificată de H.G. nr. 173/2003 și H.G. nr. 1158/2004 și își desfășoară activitatea sub autoritatea Ministerului Economiei Antreprenoriatului și Turismului. Capitalul social este subscris de statui roman în calitate de acționar unic. Ministerul de resort reprezintă statui ca acționar unic la ... SA și exercita toate drepturile ce decurg din aceasta calitate.

... SA București aplică politica de închidere a minelor, asigurând managementul activității prin atribuirea contractelor de achiziții publice în conformitate cu legislația în vigoare pentru toate elementele componente (conservare, proiectare, închidere subterană, ecologizare, monitorizare, valorificarea materialelor recuperate, asistență tehnică) inclusiv pentru situații neprevăzute (calamități), coordonează urmărirea, implementarea proiectelor și răspunde de monitorizarea post-închidere a obiectivelor miniere, utilizarea eficientă a resurselor, corelarea periodică a legislației cu celelalte domenii de activitate cu care se vine în contact și nu în ultimul rând asigu...ea unui dialog permanent cu comunitatea, în baza prevederilor art. 6¹ lit. a) din H.G. nr. 313/2002 și în condițiile contractului încheiat cu Ministerul Economiei, Antreprenoriatului și Turismului ... SA administrează și gestionează fondurile pentru realizarea „Programului Anual de Conservare, închidere, reconstrucție ecologică și activități post închidere a minelor” .

După semnarea contractului anual cu Ministerului Economiei, Antreprenoriatului și Turismului, societatea parcurge toate procedurile legale în materie de achiziții publice, mărturie fiind anunțurile de participare/atribuire postate în SEAP și JUE.

În drept, au fost invocate dispozițiile: H.G. nr. 816/1998, H.G. nr. 17/1999, H.G. nr. 720/1999, H.G. nr. 493/2000, H.G. nr. 602/2001, H.G. nr. 898/2002, H.G. nr. 926/2003, H.G. nr. 1846/2004, H.G. nr. 1008/2006, H.G. nr. 644/2007 și H.G. nr.997/2010, O.U.G. nr. 94/2011, Legea 101/2016.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 63736/21.11.2023, ... SRL a răspuns punctului de vedere al autorității contractante, solicitând respingerea tuturor apărărilor formulate de aceasta, pentru următoarele motive:

1. Autoritatea contractantă invocă „*strânsa legătură*” și „*înrudirea*” dintre SRL și // SRL, aspecte complet lipsite de relevanță în contextul soluționării contestației. De asemenea, „*înrudirea*” dintre două societăți nu este o chestiune reglementată prin lege și, de altfel, nici autoritatea contractantă nu arată în ce constă această „*înrudire*” și care ar fi consecințele sale legale în contextul contestației deduse soluționării.

2. Sentința nr. 128/17.03.2021, pronunțată de Tribunalul Satu Mare în soluționarea dosarului nr. 290/83/2021 (invocată de autoritatea contractantă) a fost casată în totalitate prin decizia nr. 523/18.06.2021, pronunțată de Curtea de Apel Oradea. Potrivit dispozițiilor art. 500 alin. 1 Cod proc. civ., hotărârea casată nu are nicio putere.

3. Prin decizia nr. 594/21.07.2021, pronunțată de Curtea de Apel Oradea în soluționarea dosarului nr. 290/83/2021 (urmare a rejudecării după casarea sentinței nr. 128/17.03.2021), acțiunea SRL a fost respinsă, deoarece O.U.G. nr. 94/2011 privind inspectia economică-financiară nu era în vigoare la data încheierii contractului ce a făcut obiectul respectivului dosar.

4. Prin decizia nr. 755/23.09.2019, pronunțată de Curtea de Apel Oradea în soluționarea dosarului nr. 1169/83/2018 (depusă de autoritatea contractantă împreună cu punctul său de vedere) s-au reținut următoarele:

- „(...) recurenta nu putea fi subiect al unei inspecții economico-financiare în conformitate cu dispozițiile O.U.G. nr. 94/2011 și ale H.G. nr. 101/2012, în condițiile în care aceasta nu a fost și nu putea fi beneficiar direct al finanțărilor de la bugetul statului (alocări, subvenții, transferuri), această calitate având-o ... SA prin ordonatorul de credite (ministerul de resort), care avea și responsabilitatea utilizării și decontării sumelor (cheltuielilor) alocate acestor activități, în conformitate cu cerințele și documentele legale ce atestă realitatea executării conform contractelor a acestor lucrări;

- „Curtea reține astfel că nu există prevederi ale actelor normative aplicabile (...) nici ale contractului de achiziție publică care să-l definească pe executant ca fiind beneficiar direct al finanțărilor de la bugetul de stat (alocări, subvenții, transferuri), această calitate având-o atât în virtutea legislației aplicabile cât și în fapt doar ..., care a fost și beneficiar al lucrărilor executate de recurentă”.

Petenta susține că această hotărâre judecătorească definitivă a stabilit cu putere de lucru judecat ceea ce pe calea contestației, și anume: executarea contractului încheiat cu ... SA nu poate determina verificarea activității sale de către inspecția economico-financiară în procedura avizării deconturilor.

Prin urmare, consideră că, având în vedere efectele puterii de lucru judecat, această hotărâre judecătorească este obligatoriu a fi avută în vedere la soluționarea contestației sale.

5. Tot din această hotărâre judecătorească definitivă rezultă că „problemele” pe care le-a avut ... SRL cu inspecția economico-financiară s-au datorat unor nelegalități săvârșite de aceasta, nelegalități constatate și corectate definitiv de instanța de contencios administrativ.

Aceste „probleme” au fost generate de obligarea contractuală a ... SRL de către ... SA să întocmească deconturi și să le supună avizării inspecției economico-financiare.

Scopul contestației deduse soluționării este acela de eliminare din proiectul de contract a acelor prevederi care ar atrage verificarea societății de către inspecția economico-financiară și încălcarea, nu doar a legii, dar și a puterii de lucru judecat a unei hotărâri judecătorești, care statuează foarte clar că, în relația contractuală cu ... SA, societatea ... SRL nu poate fi supusă inspecției economico-financiare.

6. Prin decizia nr. 2160/05.04.2021 (www.iccj.ro), Înalta Curte a stabilit că aplicarea eronată a legii, prin acte succesive, nu poate duce la concluzia pierderii definitive a dreptului de a beneficia de aplicarea corectă a legii. Astfel, chiar dacă clauzele contractuale criticate prin contestație au fost aplicate în trecut, în alte contracte încheiate de ... SA

cu ... SRL sau cu alte societăți, această aplicare anterioară a lor nu este de natură a conduce la concluzia că ele ar fi legale și nu ar mai putea fi contestate.

... SRL precizează că a acceptat aceste clauze contractuale în cuprinsul contractului anterior pe care l-a avut cu ... SA (contractul nr. 2/10.03.2016), însă, din cauza acestora, a ajuns în situația să de a nu putea încasa contravaloarea lucrărilor ...ate conform și acceptate ca atare de autoritatea contractantă pentru că inspecția economico-financiară, terț față de contract, a avut o altă opinie, care s-a dovedit a fi nelegală.

Susține că, pentru a putea încasa de la ... SA prețul contractual, conform situațiilor de lucrări confirmate, a fost obligată să promoveze un litigiu de contencios administrativ și să obțină anularea actelor nelegale, emise de inspecția economico-financiară (conform deciziei nr. 755/23.09.2019 pronunțate de Curtea de Apel Oradea).

7. Decontul justificativ prevăzut ca model în anexa 2 a H.G. nr. 1846/2004 și în anexa 3 a H.G. nr. 644/2007 este un decont care se întocmește pentru „*deschiderea finanțării*”. Acest aspect este confirmat de răspunsul la clarificări nr. 1025/20.11.2023 prin care se arată că modelul de decont este cel prevăzut de H.G. nr. 644/2007, „*pentru deschiderea finanțării*”.

În opinia petentei, în ipoteza în care ar întocmi un astfel de decont și l-ar supune avizării inspecției economico-financiare ar însemna că ar solicita deschiderea unei finanțări din fonduri publice și ar acționa ca un ordonator de credite.

Afirmă că, în calitatea sa de agent economic privat nu putea avea competența legală de a solicita deschiderea unei finanțări din fonduri publice, deoarece deschiderea de credite bugetare este de competența ordonatorilor de credite și o societate privată nu poate fi ordonator de credite (conform Legii finanțelor publice nr. 500/2002).

Gestionarea fondurilor provenite de la bugetul de stat pentru lucrările ce fac obiectul contractului supus atribuirii se realizează de către ministerul de resort (potrivit art. 4 alin. 4 din HG nr. 1846/2004 și art. 4, alin. 6 din H.G. nr. 644/2007). Aceste fonduri sunt alocate ... SA de către ministerul de resort pentru realizarea lucrărilor, în baza contractului de mandat, și ... SA are obligația de a le gestiona potrivit art. 6¹ lit. e) din H.G. nr. 313/2002.

8. Antreprenorul are obligația să execute conform lucrările contractate și să dovedească acest lucru prin situațiile de lucrări, verificate și acceptate de diriginte. Antreprenorului nu i se poate pretinde să întreprindă demersuri pentru a obține deschideri de finanțări în numele achizitorului și de a asigura astfel obținerea de fonduri de către acesta pentru a-și îndeplini obligațiile contractuale de plată.

De asemenea, antreprenorului nu i se poate pretinde să accepte ca lucrările executate de el și confirmate ca atare de diriginte să îi fie plătite

în limita unui aviz emis de un terț față de contract, terț cu care antreprenorul nu are vreun raport juridic.

9. Cont... susținerilor autorității contractante, obligația întocmirii și obținerii avizării decontului nu aparține antreprenorului. Art. 4 alin. (6) din HG nr. 1846/2004 și art. 4, alin. 8 din HG nr. 644/2007 nu arată cine trebuie să întocmească decontul, ci doar că acesta trebuie întocmit pe baza situațiilor de lucrări ale antreprenorului.

Contestatoarea apreciază că acest text legal, coroborat cu rolul decontului de cerere pentru deschiderea finanțării și cu obligația ministerului de resort și a ... SA de a gestiona fondurile publice alocate pentru executarea lucrărilor, confirmă teza că nu poate fi obligată contractual să întocmească și să supună avizării astfel de deconturi.

Precizează că nu contestă H.G. nr. 1846/2004 și H.G. nr. 644/2007 și nu solicită modificarea acestora, contestația sa vizând modul în care autoritatea contractantă încearcă să transfere, contractual, asupra antreprenorului, obligații care nu îi pot reveni acestuia.

10. Cheltuielile la care se referă art. 4 din H.G. nr. 1846/2004 sau H.G. nr. 644/2007 nu sunt cheltuielile pe care antreprenorul le avansează pentru executarea lucrărilor prevăzute în contractul încheiat cu ... SA. Aceste cheltuieli sunt cheltuielile pe care le angajează ministerul de resort prin ... SA pentru realizarea lucrărilor de închidere și ecologizare a minelor.

În opinia contestatoarei, din cuprinsul modelului de decont rezultă, cât se poate de clar, că, în acesta, nu se înscriu cheltuielile/costurile de producție ale antreprenorului, cum ar fi cheltuielile cu achiziții de materiale sau cu forța de muncă. Antreprenorul nu decontează cheltuieli cu beneficiarul, ci urmărește să își încaseze plata pentru lucrările pe care le execută, adică prețul contractual.

11. Autoritatea contractantă se referă, în punctul său de vedere, și la prevederile H.G. nr. 997/2010, cu toate că aceasta nu este incidentă în speță. Chiar achizitoarea arată că lucrările în discuție sunt prevăzute de H.G. nr. 1846/2004 și H.G. nr. 644/2007, nu de H.G. nr. 997/2010.

Contestatoarea afirmă că, în contradictoriu cu susținerile autorității contractante, H.G. nr. 997/2010 modifică doar modelul de decont prevăzut de H.G. nr. 1846/2004 și H.G. nr. 644/2007, nu prevederile art. 4 din aceste două hotărâri de guvern.

Prin adresa nr. 1033/23.11.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 64307/23.11.2023, ... SA a răspuns la motivele de respingere a apărărilor sale, invocate de ... SRL, arătând următoarele:

1. Astfel cum a surprins și contestatoarea, faptul că exista o legătură de rudenie între cei doi administratori ai celor două societăți, este irelevant atâta timp cât, indiferent de numele operatorului, cadrul legislativ aplicabil este același, iar soluția instanțelor constituie autoritate de lucru judecat;

2. Sentința nr. 128/17.03.2021 a fost casată în totalitate, prin Decizia nr. 523/18.06.2021 pronunțată de Curtea de Apel Oradea, anexata de contestatoare, însă relevante sunt cele reținute la fila 5, paragraf 7 a acesteia:

„Pe de altă parte, nu se poate reține nici existența vreunei cauze de nulitate a clauzei atât timp cât clauza contractuală reprezintă o transpunere în contact a unor prevederi cuprinse în H.G. nr. 614/2017, în vigoare la momentul încheierii (7), (8) și (9) statua că ... «(1) Cheltuielile pentru închiderea definitivă a minelor și carierelor, conservarea, inclusiv monitorizarea factorilor de mediu post-închidere, pentru societățile și companiile naționale, fundamentate în programele tehnice de dezafectare sau conservare, elaborate în acest scop și avizate conform legii, se asigură din sursele proprii ale operatorilor economici și din alocațiile bugetare aprobate cu această destinație în bugetul Ministerului Economiei și Finanțelor, în baza listelor anuale de lucrări întocmite de ordonatorul principal de credite. (...)”.

3. În ceea ce privește Decizia nr. 755/CA/2019-R, pronunțată de Curtea de Apel Oradea în dosarul nr. 1169/83/CA/2018, raportat la obiectul cauzei:

„Curtea reține că în speță decontul a fost întocmit pe baza situației de lucrări, act necontestat de inspecție, și care conține mențiunile de la pct.19,1 din contract, respectiv valoarea lucrărilor efectiv realizate în luna august 2017, conform contractului, prețurile unitare și costul lucrărilor, inclusiv cele pentru echipamentul antreprenorului, lucrări tempo...e, zile-muncă și asimilate, procentul din valoarea facturată a materialelor listate și instalațiile livrate de antreprenor pe șantier în vederea încorporării în lucrările permanente, dar neîncorporate încă, orice altă sumă la care antreprenorul este îndreptățit în baza contractului.

Potrivit art. 4 alin. (5) din H.G. nr. 493/2000, deconturile justificative se vor întocmi pe baza programelor tehnice de dezafectare, ecologizare sau conservare a minelor și a cheltuielilor efectiv realizate, rezultate din situațiile de lucrări întocmite lunar de agenții economici.

În consecință, situația de lucrări întocmită de recurentă fiind corectă, valoarea decontului supus avizării nu poate fi redusă, organul de inspecție având obligația legală să-l avizeze la valoarea rezultată din situația de lucrări întocmită de operatorul economic, conform prevederilor legale.”

4. În ceea ce privește „probele” SRL la decontare, acestea au fost generate chiar de operator care nu a putut justifica, cu documente, sumele cerute la decontare, fapt ce rezultă din motivarea Deciziei nr. 755/CA/2019-R și nu de clauzele contractuale care transpun dispozițiile tuturor celor 11 Hotărâri de Guvern de închidere care dispun ca *„Deconturile justificative prevăzute la alin. (4) vor fi avizate de către direcțiile generale ale finanțelor publice județene, respectiv a*

municipiului București, după caz, unde se situează obiectivul la care s-au efectuat lucrările de închidere, indiferent de sediul social al operatorului economic care a efectuat această luc...e, în conformitate cu anexa nr. 3”.

5. Contestatorul evită să recunoască și faptul că, în toată perioada de derulare a contractelor încheiate cu ... SA, au fost doar cazuri izolate în care aceștia nu au reușit obținerea vizei ANAF, iar aceste cazuri nu au absolut nicio legătură cu dispozițiile pct. 19.2 alin. 3) din contract. Dacă acesta este un impediment insurmontabil pentru contestator, acesta nu ar participa, în continuare, la procedurile organizate de ... SA.

6. În ceea ce privește procedura de avizare a decontului și persoana juridică care întocmește și depune decontul, în anexa nr. 6 și 7, ... SA a arătat că a depus în numele său decontul ... SRL la ANAF, însă acesta a fost restituit neavizat cu mențiunea că societatea ... SA nu este executantul lucrărilor, ci beneficiarul acestora.

Conform art. 4 alin. (1) din H.G. nr. 997/2010 este clarificat și rolul societății: *„Administ...ea sumelor alocate prin legea bugetului de stat se face de către ministerul de resort, direcția de specialitate, în conformitate cu prevederile legale, prin operatorul specializat înființat în acest scop prin Hotărârea Guvernului nr. 313/2002 privind înființarea Societății Comerciale de Conservare și închidere a Minelor ... SA, cu modificările și completările ulterioare, în baza listelor anexă la Programul anual de conservare, închidere, reconstrucție ecologică și activități post-închidere”.*

Având în vedere motivele de fapt și de drept mai sus invocate, ... SA solicită respingerea, ca neîntemeiată, a cererii de obligare autorității contractante de a elimina, din cuprinsul proiectului de contract, parte a documentației de atribuire, a prevederilor de la pct. 19.2 alin. (3) privitoare la:

„- obligația executantului de a solicita și de a obține de la Direcția Generală a Finanțelor Publice a județului avizul privind decontul lunar, întocmit conform modelului aprobat prin hotărâri de guvern neprecizate;

- obligația executantului de a emite factura către achizitor cu valoarea totală a decontului aprobat de ANAF”.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 64409/23.12.2023, ... SRL a transmis recipisa de consemnare nr. 209706631/1, eliberată de CEC BANK Unitatea .. la data de 17.11.2023, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 35.000,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 3229/2023.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... SA a organizat procedura simplificată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Lucrări de intervenție/remediere la obiectivele miniere la care au fost finalizate lucrările de închidere și ecologizare, obiective aflate în perioada de

monitorizare post închidere, din zona ...", inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare Valoarea estimată a achiziției este de 5.449.654,00 lei, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Nemulțumită de prevederile documentației de atribuire, ... SRL a depus contestația în analiză.

Analizând criticile formulate de contestator, Consiliul constată că acestea vizează documentația de atribuire, respectiv anumite cerințe din modelul de contract. Prin urmare, Consiliul va proceda la soluționarea contestației analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat documentația de atribuire aferentă, sub aspectele criticate în contestație, cu luarea în considerare a legislației în vigoare în domeniul achizițiilor publice și a argumentelor transmise de către părți.

Nemulțumit de modul în care autoritatea contractantă a întocmit modelul de contract, ... SRL a învestit Consiliul cu soluționarea contestației de față, solicitând eliminarea cerințelor contestate.

Referitor la criticile existente în contestație, Consiliul reține următoarele:

În modelul de contract, autoritatea contractantă a solicitat următoarele:

„19. Modalități de plată

19.1 Situații lunare

La sfârșitul fiecărei luni, antreprenorul va înainta dirigintelui șase copii ale unei situații, fiecare semnată de reprezentantul antreprenorului și aprobată de diriginte (...), într-o formă pe care firma de dirigenție o poate recomanda după caz, evidențiind sumele la care antreprenorul se consideră îndreptățit până la sfârșitul lunii, cu privire la:

- (a) valoarea lucrărilor permanente executate;*
- (b) orice alte obiecte din deviz, inclusiv cele pentru echipamentul antreprenorului, lucrări tempo...e, zile-muncă și asimilate;*
- (c) procentul din valoarea facturată a materialelor listate, după cum este stabilit în proiectul tehnic, și instalațiile livrate de antreprenor pe șantier în vederea încorporării în lucrările permanente dar neîncorporate încă în astfel de lucrări;*
- (d) orice altă sumă la care antreprenorul este îndreptățit în baza contractului.*

19.2 Plăți lunare

(1) Firma de dirigenție va înainta beneficiarului, în termen de 28 de zile de la primirea unei astfel de situații, un certificat de plată parțială declarând suma de plată către antreprenor pe care firma de dirigenție o consideră datorată și plătită cu privire la o astfel de situație, cu condiția deducerii, (...), a oricăror sume care au devenit scadente sau plătibile de către antreprenor în favoarea beneficiarului.

(2) În aceste condiții, firma de dirigenție nu va fi obligată să avizeze nici o plată în conformitate cu acest articol, dacă suma netă respectivă,

după toate reținerile și deducerile, va fi mai mică decât suma minimă din certificatele de plăți parțiale stipulate în proiectul tehnic.

(3) Pe baza decontului lunar întocmit conform modelului aprobat prin hotărârile de guvern de închidere a minelor și vizat de executant la Direcția Generală a Finanțelor Publice a județului, precum și a listelor de cantități de lucrări pe categorii de lucrări vizate de către societatea care asigură asistența tehnică (dirigenția) în cadrul contractului, executantul va emite factura fiscală către achizitor cu valoarea totală a decontului aprobat de ANAF.

(4) Valoarea facturii executantului, se va achita de către achizitor, în termen de maxim 20 (douăzeci) de la data deschiderii finanțării de către ordonatorul de credite, Ministerul Economiei, Antreprenoriatului și Turismului

(5) Conform contractului încheiat între achizitor/beneficiar și Ministerul Economiei, Antreprenoriatului și Turismului în calitate de ordonator de credite pentru derularea Programului anual, la data deschiderii finanțării, acesta achită către ... S.A, atât contravaloarea lucrărilor care fac obiectul prezentului contract, conform decontului aprobat, inclusiv taxele prevăzute la art. 2.3, cât și prețul serviciilor de administ...e și gestionare a programului, în cuantum de 0,08 din prețul prevăzut la art. 2.2."

Contestatorul solicită eliminarea cerinței de la aliniatul 3 de la pct. 19.2, deoarece „clauzele de la pct. 19.2, alin. (3) din proiectul de contract sunt în contradicție cu normele de drept public care reglementează inspecția economico-financiară. Normele legale care reglementează competența inspecției economico-financiare sau procesul bugetar sunt norme imperative, de drept public, de la care nu se poate deroga prin convenție”.

Consiliul consideră întemeiată solicitarea contestatorului din următoarele considerente:

Procedura privește atribuirea unui contract de lucrări și, în temeiul său, antreprenorul se obligă să realizeze lucrările contractate și beneficiarul se obligă să plătească aceste lucrări.

Prin modelul de contract se urmărește ca obligațiile de plată ale beneficiarului să nu fie cuantificate în funcție de lucrările efectiv executate și de prețurile contractuale, conform confirmării dirigintelui, ci în funcție de rezultatul unei proceduri de avizare a unui decont neidentificat, efectuate de către un terț (ANAF) față de contract.

Referitor la acest decont, autoritatea contractantă invocă mai multe HG-uri, dar analizând aceste acte normative, Consiliul constată că acest decont, invocat de autoritate, este pentru deschiderea finanțării (decont prevăzut ca model în anexa 2 a HG nr. 1846/2004 și în anexa 3 a HG nr. 644/2007) și nu cuprinde lucrările executate de antreprenor, într-o anumită perioadă de timp, aprobate de dirigințele de șantier, pentru care beneficiarul este obligat să plătească contravaloarea lor. De asemenea,

din cuprinsul modelului de decont rezultă că în acesta nu se menționează cheltuielile/costurile de producție ale antreprenorului, cum ar fi cheltuielile cu achiziții de materiale sau cu forța de muncă. Sumele pe care trebuie să le încaseze antreprenorul de la ... SA sunt prețuri pentru executarea unor lucrări contractuale, nu sume ce sunt acordate de la bugetul de stat, cu titlul de subvenții, transferuri, alocații și alte sume asimilate acestora, pentru subvenționarea unor produse sau susținerea unor activități.

Dacă ofertantul contestator ar întocmi un astfel de decont și l-ar supune avizării inspecției economico-financiare, ar însemna că acesta solicită deschiderea unei finanțări din fonduri publice și ar acționa ca un ordonator de credite.

Deschiderea de credite bugetare este de competența ordonatorilor de credite și o societate privată nu poate fi ordonator de credite (conform art. 20, art. 21 și art. 49 din Legea finanțelor publice nr. 500/2002).

Între ministerul de resort și ... SA este încheiat un contract de mandat, în temeiul căruia această societate își îndeplinește atribuțiile de închidere a minelor subterane, lucrări de legătură cu suprafața și reconstrucție ecologică. În temeiul acestui contract și a dispozițiilor H.G. nr. 313/2002, ... SA încheie contracte de lucrări cu diverși operatori economici pentru executarea efectivă a lucrărilor. Totodată, ... SA gestionează, în condițiile contractului de mandat, fondurile publice ce îi sunt alocate pentru realizarea lucrărilor. Toate acestea rezultă din prevederile H.G. nr. 313/2002, respectiv:

- conform art. 1 alin. (3), lit. b):

„Se înființează ... ”...” - S.A. (...). (...)

(3) Societatea Comercială ”...” - S.A. are sediul în municipiul București, (...), având ca obiect principal de activitate: (...)

b) închiderea minelor subterane, lucrări de legătură cu suprafața și reconstrucție ecologică.”

- conform art. 6¹, lit. e):

„încheie contracte cu agenții economici pentru executarea lucrărilor din cadrul programului anual”.

Având în vedere că societatea ... SA este cea care primește fonduri de la bugetul de stat pentru plata lucrărilor executate de antreprenor, aceasta are obligația de a gestiona aceste fonduri (art. 6¹ lit. e) din H.G. nr. 313/2002). Eventualele obligații de avizare a modului în care sunt gestionate fondurile publice nu pot fi transferate contractual antreprenorului, deoarece acesta nu are vreo relație cu bugetul de stat.

În opinia Consiliului, transferul contractual al acestei obligații către antreprenor l-ar transforma pe acesta într-un operator economic care poate fi supus inspecției economico-financiare, cu toate că nu îndeplinește criteriile legale pentru aceasta, conform art. 3 pct. 5), lit. f) și pct. 6) din OUG nr. 94/2011, respectiv:

„În sensul prezentei ordonanțe de urgență, termenii și expresiile de mai jos au următoarea semnificație: (...)

5. operator economic - denumire generică ce include:

a) regiile autonome, înființate de stat sau de o unitate administrativ-teritorială;

b) companiile și societățile naționale, precum și societățile comerciale la care statul sau o unitate administrativ-teritorială este acționar unic;

c) societățile comerciale la care statul sau o unitate administrativ-teritorială deține o participație majoritară;

d) societățile comerciale și regiile autonome la care persoanele juridice de la lit. a)-c) dețin direct sau indirect o participație majoritară;

e) institutele naționale de cercetare-dezvoltare, altele decât cele care funcționează ca instituții publice;

f) alți operatori economici, indiferent de forma de proprietate, pentru fundamentarea și justificarea sumelor acordate de la bugetul general consolidat; (...)

6. sume acordate de la bugetul general consolidat denumire generică ce include, în principal, subvenții, transferuri, alocații și alte sume asimilate acestora, pentru subvenționarea unor produse sau susținerea unor activități”.

Procedura de avizare a decontului, astfel cum este prevăzută de modelul de contract, este o procedură de control de competența inspecției economico-financiare, în sensul art. 7, alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 94/2011, respectiv:

„(1) Inspecția economico-financiară se exercită la sediul operatorilor economici sau al organului de inspecție economico-financiară, separat sau combinat, sub următoarele forme:

a) controlul ex-ante, care constă în verificarea fundamentării bugetelor de venituri și cheltuieli ale operatorilor economici, a fundamentării sumelor acordate de la bugetul general consolidat pentru susținerea unor activități, precum și în verificările cu privire la constituirea și asigu...ea surselor de plată a finanțărilor rambursabile garantate sau subîmprumutate de stat;”.

Sentința nr. 128/17.03.2021 pronunțată de Tribunalul Satu Mare în soluționarea dosarului nr. 290/83/2021 (invocată de autoritatea contractantă) a fost casată în totalitate prin decizia nr. 523/18.06.2021, pronunțată de Curtea de Apel Oradea.

Prin decizia nr. 755/CA/2019-R din data de 23.09.2019, pronunțată de Curtea de Apel Oradea în soluționarea dosarului nr. 1169/83/CA/2018 (depusă de autoritatea contractantă împreună cu punctul său de vedere) s-a reținut că:

„Prin urmare, recurenta nu putea fi subiect al unei inspecții economico-financiare în conformitate cu dispozițiile OUG nr. 94/2011 și ale HG nr. 101/2012, în condițiile în care aceasta nu a fost și nu putea fi beneficiar direct al finanțărilor de la bugetul statului (alocări, subvenții,

transferuri), această calitate având-o ... SA prin ordonatorul de credite (ministerul de resort), care avea și responsabilitatea utilizării și decontării sumelor (cheltuielilor) alocate acestor 2 activități, în conformitate cu cerințele și documentele legale ce atestă realitatea executării conform contractelor a acestor lucrări.

- Curtea reține astfel că nu există prevederi ale actelor normative aplicabile (HG nr. 644/2007, HG nr. 997/2010, HG nr. 1158/2004, HG nr. 313/2002) nici ale contractului de achiziție publică care să-l definească pe executant ca fiind beneficiar direct al finanțărilor de la bugetul de stat (alocări, subvenții, transferuri), această calitate având-o, atât în virtutea legislației aplicabile, cât și în fapt doar ..., care a fost și beneficiar al lucrărilor executate de recurentă”;

Această hotărâre judecătorească definitivă a stabilit cu putere de lucru judecat ceea ce contestatorul a susținut pe calea contestației, respectiv executarea contractului încheiat cu ... SA nu poate determina verificarea activității acestuia de către inspecția economico-financiară în procedura avizării deconturilor. Având în vedere efectele puterii de lucru judecat, această hotărâre judecătorească este obligatoriu a fi avută în vedere de către Consiliu la soluționarea contestației.

Scopul contestației deduse soluționării este acela de eliminare din modelul de contract a acelor prevederi care ar atrage verificarea contestatorului de către inspecția economico-financiară și încălcarea nu doar a legii, dar și a puterii de lucru judecat a unei hotărâri judecătorești care statuează foarte clar că, în relația contractuală cu ... SA, contestatorul nu poate fi supus inspecției economico-financiare.

Consiliul reține în soluționarea contestației, argumentele prezentate de contestator în adresa înregistrată la CNSC sub nr. 63736 din 21.11.2023, respectiv:

„Gestionarea fondurilor provenite de la bugetul de stat pentru lucrările ce fac obiectul contractului supus atribuirii se realizează de către ministerul de resort (potrivit art. 4, alin. 4 din HG nr. 1846/2004 și art. 4, alin. 6 din HG nr. 644/2007). Aceste fonduri sunt alocate ... SA de către ministerul de resort pentru realizarea lucrărilor, în baza contractului de mandat, și ... SA are obligația de a le gestiona potrivit art. 6¹, lit. e din HG nr. 313/2002.

Antreprenorul are obligația să execute conform lucrările contractate și să dovedească acest lucru prin situațiile de lucrări, verificate și acceptate de diriginte. Antreprenorului nu i se poate pretinde să întreprindă demersuri pentru a obține deschideri de finanțări în numele achizitorului și de a asigura astfel obținerea de fonduri de către acesta pentru a-și îndeplini obligațiile contractuale de plată.

De asemenea, antreprenorului nu i se poate pretinde să accepte ca lucrările executate de el și confirmate ca atare de diriginte să îi fie plătite în limita unui aviz emis de un terț față de contract, terț cu care antreprenorul nu are vreun raport juridic.

Cont... susținerilor autorității contractante, obligația întocmirii și obținerii avizării decontului nu aparține antreprenorului. Art. 4, alin. (6) din HG nr. 1846/2004 și art. 4, alin. (8) din HG nr. 644/2007 nu arată cine trebuie să întocmească decontul, ci doar că acesta trebuie întocmit pe baza situațiilor de lucrări ale antreprenorului.

Acest text legal, coroborat cu rolul decontului de cerere pentru deschiderea finanțării și cu obligația ministerului de resort și a ... SA de a gestiona fondurile publice alocate pentru executarea lucrărilor, confirmă teza noastră că nu putem fi obligați contractual să întocmim și să supunem avizării astfel de deconturi.

Subscrisa nu contestăm HG nr. 1846/2004 și HG nr. 644/2007 și nu solicităm modificarea acestora. Contestația noastră vizează modul în care autoritatea contractantă încearcă să transfere, contractual, asupra antreprenorului obligații care nu îi pot reveni acestuia.

Cheltuielile la care se referă art. 4 din HG nr. 1846/2004 sau HG nr. 644/2007 nu sunt cheltuielile pe care antreprenorul le avansează pentru executarea lucrărilor prevăzute în contractul încheiat cu ... SA. Aceste cheltuieli sunt cheltuielile pe care le angajează ministerul de resort prin ... SA pentru realizarea lucrărilor de închidere și ecologizare a minelor.

Antreprenorul nu decontează cheltuieli cu beneficiarul, ci urmărește să își încaseze plata pentru lucrările pe care le execută, adică prețul contractual”.

În concluzie, modelul de contract prevede un mecanism de control privind executarea contractului și de stabilire a sumelor de plată, control efectuat prin dirigintele de șantier, care are competența de a verifica lucrările executate, situațiile de lucrări întocmite de antreprenor și listele de cantități de lucrări și de a emite certificatul de plată, cuprinzând suma de plată convenită antreprenorului.

Cu toate acestea, antreprenorului nu i se recunoaște dreptul de a factura această sumă și beneficiarului nu i se impune obligația de a o plăti, deoarece competența de a stabili suma care se facturează și se plătește este prevăzută în favoarea ANAF, terț față de contractul de lucrări, care nu este parte în procedură.

Această situație este în defavoarea antreprenorului, care, deși a executat lucrările (aspect confirmat de situațiile de lucrări, de listele de cantități de lucrări vizate de diriginte și de certificatul de plată), el nu este îndreptățit să factureze (și beneficiarul nu este obligat să plătească) decât sumele rezultate dintr-un aviz al ANAF, instituție care este terț față de contract, neimplicată în procedură, și care nu are atribuții legale privitoare la verificarea executării lucrărilor de construcții.

Se impune modificarea pct. 19.2, care condiționează plata facturii de către achizitor de existența avizului ANAF, în sensul eliminării aliniatului 3. O asemenea condiție nu face altceva decât să tergiverseze

efectuarea plății, îngreunând astfel desfășu...ea în condiții normale a lucrărilor.

Analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat și întocmit clauza contractuală în discuție, Consiliul reține că aceasta nu dorește să evite eventualele neplăceri din cauza întârzierii efectuării plăților către executanți, ceea ce ar putea duce la întârzierea sau chiar sistarea lucrărilor. Astfel, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă, prin impunerea acestei clauze contractuale a mărit riscul neîndeplinirii contractului, în condițiile în care ar putea exista întârzieri la plată.

În raport de cele mai sus reținute, Consiliul va admite critica în discuție și va obliga autoritatea contractantă la modificarea pct. 19.2 prin eliminarea aliniatului 3.

Invocarea, de către autoritatea contractantă, a legăturii dintre contestator și ... SRL, este complet lipsită de relevanță în contextul soluționării contestației. Autoritatea contractantă nu arată care ar fi consecințele legale, în contextul contestației deduse soluționării.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ... SA, în calitate de autoritate contractantă.

Pe cale de consecință, va obliga autoritatea contractantă să modifice documentația de atribuire, respectiv clauzele din modelul de contract, conform celor reținute în motivare.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de ... SRL în contradictoriu cu ... SA.

Obligă autoritatea contractantă să modifice documentația de atribuire, respectiv clauzele din modelul de contract, conform celor reținute în motivare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

Redactată în 4 exemplare originale, conține 23 pagini.