



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, +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

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

Data: ...

Prin contestația nr. , înregistrată la C.N.S.C. cu nr. depusă de către S.C. ... S.A., cu sediul în ..., Str. Parter, ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. , având CUI ..., reprezentată legal prin ..., împotriva documentației de atribuire, elaborată de către COMUNA ..., prin PRIMĂRIA ..., cu sediul în comuna ..., sat ..., jud. ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, organizată prin cerere de oferte, în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Execuția lucrărilor pentru realizarea obiectivului de investiție «Modernizare prin asfaltare drumuri comunale sat ... și Reditu, în lungime de 5,40 km»”, cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), se solicită:

...getare;

(ii) Să 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 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 la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării de minim: 800.000 lei pentru o perioadă de 12 luni (caracterul disproportionat vizează perioada de 12 luni);

(viii) Să 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, solicităm anularea procedurii de atribuire a contractului (...)”.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de către S.C. ... S.A., cu sediul în ..., , Parter, ..., în contradictoriu cu COMUNA ..., prin PRIMĂRIA ..., cu sediul în comuna ..., sat ..., jud. ... și anulează procedura de atribuire.

Obligatorie.

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:

Prin contestația nr. , înregistrată la C.N.S.C. cu nr. , S.C. ... S.A. critică documentația de atribuire, elaborată de către COMUNA ..., prin PRIMĂRIA ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Execuția lucrărilor pentru realizarea obiectivului de investiție «Modernizare prin asfaltare drumuri comunale sat ... și Reditu, în lungime de 5,40 km»”, cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), și solicită:

...getare;

(ii) Să 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 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 la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării de minim: 800.000 lei pentru o perioadă de 12 luni (caracterul disproporționat vizează perioada de 12 luni);

(viii) Să 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, solicităm anularea procedurii de atribuire a contractului (...)."

În fapt, contestatorul arată că autoritatea contractantă a inițiat procedura în cauză în data de ..., prin publicarea în S.E.A.P. a invitației de participare nr. ... din ..., precizând că are interesul în a formula prezenta contestație, întrucât intenționează să participe la procedură.

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”, având în vedere următoarele considerente:

1. Referitor la nelegalitatea prevederilor din documentația de atribuire, respectiv a celor din modelul de contract, parte integrantă a documentației de atribuire, cu privire la condiționarea, de către Achizitor, a respectării termenului de plată 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 Comuna ... - 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 punctului VI.3 „Alte informații”, din fișa de date a achiziției, precum și potrivit prevederilor art. 19.1 și art. 19.5 alin. 3 din modelul de contract, autoritatea contractantă condiționează plata la termen a facturilor de o terță parte, străină de contract, respectiv de alocările bugetare.

În condițiile date, contestatorul consideră că se impune eliminarea prevederilor punctului VI.3 din fișa de date a achiziției și a prevederilor 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 chiar de voința unui terț.

Faptul că autoritatea contractantă nu are controlul încasării sumelor de la buget, este, după cum se arată, un risc aliat în patrimoniul autorității contractante, conform art. 94 din H.G. nr. 925/2006, astfel, în opinia sa, fiind abuzivă transferarea acestui risc către executant.

Contestatorul invocă dispozițiile art. 94 din H.G. 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 A.N.R.M.A.P., printr-un punct de vedere publicat, pe site-ul instituției, în data de 07.05.2012.

În condițiile date, 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.

- menținerea clauzelor în discuție reprezintă, în opinia contestatorului, 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 – principiul asumării răspunderii și a proporționalității (art. 2 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006), 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, precum 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.

Referitor la mențiunile din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract care condiționează plata prețului contractului de încasările de la Buget - acțiunea/inacțiunea unui terț față de raportul contractual dintre Achizitor și Executant, contestatorul arată faptul că practica este unitară în ceea ce privește nelegalitatea acestor mențiuni, în susținere invocând o serie de Decizii pronunțate de C.N.S.C., care 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, contestatorul învederează 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, susține contestatorul, două termene de plată distincte: unul de 12 luni și unul de 30 de zile/lunar, aspecte contradictorii care, după cum se arată, 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, arată contestatorul, 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, în sensul 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, după cum se arată, este obligatorie pentru a fi plătit TVA-ul lunar și impozitul pe profit trimestrial, potrivit dispozițiilor art. 134 alin. 2 și 3 și art. 157 alin. 1 din Codul fiscal.

Contestatorul arată că, inclusiv la art. 19.8 din modelul de contract, se menționează obligația executantului de achitare a TVA-ului, obligație care, în opinia sa, 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, susține contestatorul, 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, clauzele ar reprezenta o încălcare a prevederilor Legii nr. 72/2013 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, apreciază contestatorul, prin clauzele arătate, autoritatea contractantă nu se aliniaza prevederilor actelor normative mai sus invocate, mărinđ riscul neîndeplinirii contractului, prin stabilirea unui termen de plată nelegal.

În susținere, se invocă prevederile art. 6 alin. 1 și 2 coroborat cu cele ale art. 8 alin. 1 din Legea nr. 72/2013, potrivit cărora termenul de plată trebuie să fie de maxim 30 de zile. Mai mult, contestatorul subliniază faptul că, „modul echivoc de formulare a clauzelor cu privire la termenul de plată reprezintă o încălcare a prevederilor art. 33 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006”.

Pentru motivele mai sus arătate, contestatorul 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 stagnării lucrărilor din cauza nefinanțării din partea executantului, sunt formulate următoarele critici:

În opinia 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 stagnării 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 O.U.G. nr. 34/2006, respectiv 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, susține contestatorul, clauza este 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.

De asemenea, contestatorul apreciază că executarea garanției de bună execuție este excesivă, 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, contestatorul 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 care, după cum se arată, reprezintă o îmbogățire fără justă cauză din partea achizitorului (art. 12 din Legea nr. 72/2013).

În contextul dat, susține contestatorul, „este nelegală clauza și încalcă principiul de drept al reciprocității și interdependenței obligațiilor în contractele sinalagmatică”, „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, contestatorul 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, contestatorul susține că s-ar încălca prevederile de la art. 155 alin. 1 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 susinvocate, susține contestatorul, 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, în opinia sa, 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, arată contestatorul, 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 arată că, 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, contestatorul 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, contestatorul 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 O.U.G. 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, invocând, în susținere, practica C.N.S.C.

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, emiterea/plata facturilor și recepția lucrărilor fiind etape distincte în cursul derulării unui contract de execuție lucrări, care nu sunt 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 acestora implică respectarea prevederilor/procedurii prevăzute de H.G. 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.

Așadar, pentru respectarea principiului interdependenței și reciprocității obligațiilor contractuale ale părților, contestatorul susține că nu se poate condiționa plata facturilor de recepția parțială a lucrărilor în contextul în care, este vorba despre 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 confirmate de bănci sau la alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării de minim: 800.000 lei pentru o perioadă de 12 luni (punctul III.2.2, respectiv punctul VI.3 din fișa de date a achiziției) contestatorul învederează următoarele:

Pe de o parte, contestatorul arată că această cerință este disproporționată, nerezonabilă și în dezacord cu practica de piață, fiind de natură a exclude de la participare operatori economici serioși, practica de piață fiind în sensul stabilirii unei perioade de susținere cu cash-flow de aproximativ 2 - 3 luni, față de 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 O.U.G. nr. 34/2006, respectiv principiul nediscriminării, al tratamentului egal, al proporționalității și asumării răspunderii.

De asemenea, invocă, în susținere, și prevederile 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, pe care le redă.

Pentru motivele mai sus enunțate, contestatorul 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).

În concluzie, având în vedere cele mai susprezentate, precum și pentru a se asigura echilibru contractual între obligațiile ce revin executantului și achizitorului și pentru corelarea lor cu dispozițiile legale în vigoare, contestatorul consideră că se impune revizuirea documentației de atribuire conform celor arătate prin contestație.

Pe cale de consecință, contestatorul solicită admiterea contestației și să se dispună măsuri de remediere constând în obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire și a modelului de contract, iar, în măsura în care nu se vor putea dispune măsuri de remediere pe motiv că ofertele ar fi deschise, anularea procedurii de atribuire.

În drept, se 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.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin adresa nr. , înregistrată la CNSC sub nr. , COMUNA ... a transmis punctul de vedere la contestația depusă de către S.C. ... S.A., solicitând respingerea acesteia, ca neîntemeiată.

În fapt, autoritatea contractantă arată că a inițiat procedura în cauză în data de ..., prin publicarea în S.E.A.P. a invitației de participare nr. ..., împreună cu documentația de atribuire și modelul de contract.

În continuare, autoritatea contractantă prezintă contrargumente cu privire la criticile aduse de contestator, neîntemeiate, în opinia sa, având în vedere următoarele:

1. Cu privire la solicitarea de a se constata că sunt nelegale prevederile din modelul de contract cu privire la condiționarea respectării termenului de plată, de către achizitor, de alocările bugetare, cât și cu privire la stabilirea unui termen de plată a facturilor de 12 luni, precum și prevederile care stabilesc termene contradictorii de plată, contrar susținerilor contestatorului, autoritatea contractantă arată că, potrivit contractului de finanțare încheiat cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice în cadrul Programului Național de Dezvoltare Locală - Subprogramul „Modernizarea satului românesc” (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”, iar „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 (...)”.

De asemenea, 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 eșalonării 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 eșalonat, 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 prevederile din contractul de finanțare, luând în considerare și dispozițiile O.U.G. nr. 28/2013, dispozițiile normelor metodologice de aplicare, dar și legile privind execuția bugetară, autoritatea contractantă arată 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 până la care investiția trebuie finalizată în întregime).

Mai mult, având în vedere graficul de execuție a lucrării prezentat de proiectant în proiectul tehnic, dar și complexitatea lucrării, precizează 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).

Așadar, deși există resurse de finanțare - astfel cum rezultă din contractul de finanțare susamintit, autoritatea contractantă precizează că nu cunoaște cu exactitate când va putea efectiv dispune de sumele de bani pentru finanțate.

Prin urmare, susține autoritatea contractantă, 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”.

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. 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 contractului 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 contractantă precizează că nu are altă posibilitate de finanțare a investiției ce face obiectul contractului în cauză, 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 al facturii emise. Factura emisă în baza contractului va fi achitată în 30 de zile - astfel cum se arată în mod clar la art. 19.2 din contract.

Autoritatea contractantă susține că s-au interpretat, de către contestator, în mod greșit dispozițiile contractuale, în sensul de a condiționa respectarea termenului de plată de alocările bugetare. Condiționarea de alocările bugetare face referire, după cum se arată, 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 „între 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, 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, singurul aspect deosebit 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 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 stagnerii 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, până la emiterea fiecărei facturi în parte și decontarea acesteia, lucrarea este, practic, finanțată de executant. Mai mult, arată autoritatea contractantă, în cuprinsul documentației de atribuire și în modelul de

contract, s-a stabilit faptul că achizitorul nu oferă avans (neavând posibilitatea să ofere avans). Este evident, aşadar, că finanţarea se va face de către executant pentru fiecare situaţie de lucrări în parte, executând lucrarea din fonduri proprii până la întocmirea unei situaţii de lucrări şi aprobarea acesteia de beneficiar în condiţiile contractului.

Pe de altă parte, dispoziţia cu privire la executarea garanţiei de bună execuţie nu face referire la executarea, în întregime, a acesteia - astfel cum indică contestatorul. În opinia sa, executarea acestei garanţii este întemeiată, atâta timp cât, neasigurând resursele financiare pentru buna desfăşurare a contractului, executantul s-ar afla în culpă pentru întârzierile în finalizarea lucrării.

În ceea ce priveşte invocarea dispoziţiilor art. 155 alin. 15 din Codul fiscal şi concluzia că facturarea trebuie făcută lunar, autoritatea contractantă consideră că aceste susţineri sunt lipsite de temei legal.

În cazul de faţă (şi nu numai) faptul generator al taxei îl reprezintă finalizarea unor lucrări conforme (parţial sau total), şi nu o execuţie oarecare a cărei situaţie de lucrări beneficiarul poate nici să nu o aprobe (de exemplu, dacă lucrările sunt neconforme). Astfel, obligaţia de a emite factura se naşte cel târziu până la cea de-a 15-a zi a lunii următoare celei în care au fost aprobate situaţiile de lucrări de către beneficiar.

3. Cu privire la solicitarea de a se constata că sunt nelegale prevederile din fişa de date a achiziţiei şi modelul de contract care prevăd durate contradictorii de execuţie a contractului, de maxim 12 luni, respectiv 24 de luni, exclusiv perioada de garanţie, autoritatea contractantă reiterează faptul că 12 luni este o durată maximă efectivă de execuţie, iar 24 de luni este perioada de derulare a contractului - reprezentând durata efectivă de execuţie şi pauze din execuţie (marcate de ordinele de sistare). Anunţarea duratei de 24 de luni s-a făcut, după cum se arată, pentru a avertiza ofertanţii că acest contract este un contract cu finanţare multianuală ce se va desfăşura pe parcursul a următoarelor 24 de luni. Perioada de garanţie nu este inclusă în prima durată (de 12 luni execuţie) în schimb se poate suprapune (parţial/integral) cu cea de 24 de luni, reprezentând durata de derulare a contractului.

4. În ceea ce priveşte solicitarea de a se constata că sunt nelegale prevederile din modelul de contract care stabilesc un termen de graţie de la împlinirea căruia încep să curgă penalităţile de întârziere la plată, autoritatea contractantă menţionează că termenul de graţie este prevăzut la art. 12.2 din contract: „În cazul în care achizitorul nu îşi onorează obligaţiile în termen de 28 de zile de la expirarea perioadei convenite, atunci acestuia îi revine obligaţia de a plăti, ca penalităţi, o sumă echivalentă cu 0,04% din plata neefectuată pentru fiecare zi de întârziere până la îndeplinirea efectivă a obligaţiilor”.

Având în vedere că termenul de plată a facturilor este de 30 de zile, conform art. 19.2, iar, în baza dispoziţiilor art. 6 şi 7 din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligaţiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate

între profesioniști și între aceștia și autorități contractante - pentru cazuri întemeiate putând stabili termene de plată de 60 de zile, autoritatea contractantă 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 contractantă, 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 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 factură sunt efectiv executate. La momentul emiterii facturii fiscale se naște practic obligația de plată a beneficiarului, obligație corelată cu obligația executantului de a-și executa obligațiile conform contractului. Astfel, 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, este 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 disproportionale în raport cu practicile de piață prevederile 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 800.000 lei pentru o perioadă de 12 luni (caracterul disproporționat vizează perioada de 12 luni), autoritatea contractantă consideră că acesta este un termen rezonabil cuprins între emiterea ordinului de începere și decontarea unei prime plăți, conform contractului de lucrări (avându-se în vedere faptul că urmează sezonul rece și probabil, până la emiterea primului ordin de sistare pentru condiții meteo, nu se va putea încheia o primă situație de lucrări - respectiv, nu se va emite nicio factură). Această perioadă de 12 luni este, după cum se arată, perioada pentru care ofertanții vor face dovada că dispun de lichidități pe care urmează să le indisponibilizeze pentru acest contract, 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 solicitată 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 a proiectului de investiție și modalitatea prin care este finanțată lucrarea.

În drept, se invocă dispozițiile O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Ca mijloc de probă, a fost depus, în copie, dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. , înregistrată la C.N.S.C. sub nr. , S.C. ... S.A. a depus „Concluzii scrise”, la punctul de vedere al autorității contractante, solicitând respingerea, ca neîntemeiate a susținerilor formulate de aceasta, pentru considerentele:

1. Faptul că autoritatea contractantă este beneficiara unui contract de finanțare încheiat cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice este, în opinia contestatorului, 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.

Invocând dispozițiile art. 193 alin. 1 și art. 1280 din Noul cod civil, contestatorul opinează că nu pot fi opuse executantului raporturile juridice născute din contractul de finanțare față de care executantul are calitatea de terț. Având în vedere și practica Consiliului, precizează 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 condiționarea de alocări bugetare, contestatorul subliniază faptul că aceasta a făcut o analiză selectivă a criticilor 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.

Din cuprinsul articolelor criticate, susține contestatorul, 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, se arată că, executantul nu are controlul virării sumelor de la bugetul de stat către autoritatea contractantă.

Prin intrarea în vigoare a Legii nr. 72/2013, arată contestatorul, s-a avut în vedere tocmai înlăturarea întârzierii la plata facturilor, fapt care poate afecta derularea în bune condiții a contractelor, motiv pentru care, în opinia sa, autoritatea contractantă nu poate invoca, în legătură cu 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), arată contestatorul, autoritatea contractantă încalcă dispozițiile art. 2 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006, respectiv principiul asumării răspunderii, precum 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 emitere 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 procedurii în cauză.

Totodată, contestatorul arată, raportat la dispozițiile art. 33 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 invocate de autoritatea contractantă că, contractul 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 emitere a ordinului de începere a lucrărilor.

Or, precizează contestatorul, 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 neplată.

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. De asemenea, contestatorul arată, contrar susținerilor autorității contractante, că, deși autoritatea contractantă afirmă că nu ar fi vorba despre două termene de plată, ci numai 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 a art. 19.1 rezultă, în mod neechivoc, că este vorba despre un termen de plată de 12 luni, fapt care, în opinia sa, 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, se arată că, 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 susținerile prezentate 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 încât 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.

De asemenea, contestatorul precizează 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 despre 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 despre o susținere periodică a contractului, corespunzător fiecărei situații de lucrări, ci despre 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 „*ermenul de plată de 12 luni a avut în vedere perioada cuprinsă între semnarea contractului și o primă decontare (...)*”.

Astfel, susține 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.

Clauza este, totodată, nerezonabilă și disproporționată, în raport cu practica de piață, de natură a exclude operatorii economici serioși, raportat și la prevederile Capitolului IV, punctul 5 din Ordinul nr. 543/2013 de adoptare a ghidului privind principalele riscuri identificate în domeniul achizițiilor publice și recomandările Comisiei Europene.

Referitor la încălcarea prevederilor de la art. 155 alin. 15 din Codul Fiscal privind obligația de facturare lunară și prevederile Legii nr. 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), contestatorul arată că însăși autoritatea contractantă 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 contractante 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 consideră 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.

O astfel de clauză, susține contestatorul, 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.

Pe de altă parte, contestatorul menționează 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, apreciază contestatorul, ar trebui avut în vedere în admiterea unor astfel de mențiuni în documentația de atribuire în ce măsură 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.

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, 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 – art. 8 alin. (2), potrivit căroră „dobânda penalizatoare pentru plată cu întârziere curge de la termenul stipulat în contract (...)”.

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 nr. 72/2013, nu includ raționamentul avut în vedere de către autoritatea contractantă, nu pot fi primite apărările avute în vedere de achizitor.

Totodată, riscul neachitării la termen al facturilor este în patrimoniul achizitorului, sens în care, susține contestatorul, 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.

Prin menținerea termenului de grație, contestarul consideră că s-ar încălca, totodată, principiul tratamentului egal și al nediscriminării, reglementate de art. 2 alin. 2 lit. a) și b) din O.U.G. 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.

Referitor la afirmațiile autorității contractante, potrivit cărora facturile pot fi emise doar după recepția unor lucrări executate pentru a se stabili astfel conformitatea cu contractul a lucrărilor, neîntemeiate, în opinia sa, având în vedere că:

- 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).

- Scopul prezentării situațiilor de lucrări periodice este, după cum se arată, tocmai acela de a fi verificate de către achizitor și aprobate pentru facturare și plată.

- 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 H.G. nr. 273/1994 privind Regulamentul de recepție a lucrărilor de construcții și instalații aferente acestora;

- 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, raportat la prevederile art. 17.2 și 17.3 din contract.

- emiterea facturilor este obligatorie, 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.

În ceea ce privește condiția legată de realizarea cash-flow-ului de execuție a lucrării, contestatorul arată că își menține susținerile formulate prin contestația sa, reiterând faptul că cerința autorității contractante este disproporționată, nerezonabilă și în dezacord cu practica de piață (aceea de a stabili o perioadă de susținere cu cash - flow de aproximativ 2 - 3 luni față de 12 luni cât se solicită în prezent de către autoritatea contractantă).

Pe cale de consecință, contestatorul solicită admiterea contestației.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

COMUNA ..., prin PRIMĂRIA ..., a inițiat, în calitate de autoritate contractantă, o procedură de atribuire, prin cerere de oferte, în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Execuția lucrărilor pentru realizarea obiectivului de investiție «Modernizare prin asfaltare drumuri comunale sat ... și Rediu, în lungime de 5,40 km»”, cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a invitației de participare nr. ... din

Conform invitației de participare și documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „oferta cea mai avantajoasă d.p.d.v. economic”, iar valoarea estimată a contractului este lei, fără TVA.

Împotriva documentației de atribuire, respectiv împotriva modelului de contract, S.C. ... S.R.L. a depus, în termen legal, contestația care face obiectul prezentului dosar.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Considerând nelegale prevederile documentației de atribuire, respectiv pe cele ale modelului de contract, S.C. ... S.A. a solicitat modificarea lor, conform cu cele precizate în partea introductivă a deciziei.

O primă critică exprimată de către contestator vizează clauzele (19.1, 19.5 alin. 3) din modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă, parte a documentației de atribuire, care condiționează respectarea termenului de plată, de către aceasta din urmă, de alocarea fondurilor bugetare.

În ceea ce privește această chestiune supusă soluționării, Consiliul constată că prezintă relevanță următoarele dispoziții legale:

- 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:

- 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.

- din 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.

În partea introductivă a Directivei s-a prevăzut că, „în cadrul tranzacțiilor comerciale între operatori economici sau între operatori economici și autorități publice, numeroase plăți sunt efectuate mai târziu decât a fost stabilit în contract sau menționat în condițiile comerciale generale. Deși mărfurile sunt livrate sau serviciile sunt prestate, numeroase facturi corespunzătoare acestora sunt achitate mult după scadență. Astfel de întâzieri în efectuarea plăților afectează lichiditățile întreprinderilor și complică situația financiară a acestora. Acestea afectează, de asemenea, competitivitatea și rentabilitatea întreprinderilor, odată ce creditorul trebuie să obțină finanțări externe din

cauza efectuării cu întârziere a plăților. Riscul apariției acestor efecte negative crește în mod considerabil în perioadele de încetinire a creșterii economice, când accesul la finanțare este mai dificil”.

Consiliul constată că, prin clauzele contractuale în discuție, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile Legii nr. 72/2013, stabilind termene de plată a facturilor în funcție de alocările bugetare, astfel cum reiese din formularea prevederilor din modelul de contract, aceasta condiționând 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 și să condiționeze plata facturilor de virarea sumelor de către finanțator, care nu este parte în contractul ce urmează a fi încheiat între autoritatea contractantă și societatea desemnată câștigătoare.

De asemenea, este de reținut că, potrivit art. 94 din H.G. 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”.*

Așadar, potrivit dispozițiilor 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, autoritatea contractantă nu poate să considere că este înlăturată obligația sa de a respecta dispozițiile legale pe motiv că, la finanțarea lucrării, sunt aplicabile dispozițiile O.U.G. nr. 28/2013. Excepțiile prevăzute de Legea nr. 72/2013 privesc instituțiile publice din domeniul sănătății și entităților publice care furnizează servicii medicale de sănătate, și nu plăți efectuate în cadrul executării lucrărilor care au finanțare prin anumite programe, cum este cazul celui în care se încadrează și procedura de față.

Se observă și că autoritatea nu stabilește un termen cert de plată a lucrărilor executate, condiționând plata de obținerea banilor de la bugetul de stat, eveniment viitor și incert, ce depinde de voința unui terț finanțator.

Consiliul are în vedere faptul că, prin dispozițiile legale citate, legiuitorul a ales să disciplineze autoritățile contractante în combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a sumelor de bani rezultând din contractele de achiziție publică, impunându-le termene stricte și suportarea către beneficiari de dobânzi penalizatoare pentru nerespectarea lor.

Sunt calificate ca fiind abuzive, potrivit prevederilor art. 13 lit. d), clauzele contractuale care fixează, în contractele dintre profesioniști și autorități contractante, un termen de plată mai mare decât cel prevăzut la art. 7 alin. (1).

Procedând astfel, autoritatea contractantă a încălcat principiile care stau la baza achizițiilor publice, stipulate la art. 2 alin. (2) din ordonanța evocată, în ceea ce privește asumarea răspunderii, precum și pe cel al

proporționalității având în vedere că executantul are obligația de a respecta termenul de execuție prevăzut în graficul de execuție, fără ca, în calitate sa de beneficiar, achizitoarea să-și asume un termen de plată, acesta fiind condiționat de acțiunea/inacțiunea unui terț, finanțatorul, care nu va fi parte a contractului care se va încheia.

O altă critică exprimată de către contestator vizează stabilirea, de către autoritatea contractantă, a unui termen de plată a facturilor de 12 luni (clauza 19.1), precum și prevederi care stabilesc termene de plată contradictorii (clauzele 19.1, 19.2, 19.5 alin. 2, punctul III.1.2 din fișa de date a achiziției).

Referitor la termenul de plată de 12 luni, Consiliul reține incidența prevederilor 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 constată lipsa de coerență a autorității contractante care stabilește, în cuprinsul documentației de atribuire, diverse termene (incerte) 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.

În aceste condiții, Consiliul stabilește încălcarea, de către autoritatea contractantă, a dispozițiilor art. 33 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit cărora aceasta 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.

Prin contestația înaintată, S.C. ... S.A. critică și introducerea, de către autoritatea contractantă, în modelul de contract, a unor clauze care prevăd asigurarea de către executant a finanțării lucrărilor pe întreaga durată a contractului precum și executarea în întregime a garanției de bună execuție în cazul stagnării lucrărilor din cauza nefinanțării din partea executantului (clauza 10.14).

Consiliul stabilește că acea clauză care prevede că 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 aceasta 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, efectuarea plății 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, ceea ce ar echivala cu o îmbogățire fără justă cauză.

Cât privește clauza din modelul de contract potrivit căreia autoritatea contractantă va reține garanția de bună execuție în cazul stagnării lucrărilor din cauza nefinanțării din partea executantului, Consiliul reține că, potrivit art. 91 din H.G. 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, cu precizarea obligațiilor 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 sancțiune nu poate fi considerată legală, deoarece ar opera, în forma impusă de autoritatea contractantă, pentru o obligație pe care executantul nu și-o poate asuma în mod legal.

Prin contestația înaintată, S.C. ... S.A. critică și menționarea, de către autoritatea contractantă, în cuprinsul documentației de atribuire, a unor diferite durate de execuție a lucrărilor/periodă de derulare a contractului, respectiv de 12 (punctele II.3, IV.2.1, VI.3 din fișa de date a achiziției) și de 24 de luni (punctul VI.3 din fișa de date a achiziției, clauza contractuală 19.1).

Consiliul nu va reține, în beneficiul acesteia, precizările autorității contractante vizând diferența între durata de execuție a contractului și perioada de derulare a contractului, în condițiile în care cele două noțiuni sunt similare, identificând intervalul de timp scurs între data încheierii contractului (data de la care încep a fi executate obligațiile părților) și data la care obligațiile părților au fost executate în întregime.

În această situație, stabilește Consiliul, îi revine autorității contractante sarcina de a prevedea o durată de executare a contractului unică, pentru o corectă și completă informare a operatorilor economici interesați de participarea la această procedură, în acord cu obligația stabilită în sarcina autorității contractante prin prevederile art. 33 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006.

Nemulțumit este contestatorul și de faptul că prin clauza 12.2 din modelul de contract, autoritatea contractantă stabilește un termen de grație de 28 de zile de la împlinirea căruia încep să curgă penalitățile de întârziere la plata în valoare de 0,04% din plata neefectuată pentru fiecare zi de întârziere până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor.

În referire la această clauză, Consiliul reține 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 „În cazul în care, din vina sa exclusivă, executantul nu reușește să-și îndeplinească obligațiile asumate prin contract, atunci achizitorul este îndreptățit de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu 0,04% din prețul contractului pentru fiecare zi de întârziere, până 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 O.U.G. nr. 34/2006, penalitățile datorate de părți fiind stabilite asimetric, prin raportate la momente diferite de la care acestea încep să curgă.

Astfel, Consiliul constată 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.

S.C. ... S.A. învederează că este nelegală și clauza 19.5 alin. 2 din modelul de contract propus de autoritatea contractantă, conform căreia factura se va emite în 10 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, conform reglementărilor în vigoare.

Referitor la această clauza contractuală, Consiliul reține 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.

Cât privește criteriul de calificare impus de către autoritatea contractantă, vizând obligația ofertantului de a demonstra că la momentul semnării contractului va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării de minim 800.000 lei pentru o perioadă de 12 luni, Consiliul observă că această perioadă este cea de execuție a contractului, așa cum rezultă din punctul de vedere al autorității contractante.

De asemenea, prin clarificarea nr. , autoritatea contractantă a menționat că scisoarea de cash-flow este menită să o asigure că executantul poate demara lucrarea, iar perioada pentru care este solicitată are în vedere perioada cuprinsă între emiterea ordinului de începere și realizarea unei prime plăți, conform contract.

După cum se poate observa, aceasta cerință de calificare este stabilită în concordanță cu clauzele contractuale care stabilesc condiționarea plății contractului în funcție de alocările bugetare și care stabilesc că executantul va asigura finanțarea lucrărilor pe întreaga durată a contractului, clauze în legătură cu care Consiliul a stabilit că sunt nelegale, prin considerentele expuse mai înainte.

Astfel, în lumina celor expuse de Consiliu, rezultă și nelegalitatea și caracterul excesiv al acestei cerințe.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 278 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită contestația depusă de S.C. ... S.A.

În pronunțarea asupra capătului de cerere vizând anularea procedurii de atribuire, Consiliul ia act de faptul că procedura a fost continuată de către autoritate, prin deschiderea ofertelor, fiind publicate în SEAP, în data de , informații privind operatorii economici care au depus oferte în această procedură.

Având în vedere încălcările legale săvârșite și etapele procedurii de atribuire în care acestea au avut loc, Consiliul apreciază că nu pot fi dispuse măsuri de remediere a actelor care afectează procedura (documentația de atribuire), fără afectarea principiilor ce guvernează materia achizițiilor publice, și stabilește că este imposibilă continuarea procedurii de achiziție, luând în considerare 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. În această situație, Consiliul urmează să decidă anularea procedurii de achiziție publică, în baza art. 278 alin. (6) din ordonanța de urgență, fiind întemeiată cererea contestatoarei în acest sens.

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art. 280 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...