



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, ..., România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr..../.../...

Data:...

Prin contestația nr. 2656/21.09.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 18187/22.09.2015, înaintată de SC ... SA, cu sediul în ..., ..., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. J40/2286/200I, având CUI ..., formulată împotriva documentației de atribuire întocmită de ... (... JUD ...), cu sediul în ..., ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă în cadrul procedurii de „cerere de oferte”, organizată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „*Execuția lucrărilor pentru realizarea obiectivului de investiție Modernizare prin asfaltare drumuri comunale în sat ...în lungime de 2,9km*”, s-a solicitat:

...bugetare;

(ii) să se constate că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract, parte integrantă a documentației de atribuire, cu privire la stabilirea unui termen de plată a facturilor de 12 luni, precum și prevederile care stabilesc termene contradictorii de plată;

(iii) să se constate că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract, parte integrantă a documentației de atribuire, cu privire la asigurarea finanțării lucrărilor de către executant pe întreaga durată a contractului și cu privire la executarea în întregime a garanției de bună execuție în cazul stagnerii lucrărilor din cauza nefinanțării din partea executantului;

(iv) să se constate că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv fișa de date și modelul de contract, care prevăd durate contradictorii de execuție a contractului, de maxim 12 luni, respectiv 24 de luni, exclusiv perioada de garanție;

(v) să se constate că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv modelul de contract, care stabilesc un termen de grație de la împlinirea căruia încep să curgă penalitățile de întârziere la plată;

(vi) să se constate că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv modelul de contract, care condiționează emiterea facturilor aferente lucrărilor executate de recepția parțială a lucrărilor;

(vii) să se constate că sunt nelegale și disproportionate în raport cu practicile de piață prevederile din documentația de atribuire, respectiv fișa de date, care stabilesc obligația executantului de a demonstra că la momentul semnării contractului va avea acces sau va dispune de resurse reale, negrevate de datorii sau are acces la lichidități, linii de credit sau la alte instrumente financiare în valoare de minim: 500.000 lei pentru o perioadă de 6 luni (caracterul disproportional vizează perioada de 6 luni), precum și constatarea nelegalității prevederilor din documentația de atribuire, respectiv fișa de date care prevăd perioade diferite de valabilitate pentru cash-flow (6 luni și 12 luni);

(viii) să se dispună măsuri de remediere constând în obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire și a modelului de contract propus în documentația de atribuire conform criticilor supuse atenției la lit. (i), (ii), (iii), (iv), (v), (vi) și (vii) de mai sus.

- în măsura în care la data soluționării prezentei contestații nu se vor putea dispune măsuri de remediere pe motiv că ofertele ar fi deschise, anularea procedurii de atribuire a contractului.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 278 alin. (5) și (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, admite contestația formulată de SC ... SA în contradictoriu cu ... (... JUD ...) și dispune anularea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru autoritatea contractantă, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

SC ... SA a formulat contestație împotriva documentației de atribuire întocmită de ... (... JUD ...), în calitate de autoritate contractantă cadrul în procedurii de „cerere de oferte”, organizată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Execuția lucrărilor pentru realizarea obiectivului de investiție *Modernizare prin asfaltare drumuri comunale în sat ...în lungime de 2,9km*”, solicitând:

...bugetare;

(ii) să se constate că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract, parte integrantă a documentației de atribuire, cu privire la stabilirea unui termen de plată a facturilor de 12 luni, precum și prevederile care stabilesc termene contradictorii de plată;

(iii) să se constate că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract, parte integrantă a documentației de atribuire, cu privire la asigurarea finanțării lucrărilor de către executant pe întreaga durată a contractului și cu privire la executarea în întregime a garanției de bună execuție în cazul stagnerii lucrărilor din cauza nefinanțării din partea executantului;

(iv) să se constate că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv fișa de date și modelul de contract, care prevăd durate contradictorii de execuție a contractului, de maxim 12 luni, respectiv 24 de luni, exclusiv perioada de garanție;

(v) să se constate că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv modelul de contract, care stabilesc un termen de grație de la împlinirea căruia încep să curgă penalitățile de întârziere la plată;

(vi) să se constate că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv modelul de contract, care condiționează emiterea facturilor aferente lucrărilor executate de recepția parțială a lucrărilor;

(vii) să se constate că sunt nelegale și disproporționate în raport cu practicile de piață prevederile din documentația de atribuire, respectiv fișa de date, care stabilesc obligația executantului de a demonstra că la momentul semnării contractului va avea acces sau va dispune de resurse reale, negrevate de datorii sau are acces la lichidități, linii de credit sau la alte instrumente financiare în valoare de minim: 500.000 lei pentru o perioadă de 6 luni (caracterul disproporționat vizează perioada de 6 luni), precum și constatarea nelegalității prevederilor din documentația de atribuire, respectiv fișa de date care prevăd perioade diferite de valabilitate pentru cash-flow (6 luni și 12 luni);

(viii) să se dispună măsuri de remediere constând în obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire și a modelului de contract propus în documentația de atribuire conform criticilor supuse atenției la lit. (i), (ii), (iii), (iv), (v), (vi) și (vii) de mai sus.

- în măsura în care la data soluționării prezentei contestații nu se vor putea dispune măsuri de remediere pe motiv că ofertele ar fi deschise, anularea procedurii de atribuire a contractului.

În opinia contestatorului, fișa de date și modelul de contract puse la dispoziție de autoritatea contractantă cuprind clauze nelegale care încalcă echilibrul contractual și descurajează participarea la procedurile de achiziție.

1. Referitor la nelegalitatea prevederilor din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract, parte integrantă a documentației de atribuire, cu privire la condiționarea respectării termenului de plată de către Achizitor de alocarea fondurilor bugetare, contestatorul înțelege să formuleze următoarele critici:

În fișa de date a achiziției la punctul III 1.2 Principalele modalități de finanțare și plată și/sau trimitere la dispozițiile relevante, se menționează că finanțarea este asigurată de PNDL - „Modernizarea satului românesc” și ... - bugetul local, iar la punctul VI.2 Contractul/concursul se înscrie într-un proiect/program finanțat din fonduri comunitare/program operațional/program național de dezvoltare rurală, se menționează că tipul finanțării este din „Alte fonduri”.

Raportat la cele de mai sus, contestatorul arată că potrivit prevederilor art. 19.1 și art. 19.5 alin. (3) din modelul de contract, parte integrantă a documentației de atribuire și potrivit punctului VI.3 din fișa de date a achiziției - Alte informații, autoritatea contractantă condiționează plata la termen a facturilor de o terță parte, străină de contract, respectiv de alocările bugetare.

În aceste condiții, contestația consideră că se impune eliminarea prevederilor punctului VI.3 din fișa de date a achiziției și ale art. 19.1 și art. 19.5 alin. (3), cu privire la condiționarea plăților de primirea fondurilor de către Achizitor, având în vedere că, în opinia sa:

- nu pot fi opuse executantului clauzele contractului de finanțare, acesta nefiind parte în contractul de finanțare. Astfel, orice întârziere în virarea sumelor de la bugetul de stat nu poate fi imputată executantului și nici nu se poate pretinde acestuia să accepte ca plata să fie condiționată de prevederile unui contract/buna derulare a unui contract față de care are calitatea de terț sau de voința unui terț.

- faptul că autoritatea contractantă nu are controlul încasării sumelor de la buget este un risc aliat în patrimoniul autorității contractante, conform art. 94 din HG nr. 925/2006, fiind abuzivă transferarea acestui risc către executant.

În cauză, contestatorul invocă dispozițiile art. 94 din HG nr. 925/2006 conform cărora autoritatea contractantă are obligația de a verifica, înainte de momentul semnării unui contract de achiziție publică, respectarea dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice, sens în care asigurarea finanțării trebuie să fie o certitudine, aspect subliniat și de către ANRMAP, printr-un punct de vedere publicat în data de 07.05.2012.

În aceste condiții, contractul, în forma propusă spre semnare la finalizarea procedurii de atribuire, nu poate avea, în opinia

contestatorului, astfel de mențiuni, atâta timp cât existența surselor de finanțare trebuie să fie o certitudine, fiind interzisă semnarea de către autoritatea contractantă a unui contract de achiziție fără existența certă a surselor de finanțare necesare îndeplinirii obligațiilor de plată asumate prin angajamentul respectiv.

Astfel, contestatorul apreciază că menținerea clauzelor în discuție reprezintă o încălcare a principiului relativității efectelor contractelor (art. 193 alin. (1) și art. 1280 din Noul cod civil), a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică (art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006), precum și a prevederilor Legii nr. 72/2013 (art. 6 alin. (1) și (2) și art. 8 alin. (1)) privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante și a Directivei 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale.

În cauză, contestatorul susține că prin clauzele supuse atenției, autoritatea contractantă nu se aliază prevederilor actelor normative mai sus enunțate, măbind riscul neîndeplinirii contractului, în condițiile în care ar putea exista întârzieri în plată. Prin urmare, consideră că prin menținerea clauzelor, contractul comportă riscul ca executantul să nu-și primească banii investiți în lucrare, în cazul în care aceștia nu se vor vira de la buget.

Mai mult, contestatorul învederează faptul că actele normative anterior enunțate, au tocmai scopul de a disciplina contractanții, inclusiv autoritățile contractante în combaterea întârzierii în execuția obligațiilor de plată a sumelor de bani rezultând din contractele de achiziție publică, impunându-le termene stricte/certe de plată, inclusiv suportarea de penalități în caz de neplată la scadență.

Referitor la mențiunile din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract care condiționează plata prețului contractului de încasările de la Buget, respectiv de acțiunea/inacțiunea unui terț față de raportul contractual dintre Achizitor și Executant, contestatorul arată că practica este unitară cu privire la nelegalitatea acestor mențiuni, înțelegând să invoce în acest sens și o serie de Decizii pronunțate de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor care, în opinia sa, prezintă relevanță pentru soluționarea criticilor sale.

2. Referitor la nelegalitatea prevederilor din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract, parte integrantă a documentație de atribuire, cu privire la stabilirea unui termen de plată a facturilor de 12 luni, precum și a prevederilor care stabilesc termene de plată contradictorii, sunt formulate următoarele critici:

Analizând art. 19.1, art. 19.2, art. 19.5 alin. (2) și (3) din modelul de contract, precum și punctul III.1.2 din fișa de date a achiziției, rezultă, potrivit contestatorului, două termene de plată distincte: unul de 12 luni și unul de 30 de zile/lunar, aspecte contradictorii ce fac imposibilă cunoașterea de către părți a drepturilor și obligațiilor contractuale.

Mai mult, se arată că inclusiv prin aplicarea regulilor de interpretare a contractelor prevăzute de art. 1266 - 1269 din Codul civil nu s-ar putea cunoaște voința concordantă a părților, respectiv întinderea drepturilor și obligațiilor părților în contextul reglementării a două termene contrare de plată. Or, aceste aspecte sunt esențiale, vizând obligația principală a achizitorului, respectiv aceea de plată a prețului contractului, termenele și condițiile efectuării plăților.

De asemenea, contestatorul susține că nu se înțelege dacă facturile se vor emite lunar în baza situațiilor de lucrări lunare sau va fi o singură factură aferentă lucrărilor desfășurate pe parcursul a 12 luni. Indiferent de interpretarea dată articolelor, contestatorul apreciază că acestea sunt nelegale întrucât, în ipoteza în care s-ar interpreta că se va emite o singură factură după recepția parțială a lucrărilor executate pe parcursul a 12 luni, clauzele încalcă prevederile Codului Fiscal (art. 155 alin. (15)) cu privire la obligația de emitere a facturilor aferente lucrărilor executate/serviciilor prestate, precum și cu privire la obligația de achitare a TVA-ului lunar și a impozitului pe profit trimestrial.

Facturarea lunară a situațiilor de lucrări este obligatorie pentru a fi plătit TVA-ul lunar și impozitul pe profit trimestrial (art. 134 alin. (2) și (3) și art. 157 alin. (1) din Codul fiscal).

Inclusiv la art. 19.8 din modelul de contract se menționează obligația executantului de achitare a TVA-ului, obligație ce nu poate fi îndeplinită în ipoteza unui termen de plată de 12 luni sau a emiterii unei facturi aferente lucrărilor executate pe parcursul a 12 luni.

Pe de altă parte, în ipoteza în care s-ar interpreta că se vor emite facturi lunar (în baza situațiilor de lucrări corespunzătoare), al căror termen de plată este de 12 luni, potrivit contestatorului, clauzele ar reprezenta o încălcare a prevederilor Legii nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante și a Directivei 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale.

Așadar, se arată că prin clauzele supuse atenției, autoritatea contractantă nu se aliniaza prevederilor actelor normative mai sus enunțate, mărin d riscul neîndeplinirii contractului, prin stabilirea unui termen de plată nelegal.

În susținerea afirmațiilor sale, contestatorul face trimitere la prevederile art. 6 alin. (1) și (2) coroborat cu art. 8 alin. (1) din Legea 72/2013, potrivit cărora termenul de plată trebuie să fie de maxim 30 de zile. Mai mult, subliniază faptul că modul echivoc de formulare a clauzelor cu privire la termenul de plată reprezintă totodată, o încălcare a prevederilor art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Pentru motivele mai sus menționate, contestatoarea apreciază că se impune stabilirea în mod neechivoc a unui termen de plată care să respecte prevederile Legii nr. 72/2013, eliminarea clauzelor care reglementează ipoteza unui termen de plată de 12 luni și a oricăror mențiuni care ar comporta interpretarea că emiterea facturilor aferente

situațiilor lunare de lucrări s-ar efectua la intervale mai mari decât cele prevăzute în Codul fiscal.

3. Referitor la nelegalitatea prevederilor din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract, parte integrantă a documentației de atribuire, cu privire la asigurarea finanțării lucrărilor de către executant pe întreaga durată a contractului și cu privire la executarea în întregime a garanției de bună execuție în cazul stagnerii lucrărilor din cauza nefinanțării din partea executantului, sunt formulate următoarele critici:

Potrivit contestatorului, sunt nelegale prevederile art. 10.14 din modelul de contract, potrivit cărora *„Executantul are obligația de a asigura finanțarea lucrării pe întreaga durată a contractului. În cazul stagnerii lucrărilor din cauza nefinanțării din partea executantului, contractul se consideră de drept reziliat, autoritatea contractantă reținând garanția de bună execuție”*, acestea reprezentând o încălcare a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică menționate la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, și anume a principiului asumării răspunderii și a principiului proporționalității în condițiile în care în contract sunt stabilite obligații în sarcina executantului de executare a contractului cu respectarea termenului de finalizare prevăzut în graficul de execuție lucrări, fără ca Achizitorul să-și asume un termen de plată aliniat prevederilor legale.

Mai mult, contestatorul consideră clauza abuzivă în contextul în care nu numai că se pretinde finanțarea de către executant a execuției lucrărilor, dar se stabilește inclusiv o sancțiune în sensul executării în întregime a garanției de bună execuție în caz de stagnare a lucrărilor din cauza nefinanțării lor de către executant.

În opinia contestatoarei, executarea garanției de bună execuție este excesiv oneroasă, cu atât mai mult cu cât achizitorul poate oricum solicita la plată prejudiciul efectiv suferit din culpa executantului (art. 1533 din Codul civil).

Totodată, contestatorul susține că se creează un evident dezechilibru contractual între obligațiile ce revin executantului și achizitorului, în contextul în care, pe lângă faptul că se pretinde finanțarea contractului de către executant pe toată durata de executare a acestuia, se statuează și măsuri de sancționare în caz de nefinanțare a lucrărilor de către executant.

De asemenea, apreciază că executarea garanției de bună execuție este abuzivă și ar putea depăși cu mult valoarea prejudiciului efectiv suferit de către achizitor în cazul reglementat la art. 10.14. fapt ce reprezintă o îmbogățire fără justă cauză din partea achizitorului (art. 12 din Legea nr. 72/2013).

În acest context, contestatoarea susține că este nelegală clauza și încalcă principiul de drept al reciprocității și interdependenței obligațiilor în contractele sinalagmatice, în opinia sa, clauza fiind nerezonabilă și disproporționată și în raport cu practica de piață (Capitolul IV, punctul 5 din Ordinul nr. 543/2013 de adoptare a ghidului privind principalele

riscuri identificate în domeniul achizițiilor publice și recomandările Comisiei Europene).

De altfel, contestatoarea arată că nu există nicio mențiune în cuprinsul clauzei cu privire la situația facturării de către executant a lucrărilor executate și care ar trebui autofinanțate pe toată durata de desfășurare a contractului (cum vor fi facturate situațiile de lucrări, la ce intervale, cum se va achita TVA-ul lunar/impozitul pe profit trimestrial, cum se va reglementa din punct de vedere contabil finanțarea contractului de către executant).

În ipoteza în care s-ar pretinde facturarea la finalul duratei contractului, contestatoarea susține că s-ar încălca prevederile de la art. 155 alin. (15) din Codul fiscal privind obligație de facturare lunară și prevederile Legii nr. 72/2013 (art. 6 și art. 8), precum și cele ale Directivei 2011/7/UE privind stabilirea unor termene de plată de maxim 30 de zile (luând în considerare tipul de contract în discuție).

Din coroborarea articolelor mai sus enunțate, rezultă că executantul trebuie să emită lunar facturile aferente situațiilor de lucrări, iar plata acestora trebuie efectuată în maxim 30 de zile de la primirea facturilor de către Achizitor.

Astfel, apreciază contestatorul, nu este posibilă susținerea doar de către executant a execuției lucrărilor pe toată perioada contractului fiind necesară facturarea lunară a situațiilor de lucrări pentru a fi plătit TVA-ul lunar și impozitul pe profit trimestrial. De asemenea, în contextul facturării, acestea trebuie achitate în termenul prevăzut de Legea nr. 72/2013.

4. Referitor la nelegalitatea prevederilor din documentația de atribuire, respectiv fișa de date și modelul de contract, care prevăd durate contradictorii ale execuției contractului, de maxim 12 luni, respectiv 24 de luni, exclusiv perioada de garanție, contestatorul formulează următoarele critici:

Potrivit punctului II. 3, punctului IV.2.1 Criterii de atribuire - criteriul 3, punctului VI.3 din fișa de date a achiziției și art. 19.1 din modelul de contract, autoritatea contractantă a stabilit durate contradictorii ale execuției contractului, de maxim 12 luni, respectiv 24 de luni, exclusiv perioada de garanție.

În aceste condiții, contestatoarea consideră că se impune clarificarea mențiunilor cu privire la durata de execuție a lucrărilor.

5. Referitor la nelegalitatea prevederilor din documentația de atribuire, respectiv modelul de contract, care stabilesc un termen de grație de la împlinirea căruia încep să curgă penalitățile de întârziere la plată, contestatoarea apreciază că stabilirea unui termen de grație de 28 de zile de la împlinirea căruia încep să curgă penalitățile de întârziere la plată (art. 12.2 din modelul de contract) reprezintă o încălcare a prevederilor art. 8 alin. (2) din Legea nr. 72/2013, precum și ale art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din OUG nr. 34/2006, în contextul în care în cazul penalităților de întârziere aplicabile executantului pentru întârziere în execuția obligațiilor contractuale nu este stipulat un termen de grație de la care acestea încep să curgă.

6. Referitor la nelegalitatea prevederilor din documentația de atribuire, respectiv modelul de contract, care condiționează emiterea facturilor aferente lucrărilor executate de recepția parțială a lucrărilor, contestatorul consideră nelegale prevederile art. 19.5 alin. (2) din modelul de contract, ce condiționează emiterea facturilor de recepția parțială a lucrărilor, precizând că emiterea/plata facturilor și recepția lucrărilor sunt etape distincte în cursul derulării unui contract de execuție lucrări, nefiind condiționate una de cealaltă.

Astfel, se arată că recepția lucrărilor are ca efecte/scop preluarea lucrărilor de către achizitor (inclusiv a răspunderii cu privire la acestea), precum și începerea perioadei de garanție a lucrărilor, iar procedura de desfășurare a acesteia implică respectarea prevederilor/procedurii prevăzute de HG nr. 273/1994 privind Regulamentul de recepție a lucrărilor de construcții și instalații aferente acestora.

Or, în opinia contestatorului, aceste efecte nu au nicio legătură cu nașterea în patrimoniul achizitorului a obligației de plată a lucrărilor cuprinse în situația de lucrări, în baza facturilor, facturarea vizând operațiunea contabilă de întocmire a documentelor în baza cărora se efectuează plățile.

De altfel, se arată că emiterea facturilor este condiționată de aprobarea situațiilor de lucrări/plată de către achizitor, operațiune care se va efectua, conform art. 19.5 alin. (2) din contract, în termen de 10 zile de la depunerea acestora la achizitor.

În plus, menționează contestatorul, este obligatorie emiterea facturilor conform dispozițiilor art. 155 alin. (15) din Codul fiscal, respectiv cel târziu până în cea de-a 15-a zi a lunii următoare celei în care ia naștere faptul generator al taxei, pentru a fi plătit TVA-ul lunar și impozitul pe profit trimestrial.

În acest context, pentru respectarea principiului interdependenței și reciprocității obligațiilor contractuale ale părților, contestatoarea susține că nu se poate condiționa plata facturilor de recepția parțială a lucrărilor în contextul în care este vorba de două etape diferite în execuția lucrărilor.

7. Referitor la caracterul disproporționat în raport cu practicile de piață al prevederilor din documentația de atribuire, respectiv fișa de date, care stabilesc obligația executantului de a demonstra că la momentul semnării contractului va avea acces sau va dispune de resurse reale, negrevate de datorii sau are acces la lichidități, linii de credit sau la alte instrumente financiare în valoare de minimum: 500.000 lei pentru o perioadă de 6 luni/12 luni (punctul III.2.2, respectiv punctul VI.3 din fișa de date a achiziției) contestatorul învederează următoarele:

Pe de o parte, arată că există o neconcordanță între perioada de valabilitate pentru cash flow stabilită la punctul III 2.2 din fișa de date (6 luni) și perioada de valabilitate pentru cash flow stabilită la punctul VI 3) din fișa de date, aspect necesar a fi clarificat.

Pe de altă parte, apreciază că această cerință este disproporționată, nerezonabilă și în dezacord cu practica de piață, fiind de natură a exclude de la participare operatori economici serioși.

În acest sens, contestatorul subliniază faptul că practica de piață este în sensul stabilirii unei perioade de susținere cu cash-flow de aproximativ 2, 3 luni, față de 6/12 luni cât se solicită în prezent de către autoritatea contractantă.

Mai mult, se arată că disproporția este vădită având ca efect, pe lângă dezechilibrul contractual, și o reducere în mod artificial a concurenței prin retragerea din competiție a operatorilor economici, fiind astfel încălcate principiile care stau la baza achizițiilor publice reglementate de art. 2 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006.

De asemenea, în susținerea afirmațiilor sale, contestatorul face trimitere și la prevederile de la Capitolul IV punctul 5 din Ordinul 543/2013 de adoptare a ghidului privind principalele riscuri identificate în domeniul achizițiilor publice și recomandările Comisiei Europene.

Pentru motivele mai sus enunțate, contestația apreciază că se impune modificarea prevederilor din fișa de date a achiziției în sensul diminuării perioadei de valabilitate a documentelor care dovedesc cash-flow-ul/susținerea cu cash-flow, astfel încât să fie aliniată practicii de piață în materie (aproximativ 3 luni).

Pe cale de consecință, contestația solicită Consiliu să admită contestația și să dispună măsuri de remediere constând din obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire și a modelului de contract conform celor supuse atenției. În măsura în care la data soluționării prezentei contestații nu se vor putea dispune măsuri de remediere pe motiv că ofertele ar fi deschise, contestația solicită anularea procedurii de atribuire.

Pentru motivarea în drept a contestației, autoarea acesteia invocă dispozițiile art. 255 și următoarele din OUG nr. 34/2006, precum și celelalte dispoziții legale la care s-a făcut trimitere în cuprinsul contestației.

Prin adresa nr. 2275/25.09.2015 înregistrată la Consiliu sub nr. 18933/02.10.2015, ... (... JUD ...), în calitate de autoritate contractantă, a comunicat un punct de vedere cu privire la criticile din cuprinsul contestației, solicitând respingerea acestora ca neîntemeiate.

1. Referitor la solicitarea de a se constata că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract, parte integrantă din documentația de atribuire, cu privire la condiționarea respectării termenului de plată de către Achizitor de alocările bugetare cât și cu privire la solicitarea de a se constata că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract, parte integrantă din documentația de atribuire, referitor la stabilirea unui termen de plată al facturilor de 12 luni, precum prevederile care stabilesc termene contradictorii de plată, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

Potrivit contractului de finanțare încheiat cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice în cadrul Programului Național de Dezvoltare Locală - Subprogramul „Modernizarea satului românesc” Domeniul construirea/modernizarea/ reabilitarea drumurilor publice clasificate și încadrate în conformitate cu prevederile legale în vigoare ca

drumuri județene, drumuri de interes local, respectiv drumuri comunale și/sau drumuri publice din interiorul localităților (al cărui beneficiar este), „transferul fondurilor de la Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice către beneficiar se va face în conformitate cu prevederile OUG nr. 28/2013 și a Normelor Metodologice pentru punerea în aplicare a prevederilor OUG nr. 28/2013”.

De asemenea, se menționează că „pentru alocarea sumelor de la bugetul de stat (...) beneficiarul procedează după cum urmează (...) solicită în scris Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice (...) solicitarea va fi însoțită de centralizatorul situațiilor de lucrări executate, întocmit în baza situațiilor de lucrări verificate și asumate de executant, dirigintele de șantier și beneficiar, precum și o copie conform cu originalul a facturilor emise și nedecontate (...)”.

Totodată, se arată că durata contractului de finanțare este „în funcție de alocațiile bugetare anuale, pentru finalizarea obiectivului de investiții urmează a se încheia noi contracte de finanțare, aferente eşalonării anuale a contribuției de la bugetul de stat”, la Capitolul V punctul 3 din contract precizându-se că „obiectivul de investiții urmează a se finanța eşalonat, pe ani, în funcție de alocațiile bugetare anuale, până la finalizarea sa, inclusiv punerea în funcțiune, după caz, în maximum 3 ani de la semnarea contractului”.

Având în vedere aceste prevederi din contractul de finanțare, luând în considerare și dispozițiile OUG nr. 28/2013, dispozițiile normelor metodologice de aplicare, dar și legile privind execuția bugetară, autoritatea contractantă precizează că a stabilit că prezentul contract este un contract multianual cu o perioadă de derulare de 24 de luni (contractul de finanțare fiind semnat în anul 2014 și deci valabil până în 2017, procedura de achiziție fiind lansată în 2015 - rămânând așadar 24 de luni, termen până la care investiția trebuie finalizată în întregime).

De asemenea, având în vedere graficul de execuție a lucrării prezentat de proiectant în Proiectul tehnic, dar și complexitatea lucrării, autoritatea contractantă a apreciat că un termen rezonabil de execuție este de maxim 12 luni (acesta este un termen efectiv de execuție în care nu sunt incluse eventualele pauze generate de condițiile meteo nefavorabile sau de alte chestiuni referitoare la derularea contractului de finanțare).

Dat fiind că, deși există resurse de finanțare - așa cum rezultă din contractul de finanțare amintit - autoritatea contractantă subliniază faptul că nu cunoaște cu exactitate când va putea efectiv dispune de sumele de bani finanțate.

Prin urmare, autoritatea contractantă menționează că s-a prevăzut în modelul de contract faptul că:

„Termenul de plată este de 12 luni, în funcție de alocările bugetare. Achizitorul are obligația de a întocmi și actualiza, după caz, împreună cu executantul, graficele de execuție, atât fizice cât și valorice, anexe la contracte, aferente anului 2015, în funcție de valoarea maximă calculată conform prevederilor legale și alocată prin proiect pentru acest an.

Contractul de execuție lucrări se va derula pe o perioadă de maxim 24 luni conform contract de finanțare, achizitorul, având obligația de a notifica executantului valoarea maximă în limita în care se pot executa lucrări, valoare calculată ca diferență dintre sumele aprobate pentru anul 2015 conform proiect și sumele aferente plăților restante. Achizitorul nu va recepționa lucrări peste valoarea maximă calculată și notificată.

19.2 - Achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termen de 30 zile de la acceptarea facturii de către acesta pe baza situațiilor de lucrări întocmite de executant, verificate și acceptate de achizitor. Situațiile de lucrări vor fi transmise către achizitor cu adresă de înaintare semnate de executant și RTE-ist”.

Potrivit autorității contractante, din aceste prevederi contractuale rezultă că achizitorul va „notifica executantului valoarea maximă în limita în care se pot executa lucrări” și că „nu va recepționa lucrări peste valoarea maximă calculată și notificată”. Se mai arată că pentru aceste lucrări plata se va face conform art. 19.2 din contract în „termen de 30 zile de la acceptarea facturii de către acesta pe baza situațiilor de lucrări întocmite de executant, verificate și acceptate de achizitor”.

Astfel, după semnarea contractelor de finanțare aferente fiecărui an bugetar (conform contract de finanțare), achizitorul va emite ordinul de începere a lucrărilor în care va preciza și valoarea lucrărilor ce se vor executa pentru anul în curs. Autoritatea contractanta învederează faptul că nu are altă posibilitate de finanțare a investiției ce face obiectul prezentului contract - întrucât în cadrul execuției bugetare nu poate aproba din bugetul local sume de bani ce fac deja obiectul unei finanțări de la bugetul de stat.

În acest context, autoritatea contractantă reiterează faptul că prezentul contract este un contract multianual ce se va desfășura pe o perioadă de 24 de luni, iar termenul de plată de 12 luni a avut în vedere perioada cuprinsă între semnarea contractului și o primă decontare și nu termenul de plată a facturii emise, subliniind aspectul că factura emisă în baza acestui contract va fi achitată în 30 de zile - așa cum se arată în mod clar la art. 19.2 din contract.

În opinia autorității contractante, în mod greșit a interpretat contestatoarea dispozițiile contractuale în sensul de a condiționa respectarea termenului de plată de alocările bugetare, condiționarea de alocările bugetare făcând referire la emiterea ordinului de începere a lucrării și la anunțarea valorii maxime a lucrărilor ce urmează a fi executate pentru fiecare an bugetar. Prin urmare, chiar dacă dispozițiile contractului de finanțare au intervenit și produc efecte „intre partes” (respectiv finanțator - beneficiar finanțare/autoritate contractantă), acestea urmează a produce efecte indirecte și în ceea ce privește obligațiile autorității contractante rezultate din contractul de execuție lucrări ce urmează a fi semnat pentru ducerea la îndeplinire a dispozițiilor contractului de finanțare. Autoritatea contractantă, mai arată că, în calitate de beneficiar al finanțării, nu se poate obliga la mai mult decât are (conform contractului de finanțare).

Cât privește certitudinea finanțării, autoritatea contractantă susține că aceasta subzistă, din moment ce are încheiat contractul de finanțare, (în opinia sa art. 94 din HG 925/2006 și punctul de vedere al ANRMAP, invocate de contestator, făcând referire la inițierea unei proceduri pentru care, la data inițierii, nu se cunoaște dacă va exista finanțare sau nu), singurul aspect deosebit în cazul de față fiind acela al faptului că sumele se vor aloca în următorii 2 ani (respectiv, 3 ani de la semnarea contractului de finanțare).

2. Cu privire la solicitarea de a se constata că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract cu privire la asigurarea finanțării lucrărilor de către executant pe întreaga durată a contractului și cu privire la executarea în întregime a garanției de bună execuție în cazul stagnării lucrărilor din cauza nefinanțării de către executant, autoritatea contractantă precizează că, potrivit prevederilor art. 10.14 din contract, decontarea sumelor de bani din contractul de lucrări se va face după emiterea facturilor aferente situațiilor de lucrări aprobate de beneficiar (în conformitate cu dispozițiile art. 19.4 și 19.5 din contract).

Prin urmare, subliniază autoritatea contractantă, până la emiterea fiecărei facturi în parte și decontarea acesteia, lucrarea este practic finanțată de executant.

De altfel autoritatea contractantă arată că, în cuprinsul documentației de atribuire și în modelul de contract, a stabilit faptul că achizitorul nu oferă avans (neavând posibilitatea să ofere avans), fiind evident, așadar, că finanțarea se va face de către executant pentru fiecare situație de lucrări în parte, executând lucrarea din fonduri proprii până la întocmirea unei situații de lucrări și aprobarea acesteia de beneficiar în condițiile contractului.

Pe de altă parte, dispoziția cu privire la executarea garanției de bună execuție nu face referire la executarea în întregime a acesteia - așa cum indică contestatoarea. În opinia autorității contractante, posibilitatea executării acestei garanții este întemeiata atât timp cât, neasigurând resursele financiare pentru buna desfășurare a contractului, executantul s-ar afla în culpă pentru întârzierile în finalizarea lucrării.

În ceea ce privește invocarea dispozițiilor art. 155 alin. (15) din Codul fiscal și concluzia că facturarea trebuie făcută lunar, autoritatea contractantă consideră că aceste susțineri sunt lipsite de temei legal.

În acest sens, autoritatea precizează că în cazul de față (și nu numai, în cazul facturilor aferente lucrărilor executate), faptul generator al taxei îl reprezintă finalizarea unor lucrări conforme (parțial sau total) și nu o execuție oarecare a cărei situație de lucrări beneficiarul poate nici să nu o aprobe (de exemplu, dacă lucrările sunt neconforme). Astfel, obligația de a emite factura se naște cel târziu până la cea de-a 15-a zi a lunii următoare celei în care au fost aprobate situațiile de lucrări de către beneficiar.

3. În referire la solicitarea de a se constata că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv din fișa de date a achiziției și modelul de contract care prevăd durate contradictorii de

execuție a contractului, de maxim 12 luni, respectiv 24 de luni, exclusiv perioada de garanție, autoritatea contractantă, invocă din nou neînțelegerea contestatorului, reiterând în acest sens faptul că 12 luni este o durată maximă efectivă de execuție, iar 24 de luni este perioada de derulare a contractului - reprezentând durata efectivă de execuție și pauze din execuție (marcate de ordinele de sistare). Mai arată că anunțarea duratei de 24 de luni s-a făcut pentru a avertiza ofertanții că acest contract este un contract cu finanțare multianuală ce se va desfășura pe parcursul a următoarelor 24 de luni. De asemenea, autoritatea precizează faptul că perioada de garanție nu este inclusă în prima durată (de 12 luni execuție) în schimb se poate suprapune (parțial/integral) cu cea de 24 de luni reprezentând durata de derulare a contractului.

4. În ceea ce privește solicitarea de a se constata că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract care stabilesc un termen de grație de la împlinirea căruia încep să curgă penalitățile de întârziere la plată, autoritatea contractantă menționează că termenul de grație este prevăzut la art. 12.2 din contract: *„În cazul în care achizitorul nu își onorează obligațiile în termen de 28 de zile de la expirarea perioadei convenite, atunci acestuia îi revine obligația de a plăti, ca penalități, o sumă echivalentă cu 0,04% din plata neefectuată pentru fiecare zi de întârziere până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor”*.

Având în vedere că termenul de plată a facturilor este de 30 de zile conform art. 19.2, iar în baza dispozițiilor art. 6 și 7 din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante – autoritatea contractantă menționează că, pentru cazuri întemeiate, poate stabili termene de plată de 60 de zile, drept pentru care consideră că termenul de grație prevăzut de cele două articole se încadrează în dispozițiile legale.

Mai mult, având în vedere că autoritățile publice pot face plăți doar în perioada 24-31 ale lunii - conform normelor fiscale în vigoare – autoritatea contractantă consideră că aceste termene sunt necesar a fi prevăzute în prezentul contract întrucât în situația în care facturile ar fi emise într-o perioadă a lunii ce nu permite onorarea lor în 30 de zile, este normal ca autoritatea contractantă să aibă răgaz pentru a-și onora obligația de plată născută în sarcina sa. De altfel, susține autoritatea, acest termen de grație este un termen rezonabil nefiind de natură a aduce prejudicii executantului.

5. Referitor la solicitarea de a se constata că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract care condiționează emiterea facturilor aferente lucrărilor executate de recepția parțială a lucrărilor, autoritatea contractantă arată că factura fiscală reprezintă un document ce confirmă faptul că lucrările cuprinse în acea factura sunt efectiv executate. La momentul emiterii facturii fiscale se naște practic obligația de plată a beneficiarului, ori

această obligație este corelată cu obligația executantului de a-și executa obligațiile conform contractului. Astfel, precizează autoritatea, doar după executarea obligațiilor contractuale de către executant și semnarea situațiilor de lucrări (care demonstrează că obligația de execuție a lucrărilor a avut loc și că aceste lucrări sunt conforme celor solicitate prin contract) se poate emite factura fiscală. Prin urmare, autoritatea contractantă consideră ca fiind evident că facturile vor fi emise doar după recepția unor lucrări executate.

6. În ceea ce privește solicitarea de a se constata că sunt nelegale și disproporționate în raport cu practicile de piață prevederile din documentația de atribuire, respectiv din fișa de date a achiziției care stabilesc obligația executantului de a demonstra că la momentul semnării contractului va avea acces sau va dispune de resurse reale, negrevate de datorii sau are acces la lichidități, linii de credit sau alte instrumente financiare în valoare de minimum 500.000 lei pentru o perioadă de 6 luni (caracterul disproporționat vizează perioada de 6 luni), și solicitarea de a se constata că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv din fișa de date care prevăd perioade diferite de valabilitate pentru cash-flow, autoritatea contractantă consideră că acesta este un termen rezonabil cuprins între emiterea ordinului de începere și decontarea unei prime plăți conform contractului de lucrări. Mai mult, arată că aceasta este perioada pentru care ofertanții vor face dovada că dispun de lichidități pe care urmează să le indisponibilizeze pentru acest contract pentru o perioadă de 6 luni, urmând ca după prima plată, aceștia să susțină în continuare financiar lucrarea din această prima sumă decontată.

În opinia autorității contractante, cerința este proporțională, cash-flow-ul fiind calculat conform formulei: valoare estimată/perioadă derulare contract) x perioada solicitata de autoritatea contractantă = S, S= suma sau plafon maxim impus.

Totodată, autoritatea contractantă consideră că cerința este necesară, având în vedere fluxul financiar de derulare al proiectului de investiție și modalitatea prin care este finanțată lucrarea.

Cu privire la inadvertența dintre Capitolul III.2.3. al fișei de date și Capitolul VI.3. Informații suplimentare, autoritatea contractantă face precizarea că aceasta se datorează unei erori materiale – eroare pe care o va corecta printr-o notă de clarificări, prioritate având cele menționate atât în documentație cât și în anunțul inițial, respectiv o perioadă de 6 luni pentru cash-flow.

Față de cele expuse mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată.

Prin adresa nr. 2739/30.09.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 18796/30.09.2015, contestatorul a formulat un răspuns la punctul de vedere comunicat de autoritatea contractantă solicitând respingerea ca neîntemeiate a apărărilor formulate de aceasta având în vedere următoarele:

1. Faptul că autoritatea contractantă este beneficiara unui contract de finanțare încheiat cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației

Publice este un aspect care vizează raporturile dintre autoritatea contractantă și instituția publică anterior menționată, executantul fiind terț față de aceste raporturi. Mai mult, se arată că autoritatea contractantă are personalitate juridică, are dreptul de a încheia contracte cu terții, sens în care își asumă implicit drepturile și obligațiile izvorâte din acestea.

Apreciind relevante în cauză dispozițiile art. 193 alin. (1) și art. 1280 din Noul cod civil, contestatorul consideră că nu pot fi opuse executantului raporturile juridice născute din contractul de finanțare față de care executantul are calitatea de terț.

Invocând din nou practica CNSC, contestatorul subliniază faptul că autoritatea contractantă are obligația de a stabili în contract un termen de plată concret și asumat, cu respectarea prevederilor Legii nr. 72/2013 în vederea transpunerii directivei privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale la a cărei adoptare s-a avut în vedere însăși înlăturarea plății cu întârziere a facturilor, fapt care poate afecta competitivitatea și rentabilitatea întreprinderilor și nu se poate admite ca autoritatea contractantă să poată considera că este înlăturată obligația sa de a respecta dispozițiile legale pe motiv că plata sumelor către executant depinde de transferul acestor sume de la buget.

Astfel, chiar dacă sursa de finanțare este sigură, iar virarea sumelor către autoritatea contractantă este o chestiune ce ține de contabilitatea autorităților publice, factorul timp pe care îl implică transferul sumelor sau eventualele întârzieri în transfer nu poate fi asumat de către Executant și nici nu reprezintă o justificare ca achizitorul să condiționeze respectarea termenului contractual de plată de acțiunea unui terț, eludând astfel prevederile imperative ale Legii nr. 72/2013.

Referitor la susținerile autorității contractante cu privire la acest aspect, contestatorul subliniază faptul că aceasta a făcut o analiză selectivă a criticilor de la punctul 1) din contestația sa, ignorând mențiunile clare de la art. 19.1, 19.5 alin. (3) potrivit cărora plata este în funcție de alocările bugetare. Or, tocmai această mențiune este criticată și nu se poate regăsi în contractul de achiziție publică pentru motivele mai sus enunțate, precum și pentru cele dezvoltate pe larg în contestația formulată.

Potrivit contestatorului, din cuprinsul articolelor criticate nu rezultă ceea ce afirmă autoritatea contractantă, respectiv că emiterea ordinului de începere a lucrărilor este în funcție de alocările bugetare, articolele făcând în mod clar și neechivoc trimitere la termenul de plată/plata sumelor (art. 19.1 și 19.5 alin. (3)), acestea referindu-se la condiționarea termenul de plată de alocările bugetare și nu la condiționarea emiterii ordinului de începere a lucrărilor de aceste alocări. În plus, arată contestatorul, chiar și această ipoteză prezentată de către autoritatea contractantă nu poate fi primită pentru aceleași motive, respectiv nu pot fi opuse executantului raporturile născute din contractul de finanțare, față de care are calitatea de terț.

Mai mult, potrivit art. 13.2 din Contract emiterea ordinului de începere a lucrărilor este condiționată de constituirea de către executant

a garanției de bună execuție, neexistând nicio mențiune de natura celei invocate de către autoritatea contractantă.

În privința mențiunilor potrivit cărora contractul de finanțare ar produce efecte indirecte asupra obligațiilor autorității contractante rezultate din contractul de execuție lucrări, contestatorul arată că nici aceste critici nu pot fi primite în considerarea principiului de drept *res inter alios acta.*, având în vedere că efectele contractului de finanțare față de autoritatea contractantă nu pot să îmbrace forma unei clauze contractuale echivoce cu executantul, prin care nu se asumă un termen de plată concret, încălcându-se implicit dreptul executantului de a solicita la plată eventuale penalități de întârziere.

Astfel, contestatorul apreciază că asumarea răspunderii cu privire la obligația principală a achizitorului, de plată a prețului contractului într-un termen de plată stabilit conform prevederilor legale, este transferată în mod abuziv executantului, care nu numai că nu poate să solicite la plată sumele pe motiv că termenul de plată este condiționat de alocările bugetare, dar nici nu poate calcula la plată penalități de întârziere, termenul de plată fiind afectat de o acțiune a unui terț. În plus, executantul nu are controlul virării sumelor de la bugetul de stat către autoritatea contractantă.

Tot în susținerea afirmațiilor sale, contestatorul arată că prin intrarea în vigoare a Legii nr. 72/2013 s-a avut în vedere tocmai înlăturarea întârzierii la plata facturilor, fapt care poate afecta derularea în bune condiții a contractelor, motiv pentru care autoritatea contractantă nu poate invoca, în nerespectarea dispozițiilor actului normativ, faptul că finanțarea contractului este asigurată în baza contractului de finanțare.

Prin modul în care s-a stabilit termenul de plată a facturilor (chiar și în ipoteza în care condiționarea ar privi emiterea ordinului de începere a lucrărilor), contestatorul consideră că autoritatea contractantă încalcă dispozițiile art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, respectiv principiul asumării răspunderii, cât și principiul proporționalității, având în vedere că executantul are obligația de a respecta termenul de execuție prevăzut în graficul de execuție, fără ca, în calitate de beneficiar, autoritatea contractantă să își asume un termen de plată concret/un termen de emisie a ordinului de începere a lucrărilor concret, acesta fiind condiționat de acțiunea/inacțiunea unui terț, respectiv Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, care nu va fi parte în contractul ce face obiectul prezentei proceduri de achiziție.

De asemenea, contestatorul face trimitere și la dispozițiile art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, având în vedere că acest contract ce urmează a fi încheiat face parte din documentația de atribuire, iar prin el trebuie să se stabilească, în mod concret, condițiile contractuale, inclusiv termene, cum este cel de plată a facturilor sau termenul de emisie a ordinului de începere a lucrărilor.

Or, potrivit contestatorului, nu pot fi stabilite termene de plată echivoce, termene care sunt condiționate de evenimente ce nu pot fi prevăzute, pe de o parte, iar pe de altă parte, stabilirea unui termen de

plată a facturilor, sub condiție, conduce la imposibilitatea stabilirii unei date de la care încep să curgă penalități de întârziere pentru neplata.

Prin urmare, contestatorul consideră că se impune eliminarea din conținutul articolelor în discuție a prevederilor care condiționează respectarea termenului de plată de alocările de la buget, inclusiv în situația în care condiționarea s-ar referi la termenul de emitere a ordinului de începere a lucrărilor.

2. Referitor la apărările aduse de autoritate criticilor cuprinse la punctul 2 din contestație, se arată că deși autoritatea contractantă afirmă că nu ar fi vorba de două termene de plată, ci de unul singur de 30 de zile, iar termenul de 12 luni ar reprezenta perioada cuprinsă între semnarea contractului și o primă decontare, din modul de formulare al art. 19.1 rezultă în mod neechivoc că este vorba de un termen de plată de 12 luni, fapt ce este în contradicție cu mențiunile de la art. 19.2, 19.5 alin. 2 și 3 potrivit cărora plata se face lunar în termen de 30 de zile de la emiterea facturilor.

În plus, chiar achizitorul afirmă că o primă decontare se va efectua la un interval de 12 luni de la data semnării contractului, fără a preciza în schimb când și în ce condiții se vor emite facturile aferente lucrărilor executate în intervalul de 12 luni mai sus enunțat.

Reiterând cele cuprinse în contestație, cu privire la acest aspect, contestatorul arată că, pe lângă articolele invocate, sunt încălcate și dispozițiile art. 6 alin. (3) din Legea nr. 72/2013, astfel că se impune stabilirea în mod neechivoc a unui termen de plată care să respecte prevederile Legii nr. 72/2013, eliminarea clauzelor care reglementează ipoteza unui termen de plată de 12 luni și a oricăror mențiuni care ar comporta interpretarea că emiterea facturilor aferente situațiilor lunare de lucrări s-ar efectua la intervale mai mari decât cele prevăzute în Codul Fiscal.

3. Cu privire la netemeinicia apărărilor autorității contractante referitoare la criticile cuprinse la punctul 3 din contestație, contestatorul arată că deși autoritatea contractantă afirmă că, în realitate, articolul ar viza finanțarea lucrării din fonduri proprii până la întocmirea fiecărei situații de lucrări în parte, din cuprinsul articolului 10.14 nu rezultă acest aspect, ci că este vorba de o finanțare pe întreg contractul la finalul căruia se va emite factura, în baza recepției lucrărilor. Acest fapt rezultă din coroborarea art. 10.14 cu art. 19.1 (care stabilește că plata se va efectua după 12 luni) și cu art. 19.5 alin. 2 (care stabilește că facturarea este condiționată de recepția lucrărilor).

Pe cale de consecință, contestatorul consideră că nu este vorba de o susținere periodică a contractului, corespunzător fiecărei situații de lucrări, ci de o susținere pe toată durata contractului, executantul urmând să fie plătit după 12 luni de la data la care a început execuția lucrărilor, situație ce rezultă inclusiv din afirmațiile autorității din cuprinsul punctului de vedere, respectiv „*termenul de plată de 12 luni a avut în vedere perioada cuprinsă între semnarea contractului și o primă decontare (...)*”.

Astfel, apreciază contestatorul, este evident că ceea ce se dorește este executarea contractului cu fondurile executantului, plata urmând să se efectueze la finalul execuției, după recepția lucrărilor și în funcție de alocările bugetare. Chiar dacă s-ar transmite situații de lucrări lunare spre aprobare acestea nu vor putea fi facturate și plătite decât după 12 luni de la data semnării contractului, termen care este oricum incert având în vedere că este condiționat de alocările bugetare.

Or, o astfel de clauză este excesiv de oneroasă și încalcă principiul asumării răspunderii și proporționalității în condițiile în care în contract sunt stabilite obligații în sarcina executantului de executare a contractului cu respectarea termenului de finalizare prevăzut în graficul de execuție lucrări, fără ca achizitorul să-și asume un termen de plată aliniat prevederilor legale.

Referitor la încălcarea prevederilor de la art. 155 alin. 15 din Codul Fiscal privind obligația de facturare lunară și prevederile Legii 72/2013 (art. 6 și 8), respectiv ale Directivei 2011/7/UE privind stabilirea unor termene de plată de maxim 30 de zile (luând în considerare tipul de contract în discuție), se arată că autoritatea contractantă înseși afirmă că obligația de a emite factura se naște cel târziu până la cea de a 15 zi a lunii următoare celei în care au fost aprobate situațiile de lucrări de către beneficiar (a se vedea pagina 7, paragraful 2 din Punctul de vedere al autorității).

Or, subliniază contestatorul, situațiile de lucrări se emit lunar, sens în care și facturarea și plata trebuie să se efectueze lunar, însă, conform art. 10.14 coroborat cu art. 19.1 și 19.5 alin. 2 facturarea se va face după execuția lucrărilor în decursul a 12 luni, condiționat de recepția lucrărilor, fapt ce reprezintă o încălcare a prevederilor mai sus enunțate.

În ceea ce privește afirmațiile autorității potrivit cărora clauza 10.14 nu face referire la executarea în întregime a garanției de bună execuție în caz de stagnare a lucrărilor din cauza nefinanțării acestora de către executant, contestatorul arată că acestea sunt neîntemeiate în contextul în care art. 10.14 nu cuprinde nicio mențiune cu privire la o eventuală executare în parte a garanției. Articolul este de natură a permite beneficiarului să execute în integralitate garanția, indiferent de motivul pentru care executantul nu mai susține finanțarea, motiv care ar putea fi imputabil chiar autorității contractante.

Potrivit contestatorului, o astfel de clauză este abuzivă (art. 12 din Legea nr. 72/2013) în contextul în care nu numai că se pretinde finanțarea de către executant a execuției lucrărilor pe o perioadă de 12 luni fără a se efectua vreo plată executantului în tot acest interval, dar se stabilește și o sancțiune oneroasă pentru executant. Disproporția și inechitatea obligației prevăzute la art. 10.14 este vădită și trebuie înlăturată pentru restabilirea echilibrului contractual.

4. Referitor la netemeinicia criticilor formulate de către autoritatea contractantă cu privire la capătul 4 din contestație, se arată că deși autoritatea afirmă că 12 luni reprezintă durata maximă de execuție efectivă, iar 24 de luni este perioada de derulare a contractului compusă

din durata efectivă de execuție și pauze de execuție, aceste mențiuni nu se regăsesc în documentația de atribuire.

De asemenea, în considerarea naturii lucrărilor care fac obiectul contractului, contestatorul apreciază că nu este posibilă execuția în condiții de calitate a lucrărilor dacă se are în vedere sistarea lor periodică, sens în care scopul pentru care a fost inițiată procedura de atribuire nu ar putea fi atins în mod corespunzător, respectiv prin obținerea unor lucrări de calitate.

Astfel, consideră contestatorul, ar trebui avut în vedere în admiterea unor astfel de mențiuni în documentația de atribuire în ce măsura natura lucrărilor care fac obiectul contractului pot fi sistate și ulterior reluate, pentru a nu fi afectată calitatea acestora, respectiv să poată fi respectate normativele tehnice în vigoare în execuția lucrărilor de acest tip.

5. Cu privire la netemeinicia apărărilor autorității contractante referitoare la criticile cuprinse la punctul 5 din contestație, raportat la faptul că Legea nr. 72/2013 permite stabilirea unor termene de plată de 60 de zile, sens în care termenul de grație s-ar încadra în acest termen total de 60 de zile, contestatorul arată că:

a) Pe de o parte, Legea nr. 72/2013 interzice în mod expres stabilirea unui termen de grație de la împlinirea căruia să înceapă să curgă penalitățile - 8 alin. (2) din Legea nr. 72/2013, potrivit căreia „*dobânda penalizatoare pentru plata cu întârziere curge de la termenul stipulat în contract (...)*”.

b) Pe de altă parte, în contract nu s-a stabilit un termen de plată de 60 de zile și nici nu s-ar putea afirma că atâta timp cât un termen de plată ar fi mai mic de 60 de zile se permite stabilirea unui termen de grație. Excepția stabilirii unui termen de plată la 60 de zile este de strictă interpretare și aplicare. Or, atâta timp cât art. 6 și 7 din Legea 72/2013 nu includ raționamentul avut în vedere de către autoritatea contractantă, nu pot fi primite apărările avute în vedere de achizitor.

c) Riscul neachitării la termen al facturilor este în patrimoniul achizitorului, sens în care este abuzivă stabilirea unui termen de grație pe motiv că plățile se pot face doar în perioada 24 - 31 ale lunii și ar putea exista întârzieri în alocarea fondurilor de la buget.

d) Prin menținerea termenului de grație s-ar încălca totodată principiul tratamentului egal și al nediscriminării reglementat de art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din OUG nr. 34/2006, în contextul în care în cazul penalităților de întârziere aplicabile executantului pentru întârziere în execuția obligațiilor contractuale nu este stipulat un termen de grație de la care acestea încep să curgă.

6. Referitor la argumentele autorității privind punctul 6 din contestație, contestatorul susține că afirmațiile autorității potrivit căreia facturile pot fi emise doar după recepția unor lucrări executate pentru a se stabili astfel conformitatea cu contractul a lucrărilor sunt neîntemeiate dat fiind că:

a) Facturile se emit în baza situațiilor de lucrări lunare aprobate de către beneficiar, aprobare ce implică verificarea stadiului lucrărilor

menționate în situațiile de lucrări, a cantității și calității acestora (având în vedere că situațiile de lucrări sunt însoțite de documentele justificative cu privire inclusiv la cantitatea lucrărilor executate și calitatea materialelor folosite)

b) Scopul prezentării situațiilor de lucrări periodice este tocmai acela de a fi verificate de către achizitor și aprobate pentru facturare și plată;

c) Recepția lucrărilor este o etapă distinctă de cea a aprobării situațiilor de lucrări parțiale/facturării situațiilor de lucrări și implică respectarea prevederilor/procedurii reglementate de HG nr. 273/1994 privind Regulamentul de recepție a lucrărilor de construcții și instalații aferente acestora;

d) Pentru garantarea calității și conformității lucrărilor executate și solicitate la plată, executantul a constituit garanția de bună execuție, scopul acestei garanții fiind tocmai acela de a asigura achizitorul cu privire la calitatea lucrărilor executate până la momentul recepției și în perioada de garanție a lucrărilor. Astfel, pentru situația achitării unor lucrări cu privire la care comisia de recepție constată că sunt deficiențe achizitorul are la îndemână executarea garanției de bună execuție, în măsura în care executantul nu remediază de bunăvoie deficiențele semnalate de către comisia de recepție. În plus, pentru calitatea defectuoasă/neconformă a lucrărilor achizitorul are posibilitatea legală și contractuală de a se îndrepta împotriva executantului, nefiind justificată în vreun fel condiționarea plăților de momentul recepției lucrărilor. În acest sens, contestatorul face trimitere la prevederile art. 17.2 și 17.3 din contract.

e) Prin urmare, așa cum a fost expus și în contestație, este obligatorie emiterea facturilor conform Art. 155 alin. 15 din Codul Fiscal, respectiv cel târziu până în cea de-a 15-a zi a lunii următoare celei în care ia naștere faptul generator al taxei, pentru a fi plătit TVA-ul lunar și impozitul pe profit trimestrial.

În consecință, pentru respectarea principiului interdependenței și reciprocității obligațiilor contractuale ale părților, contestatorul apreciază că nu se poate condiționa plata facturilor de recepția parțială a lucrărilor în contextul în care este vorba de două etape diferite în execuția lucrărilor, sens în care solicită respingerea apărărilor autorității contractante cu privire la acest aspect.

7. Raportat la susținerile autorității cu privire la criticile din cuprinsul 7 din contestație, contestatorul arată că își menține apărările formulate în contestația sa, cerința autorității fiind disproporționată, nerezonabilă și în dezacord cu practica de piață, fapt ce este de natură a exclude de la participare operatori economici serioși (a se vedea în acest sens prevederile de la Capitolul IV, punctul 5 din Ordinul 543/2013 de adoptare a ghidului privind principalele riscuri identificate în domeniul achizițiilor publice și recomandările Comisiei Europene).

De asemenea, contestatorul învederează faptul că practica de piață este în sensul stabilirii unei perioade de susținere cu cash - flow de

aproximativ 2 - 3 luni față de 6 luni cât se solicită în prezent de către autoritatea contractantă.

Pe cale de consecință, contestatoarea solicită Consiliu să admită contestația și să dispună măsuri de remediere constând din obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire și a modelului de contract conform celor supuse atenției. În măsura în care la data soluționării prezentei contestații nu se vor putea dispune măsuri de remediere pe motiv că ofertele ar fi deschise, contestatoarea solicită anularea procedurii de atribuire.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... (... JUD ...) în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „cerere de oferte” în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect Execuția lucrărilor pentru realizarea obiectivului de investiție *Modernizare prin asfaltare drumuri comunale în sat ...în lungime de 2,9km*”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP invitația de participare nr. ... din

Considerând nelegale prevederile documentației de atribuire, respectiv ale modelului de contract, SC ... SA a înaintat Consiliului contestația care face obiectul dosarului nr. .../2015.

Potrivit informațiilor regăsite anexat invitației de participare aferente procedurii de achiziție publică în cauză, data limită pentru depunerea ofertelor a fost modificată, prin anunțul tip erată nr./21.09.2015, din data de 28.09.2015, inițial stabilită, în data de 29.09.2015.

De asemenea, la data de 01.10.2015, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, anexat invitației de participare, adresa nr. 12606/01.10.2015 în cuprinsul căreia a precizat datele de identificare ale ofertanților/candidatilor/ofertanților asociați/subcontractanților/terților susținători participanți la procedura Execuția lucrărilor pentru realizarea obiectivului de investiție *Modernizare prin asfaltare drumuri comunale în sat ...în lungime de 2,9km*”.

Totodată, Consiliul reține că prin Nota de clarificări nr. 12272/25.09.2015, autoritatea contractantă a remediat inadvertența dintre solicitările cap. III.2.2 din fișa de date și cap. VI.3., astfel:

„In cadrul Fisei de date a achiziției la Capitolul VI.3 Alte informații in loc de:

„Contractul de execuție lucrări este multianual și se va derula pe o perioada de maxim 24 luni, exclusiv perioada de garanție, iar perioada solicitată de autoritatea contractantă pentru susținerea cu cash-flow este de 12 luni, ordonatorii de credite, având obligația de a notifica executanților valoarea maxima în limita în care se pot executa lucrări, valoare calculată ca diferența dintre creditele bugetare aprobate pentru anul 2015 și sumele aferente plăților restante.”

Se va citi:

„Contractul de execuție lucrări este multianual și se va derula pe o perioada de maxim 24 luni, exclusiv perioada de garanție, iar perioada

solicitată de autoritatea contractantă pentru susținerea cu cash-flow este de 6 luni, ordonatorii de credite, având obligația de a notifica executanților valoarea maxima în limita în care se pot executa lucrări, valoare calculata ca diferența dintre creditele bugetare aprobate pentru anul 2015 și sumele aferente plăților restante.”

Pe fondul contestației formulate de către SC ... SA, Consiliul retine:

1. prima solicitare a contestatorului vizează eliminarea prevederilor punctului VI.3 din fișa de date a achiziției și ale art. 19.1 și art. 19.5 alin. (3), cu privire la condiționarea plăților de primirea fondurilor de către Achizitor

In acest sens prezintă relevanță următoarele dispoziții legale:

- Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante:

- art. 6

(1) Autoritățile contractante execută obligația de plată a sumelor de bani rezultând din contractele încheiate cu profesioniști cel târziu la:

a) 30 de zile calendaristice de la data primirii facturii sau a oricărei altei cereri echivalente de plată;

b) 30 de zile calendaristice de la data recepției bunurilor sau prestării serviciilor, dacă data primirii facturii ori a unei cereri echivalente de plată este incertă sau anterioară recepției bunurilor sau prestării serviciilor;

c) 30 de zile calendaristice de la recepție sau verificare, dacă prin lege sau prin contract se stabilește o procedură de recepție ori de verificare pentru certificarea conformității mărfurilor sau serviciilor, iar autoritatea contractantă a primit factura ori cererea echivalentă de plată la data recepției sau verificării ori anterior acestei date.

(2) Procedura de recepție sau verificare prevăzută la alin. (1) lit. c) nu poate depăși 30 de zile calendaristice de la data primirii bunurilor sau prestării serviciilor. Prin excepție, în cazuri justificate în mod obiectiv de natura sau caracteristicile contractului, procedura de recepție sau verificare poate avea o durată mai mare de 30 de zile calendaristice, dacă sunt stabilite expres în contract și în documentația achiziției atât termenul de recepție, cât și motivele obiective, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul art. 12.

(3) Părțile nu pot conveni cu privire la data emiterii/primirii facturii. Orice clauză prin care se stipulează un termen de emiterie/primire a facturii este lovită de nulitate absolută.

(4) În cazul instituțiilor publice din domeniul sănătății și entităților publice care furnizează servicii medicale de sănătate, termenul legal de plată pentru obligațiile bănești rezultând din contracte încheiate cu profesioniști este de cel mult 60 de zile calendaristice, care se calculează potrivit prevederilor alin. (1).

- art. 7

(1) Termenele de plată stabilite în contract pentru executarea obligațiilor autorităților contractante nu pot fi mai mari decât termenele

stabilite potrivit art. 6 alin. (1). În mod excepțional, părțile pot stipula un termen de plată de maximum 60 de zile calendaristice, dacă acesta este stabilit expres în contract și în documentația achiziției și este obiectiv justificat, ținând cont de natura sau caracteristicile specifice ale contractului, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul art. 12.

(2) Dispozițiile art. 5 alin. (2), privitoare la plățile eșalonate, se aplică în mod corespunzător.

- Directiva 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale:

- art. 4

(3) Statele membre garantează că în tranzacțiile comerciale în care debitorul este o autoritate publică:

(a) termenul de plată nu depășește vreunul dintre următoarele termene:

(i) 30 de zile calendaristice de la data primirii de către debitor a facturii sau a unei cereri echivalente de plată;

(ii) 30 de zile calendaristice de la data primirii bunurilor sau serviciilor, dacă data primirii facturii sau a unei cereri echivalente de plată nu este certă;

(iii) 30 de zile calendaristice de la data primirii bunurilor sau serviciilor, dacă debitorul primește factura sau o cerere echivalentă de plată anterior primirii bunurilor sau serviciilor;

(iv) 30 de zile calendaristice de la data recepției sau a verificării, dacă prin lege sau prin contract este prevăzută o procedură de recepție sau verificare, prin care se stabilește conformitatea contractuală a bunurilor sau serviciilor, și dacă debitorul primește factura sau o cerere echivalentă de plată anterior sau la data în care are loc această recepție sau verificare;

(b) data primirii facturii nu face obiectul unei clauze contractuale între debitor și creditor.

(4) Statele membre pot prelungi termenele menționate la alineatul (3) litera (a) până la maximum 60 de zile calendaristice, în cazul:

(a) oricărei autorități publice care realizează activități economice de natură industrială sau comercială, furnizând bunuri sau servicii pe piață și care, ca întreprindere publică, trebuie să se conformeze cerințelor de transparență prevăzute în Directiva 2006/111/CE a Comisiei din 16 noiembrie 2006 privind transparența relațiilor financiare dintre statele membre și întreprinderile publice, precum și transparența relațiilor financiare din cadrul anumitor întreprinderi (1);

(b) entităților publice care furnizează îngrijiri medicale și care sunt certificate în acest sens. [...]

(5) Statele membre se asigură că durata maxima a procedurii de recepție sau verificare menționată la alineatul (3) litera (a) punctul (iv) nu depășește 30 de zile calendaristice de la data de recepție a mărfurilor sau serviciilor, cu excepția unor alte dispoziții exprese incluse în contract și în toate documentele licitației și cu condiția să nu fie vădit inechitabil față de creditor, în înțelesul articolului 7.

(6) *Statele membre se asigură că termenul de plată stabilit în contract nu depășește termenele stabilite la alineatul (3), cu excepția cazului în care acesta este stabilit expres în contract și este justificat în mod obiectiv ținând cont de natura sau caracteristicile specifice ale contractului, și în orice caz nu ar trebui să depășească 60 de zile calendaristice.*

Consiliul apreciază că, prin clauzele contractuale, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile Legii nr. 72/2013, stabilind termene de plată a facturilor în funcție de alocările bugetare. Prin modul de formulare a prevederilor din modelul de contract, autoritatea contractantă a condiționat plata facturilor de o terță parte, străină de contract. Faptul că finanțarea contractului în cauză se realizează prin subprogramul „Modernizarea satului românesc” nu dă dreptul autorității contractante să ignore dispozițiile legale în vigoare la data demarării procedurii și să condiționeze plata facturilor de virarea sumelor de către finanțator, care nu este parte în contractul care va fi încheiat între autoritatea contractantă și societatea desemnată câștigătoare.

Separat de aceste aspecte este de reținut că, potrivit art. 94 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, *„Indiferent de momentul inițierii procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a verifica, înainte de încheierea contractului, respectarea dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice”.*

2. a doua critică a contestatorului vizează nelegalitatea prevederilor din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract (parte integrantă a documentației de atribuire), cu privire la stabilirea unui termen de plată al facturilor de 12 luni, precum și a prevederilor care stabilesc termene de plată contradictorii.

Referitor la termenul de plată de 12 luni, Consiliul retine prevederile legale citate în analiza criticii anterioare și considerentele evocate cu acea ocazie, și, în lumina acestora, stabilește nelegalitatea unei clauze contractuale în acest sens.

Pe de altă parte, Consiliul retine lipsa de coerență a autorității contractante care stabilește, în cuprinsul documentației de atribuire, diverse termene de plată a facturilor emise de executant, respectiv: 12 luni, în funcție de alocările bugetare; 30 de zile de la acceptarea facturii; perioada 24-31 ale fiecărei luni; 30 de zile de la emiterea facturii.

Consiliul stabilește totodată și încălcarea de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, potrivit cărora autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

3. a treia critică a contestatorului vizează prevederile art. 10.14 din modelul de contract, potrivit cărora *„Executantul are obligația de a asigura finanțarea lucrării pe întreaga durată a contractului. În cazul stărnirii lucrărilor din cauza nefinanțării din partea executantului,*

contractul se consideră de drept reziliat, autoritatea contractantă reținând garanția de bună execuție”

Consiliul apreciază că acea clauză care prevede ca executantul trebuie să susțină financiar execuția contractului pe toată durata sa intră în contradicție cu obligația autorității contractante de a-și executa obligațiile de plată, așa cum a fost această stabilită prin dispozițiile Legii nr. 72/2013 și cum a fost analizată mai înainte de către Consiliu.

Coroborând clauzele din modelul de contract, rezulta că, în prezenta speță, nu numai că autoritatea nu va plăti executantului contravaloarea lucrărilor efectuate pe întreaga durată a contractului, dar nici măcar după această durată nu se cunoaște dacă executantul își va primi vreodată banii investiți în lucrare, plata lor depinzând de alocările de la bugetul de stat. Altfel spus, executantul riscă nu numai să își primească cu mare întârziere sumele convenite, contrar Legii nr. 72/2013, ci chiar să nu le primească deloc, dacă bugetul de stat nu permite.

Cat privește clauza din modelul de contract potrivit căreia autoritatea contractantă va reține garanția de bună execuție în cazul stagnării lucrărilor din cauza nefinantării din partea executantului, Consiliul reține că, potrivit art. 91 din HG nr. 925/2006, autoritatea contractantă are dreptul de a emite pretenții asupra garanției de bună execuție, oricând pe parcursul îndeplinirii contractului, în limita prejudiciului creat, în cazul în care contractantul nu își îndeplinește obligațiile asumate prin contract, anterior emiterii unei pretenții asupra garanției de bună execuție autoritatea contractantă având obligația de a notifica pretenția contractantului, precizând obligațiile care nu au fost respectate.

Având în vedere că legiuitorul a condiționat executarea garanției de bună execuție de existența unui prejudiciu creat de contractant prin neîndeplinirea, de către acesta, a obligațiilor asumate prin contract și având în vedere că obligația de a finanța execuția lucrărilor pe toată durata contractului este o clauză nelegală (obligație pentru nerespectarea căreia autoritatea contractantă prevede sancțiunea executării garanției de bună execuție), Consiliul stabilește că această prevedere privind sancțiunea nu poate fi considerată legală, deoarece operează (în accepțiunea autorității contractante) pentru o obligație pe care executantul nu și-o poate asuma în mod legal.

4. referitor la cea de-a patra critică a contestatorului privind *„prevederile din documentația de atribuire, respectiv fișa de date și modelul de contract, care prevăd durate contradictorii ale execuției contractului, de maxim 12 luni, respectiv 24 de luni”* Consiliul constată că această contradicție a fost eliminată prin Nota de clarificări nr. 12272/25.09.2015 în care s-a menționat: *„Contractul de execuție lucrări este multianual și se va derula pe o perioadă de maxim 24 luni, exclusiv perioada de garanție”*

5. cea de-a cincea critică a contestatorului vizează nelegalitatea prevederilor din art. 12.2 din modelul de contract care stabilesc un termen de grație de la împlinirea căruia încep să curgă penalitățile de întârziere la plată pentru autoritatea contractantă.

În referire la această clauză, Consiliul retine dispozițiile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 72/2013, potrivit căreia dobânda penalizatoare pentru plata cu întârziere curge de la termenul stipulat în contract sau, în cazul în care nu a fost stipulat în contract, de la expirarea termenelor prevăzute la art. 6 alin. (1), citate mai sus.

Subsecvent, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă trebuia să stabilească, în cuprinsul clauzei contestate, că în cazul în care achizitorul nu își onorează obligațiile, atunci acestuia îi revine obligația de a plăti, ca penalități, o sumă echivalentă cu 0,04% pentru fiecare zi de întârziere din plata neefectuată, și nu să-și rezerve un termen suplimentar de 28 de zile în care să fie scutit atât de plata contravalorii lucrărilor, cât și de plata penalităților aferente.

Mai mult, având în vedere că, la clauza 12.1 din modelul de contract, autoritatea contractantă a stabilit că *„In cazul în care, din vina sa exclusivă, executantul nu reușește să-și îndeplinească obligațiile asumate prin contract, atunci achizitorul este îndreptatit de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu 0,04% din prețul contractului pentru fiecare zi de întârziere, pana la îndeplinirea efectivă a obligațiilor”*, fără a permite un eventual termen de grație, Consiliul apreciază că o astfel de abordare este în afara spiritului principiilor tratamentului egal și nediscriminării, statuate la art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din OUG nr. 34/2006, penalitățile datorate de parti fiind stabilite asimetric, prin raportare la momente diferite de la care acestea încep să curgă.

Astfel, Consiliul stabilește că este nelegală clauza din modelul de contract care stabilește pentru autoritatea contractantă un termen de grație de la care încep să curgă penalitățile pe care aceasta le datorează în cazul în care nu își execută obligațiile contractuale, abordarea actuală a autorității fiind contrară dispozițiilor Legii nr. 72/2013 și punând părțile în poziții de neegalitate din punct de vedere juridic.

6. cea de-a șasea critică a contestatorului vizează nelegalitatea clauzei 19.5 alin. 2 din modelul de contract propus de autoritatea contractantă, conform căreia *„factura se va emite în 5 zile de la recepția parțială a lucrărilor (24-31 ale lunii), urmând ca plata facturii să se efectueze în perioada 24-31 ale fiecărei luni”*

Referitor la această clauză contractuală, Consiliul retine următoarele dispoziții ale art. 155 din Codul Fiscal:

(1) În înțelesul prezentului titlu sunt considerate facturi documentele sau mesajele pe suport hârtie ori în format electronic, dacă acestea îndeplinesc condițiile stabilite în prezentul articol.

(15) Pentru alte operațiuni decât cele prevăzute la alin. (14), persoana impozabilă are obligația de a emite o factură cel târziu până în cea de-a 15-a zi a lunii următoare celei în care ia naștere faptul generator al taxei, cu excepția cazului în care factura a fost deja emisă. De asemenea, persoana impozabilă trebuie să emită o factură pentru suma avansurilor încasate în legătură cu o livrare de bunuri/prestare de servicii cel târziu până în cea de-a 15-a zi a lunii următoare celei în care

a încasat avansurile, cu excepția cazului în care factura a fost deja emisă.

Din reglementările fiscale rezultă clar termenul la care executantul este ținut să emită factura corespunzătoare lucrărilor executate, orice prevedere care este de natură să conducă la încălcarea acestei obligații având un caracter nelegal.

În această situație, având în vedere că procedura de recepție parțială a lucrărilor nu are nicio legătură cu facturarea acestora, având prin specificul lor posibile termene de realizare diferite, Consiliul stabilește că executantul nu poate fi obligat să își îndeplinească sarcinile fiscale în funcție de recepția lucrărilor, operație care se execută între părțile contractului.

7. cea de-a șaptea critică a contestatorului vizează prevederile din fișa de date, care stabilesc obligația executantului de a demonstra că „la momentul semnării contractului va avea acces sau va dispune de resurse reale, negrevate de datorii sau are acces la lichidități, linii de credit sau la alte instrumente financiare în valoare de minimum: 500.000 lei pentru o perioadă de 6 luni” (conform punctului III.2.2 din fișa de date a achiziției) sau, în contradicție, 12 luni (conform punctului VI.3 din fișa de date a achiziției)

Consiliul constată pe de o parte faptul că a fost eliminată contradicția prin Nota de clarificări nr. 12272/25.09.2015 în care s-a menționat: „perioada solicitată de autoritatea contractantă pentru susținerea cu cash-flow este de 6 luni” .

Totodată, Consiliul consideră că solicitarea de asigurare a cash-flow-ului pentru 6 luni este legală și corect proporționată pentru un contract multianual care se va derula pe o perioadă de maxim 24 luni.

Concluzionând, Consiliul a constatat faptul că autoritatea contractantă a încălcat mai multe prevederi legale, fiind întemeiate criticile contestatorului analizate la punctele **1, 2, 3, 5 și 6**.

Având în vedere faptul că ofertele elaborate în baza documentației de atribuire a cărei nelegalitate este stabilită de Consiliu au fost depuse și deschise în data de 29.09.2015 (potrivit procesului-verbal de deschidere a ofertelor nr. 12498/29.09.2015), Consiliul constată că nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere a actelor care afectează procedura (documentația de atribuire), și stabilește că este imposibilă continuarea procedurii de achiziție, impunându-se anularea acesteia.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul prevederilor art. 278 alin. (5) și (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de SC ... SA în contradictoriu cu ... (... JUD ...) și va dispune anularea procedurii de atribuire.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

...