



# 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](http://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, respectiv a fișei de date și a clauzelor din modelul de contract, elaborate de către C..., prin PRIMĂRIA ..., cu sediul în c..., jud. ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte, organizată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Modernizarea drumului comunal DC 69A – km 6 + 000,000 – 8 + 600,000 și drumuri sătești în localitatea , c..., județul ”, cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), se solicită:

...bugetare;

(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 prevederile din documentația de atribuire, respectiv modelul de contract, care stabilesc obligația executantului de a prezenta la încheierea contractului de achiziție publică contractele cu subcontractanții sau terții susținători în formă autenticată la notar. Nelegalitatea vizează impunerea formei autentificate la notar pentru contractele cu subcontractanții și pentru angajamentele de susținere ce urmează a fi prezentate la încheierea contractului de achiziție publică;

(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:**

Respinge excepțiile tardivității și prematurității introducerii contestației, invocate de către C....

Admite contestația formulată de către S.C. ... S.A., cu sediul în ..., Str. , Parter, ..., în contradictoriu cu C..., prin PRIMĂRIA ..., cu sediul în c..., jud. ...și obligă autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire cu respectarea considerentelor din motivare, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, precum și la publicarea, în SEAP, în termenul precizat, a modificărilor operate

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, respectiv fișa de date și clauzele din modelul de contract, elaborate de către C..., prin PRIMĂRIA ..., 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 „Modernizarea drumului comunal DC 69A – km 6 + 000,000 – 8 + 600,000 și drumuri sătești în localitatea , c..., județul ”, cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), și solicită:

...bugetare;

(ii) Să constată 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 prevederile din documentația de atribuire, respectiv modelul de contract, care stabilesc obligația executantului de a prezenta la încheierea contractului de achiziție publică contractele cu subcontractanții sau terții susținători în formă autenticată la notar. Nelegalitatea vizează impunerea formei autentificate la notar pentru contractele cu subcontractanții și pentru angajamentele de susținere ce urmează a fi prezentate la încheierea contractului de achiziție publică;

(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. ..., 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 P.N.D.L. - „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”.

Contestatorul arată că, 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 nu pot fi opuse executantului clauzele contractului de finanțare, acesta nefiind parte în respectivul contract. 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, și nici de voința vreunui 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 că, în opinia sa, este 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.

Datefiind condițiile prezentate, susține contestatorul, contractul în forma propusă spre semnare la finalizarea procedurii de atribuire nu poate avea 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.

De asemenea, 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 al 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, 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 aliniază prevederilor actelor normative mai sus invocate, mărin d 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, invocând în susținere jurisprudența C.N.S.C. (Decizia nr. 5).

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 de către executant, 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 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 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 respectare a 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), fiind încălcate și prevederile art. 91 din H.G. nr. 925/2006.

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 sinalagmatice”*, *„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. 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 termen 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 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, 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 acesteia 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, precizează contestatorul, 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 nelegalitatea prevederilor din documentația de atribuire, respectiv clauzele prevăzute la art. 23.2 alin. 1 și alin. 2 din modelul de contract, care stabilesc obligația executantului de a prezenta la încheierea contractului de achiziție publică contractele cu subcontractanții sau terții susținători în formă autenticată la notar, nelgalitate care, după cum se arată, vizează impunerea formei autentificate la notar pentru contractele cu subcontractanții și pentru angajamentele de susținere ce urmează a fi prezentate la încheierea contractului de achiziție publică, contestatorul apreciază că se impune eliminarea acestora, întrucât contravin dispozițiilor art. 96 alin. 1, art. 186 alin. 1 și alin. 2, art. 190 alin. 1 și alin. 2, art. 44 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006, precum și ale art. 11<sup>1</sup> alin. 3 din H.G. nr. 925/2006.

În concluzie, având în vedere cele mai sus prezentate, 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, 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. , C... 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, 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 O.U.G. nr. 28/2013 și ale Normelor Metodologice pentru punerea în aplicare a prevederilor O.U.G. 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 a fost semnat în anul 2014 și deci valabil până în 2017, procedura de achiziție a fost 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, 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 - astfel cum indică contestatorul. În opinia sa, executarea acestei garanții este întemeiată, atâta 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 cazul de față (și nu numai) 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. Cu privire la solicitarea de a se constata că sunt nelegale prevederile 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 reiterează 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). Anunțarea duratei de 24 de luni s-a făcut, după cum se arată, pentru a avertiza ofertanții că acest contract este un contract cu finanțare multianuală ce se va desfășura pe parcursul a următoarelor 24 de luni. 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 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 - 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 prevederile din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract care stabilesc obligația executantului de a prezenta la încheierea contractului de achiziție publică contractele cu subcontractanții sau terții susținători în forma autentificată la notar, autoritatea contractantă, apreciind că nelegalitatea vizează impunerea formei autentificate la notar pentru contractele cu subcontractanții și pentru angajamentele de susținere ce urmează a fi prezentate la încheierea contractului de achiziție publică, arată că este de acord cu prezentarea acestor angajamente de susținere și acorduri de subcontractare în forma de înscris sub semnătură privată fără a fi autentificate la notar, „urmând ca la revenirea din suspendare să formulăm o notă de remediere cu privire la acest aspect”.

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.

Cu adresa nr. , înregistrată la CNSC sub nr. , C... a transmis „Completare la punctul de vedere” la contestația depusă de către S.C. ... S.A., prin care „solicităm excepția de tardivitate a prezentei contestații justificat de faptul că invitația de participare împreună cu întreaga documentație au fost publicate în S.E.A.P. la data de ..., aceasta fiind data luării la cunoștință de către contestatar a prevederilor

documentației”, întrucât „către autoritatea contractantă contestația a fost transmisă la data de ... și având în vedere dispozițiile O.U.G. nr. 34/2006 în ceea ce privește calculul termenelor, termenul de 5 zile a expirat la ultima oră a zilei de 25.10.2015”.

C... arată: „în situația în care, către C.N.S.C. a fost transmisă mai devreme de data de 26.10.2015, înțelegem să invocăm excepția prematurității introducerii cererii raportat la dispozițiile O.U.G. nr. 34/2006 cu privire la comunicarea contestației către autoritatea contractantă”.

În considerarea prevederilor art. 269 din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul a solicitat contestatorului, prin adresa nr. 11329/.../.../ , să se pronunțe cu privire la excepțiile tardivității și prematurității contestației, invocate de autoritatea contractantă.

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, astfel cum a fost completat, 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 vreo mențiune de natura celei invocată 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, face parete din documentația de atribuire contractul ce urmează a fi încheiat, 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 despre 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 însuși 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 „termenul 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 vreo 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 prevăzută la art. 10.14 este vădită și trebuie înlăturată pentru restabilirea echilibrului contractual, precizează contestatorul.

Pe de altă parte, 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 cel 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 căroră 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 critica privind nelegalitatea impunerii formei autentificate la notar pentru contractele cu subcontractanții și pentru angajamentele de susținere ce urmează a fi prezentate la încheierea contractului, contestatorul solicită a se lua act de „acordul autorității contractante cu privire la prezentarea angajamentelor de susținere și acordurile de subcontractare în formă de înscris sub semnătură privată fără a fi autentificate la notar, cu mențiunea de a fi efectuate aceste modificări în modelul de contract la momentul reluării procedurii de atribuire”.

II. Contestatorul solicită respingerea excepțiilor invocate de autoritatea contractantă, astfel:

În ceea ce privește excepția tardivității formulării contestației, contestatorul solicită respingerea acesteia ca nefondată, întrucât, raportat la dispozițiile art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006, și având în vedere că documentația de atribuire a fost publicată, împreună cu anunțul de participare nr. ..., la data de ..., contestația a fost depusă în termen, la data de 26.10.2015, cu respectarea prevederilor legale.

În ceea ce privește excepția prematurității introducerii cererii, contestatorul solicită respingerea acesteia, având în vedere prevederile art. 271 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit cărora „*Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenelor prevăzute la art. 256<sup>2</sup>. Contestatorul va atașa la contestație și copia actului atacat, în cazul în care acesta a fost emis, precum și copii ale înscrisurilor prevăzute la art. 270 alin. 1, dacă acestea sunt disponibile*”.

Se arată că respectiva contestația a fost transmisă, atât către autoritatea contractantă, cât și către C.N.S.C., în data de 26.10.2015, pe e-mail, respectând dispozițiile art. 60 alin. 1 lit. c) din ordonanță – la adresa: [primăria...@yahoo.com](mailto:primăria...@yahoo.com), cât și în original, prin intermediul serviciilor de curierat rapid.

Nu există nicio mențiune în O.U.G. nr. 34/2006, susține contestatorul, în temeiul căreia o contestație ar putea fi respinsă ca prematură în măsura în care aceasta ar fi transmisă inițial la C.N.S.C. și ulterior către autoritatea contractantă, singura obligație ce trebuie respectată, în opinia sa, fiind cea prevăzută de art. 271 alin. 1 din ordonanță, privind transmiterea contestației în termenul prevăzut de art. 256<sup>2</sup>, obligație ce a fost respectată, astfel cum reiese din înscrisurile anexate.

În concluzie, pentru a se asigura echilibrul 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 susținere, au fost anexate, în copie, înscrisuri.

Prin adresa nr. , înregistrată la C.N.S.C. sub nr. , S.C. ... S.A. a transmis punct de vedere, prin care a reiterat solicitarea privind respingerea excepțiilor tardivității și prematurității depunerii contestației, invocate de autoritatea contractantă.

În aplicarea dispozițiilor art. 278 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va analiza, mai întâi, excepția tardivității depunerii contestației de către S.C. ... S.R.L.

Examinând excepția tardivității contestației depusă de către S.C. ... S.R.L., invocată de către autoritatea contractantă, Consiliul are în vedere următoarele elemente cu relevanță în cauză: tipul contractului – de lucrări, și valoarea estimată a acestuia, care este 5.085.270 Ron, fără TVA, astfel că se va raporta, în soluționare, la dispozițiile art. 256<sup>2</sup> alin. (1) din ordonanța de urgență: *„Persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim, în termen de: b) 5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență, despre un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit, estimată conform prevederilor art. 23 și ale cap. II secțiunea a 2-a, este egală sau mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2)“.*

În stabilirea termenului legal de depunere a contestației, Consiliul se va raporta la sistemul intermediar de calcul, prevăzut de dispozițiile art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare, conform cărora ***“(...) Termenul exprimat în zile începe să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea***

***ultimei ore a ultimei zile a termenului; ziua în cursul căreia a avut loc un eveniment sau s-a realizat un act al autorității contractante nu este luată în calcul. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi de sărbătoare legală, o duminică sau o sâmbătă, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare***”.

Reține Consiliul că S.C. ... S.R.L. a luat cunoștință despre actul atacat – documentația de atribuire - la data postării invitației nr. ... în S.E.A.P., respectiv ..., iar contestația a fost transmisă în data de 26.10.2015, către autoritatea contractantă, prin email după cum se susține, dar și prin serviciul curierat, după cum rezultă din avizul de transmitere AWB 2299521280031. În același mod a fost transmisă contestația și către C.N.S.C., respectiv email și curierat, în aceeași dată.

Calculând termenul legal de depunere a contestației astfel cum s-a arătat în cele ce preced, Consiliul constată că acesta s-a împlinit în data de 25.10.2015, o zi de duminică, prin urmare, ultima zi în care S.C. ... S.R.L. putea depune contestație este luni, 26.10.2015, ceea ce operatorul economic a și făcut, după cum rezultă din cele mai sus prezentate.

În consecință, Consiliul determină că S.C. ... S.R.L. a depus contestația în termenul legal, respectiv în ultima zi a acestuia, urmând a respinge excepția tardivității contestației, invocată de către autoritatea contractantă.

Consiliul urmează să respingă excepția prematurității contestației, invocată de autoritatea contractantă, având în vedere faptul că, prematuritatea presupune că dreptul pretins nu este actual la data sesizării instanței, fiind supus unui termen, unei condiții etc.. Or, din cele prezentate, apare evident că a fost depusă contestația în termenul prevăzut de lege, după ce S.C. ... S.R.L. a luat cunoștință, din SEAP, în condițiile dispozițiilor art. 256<sup>2</sup> alin. 2 din ordonanța de urgență, despre prevederile documentației de atribuire în legătură cu care formulează critici.

Respingând, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, excepțiile invocate de către autoritatea contractantă, Consiliul va proceda la analiza pe fond a cauzei.

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

C..., 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 „Modernizare drumului comunal DC 69A – km 6 + 000,000 – 8 + 600,000 și drumuri sătești în localitatea , c..., județul ”, 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 5.085.270 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.

Ca urmare a depunerii contestației, autoritatea contractantă a luat măsura suspendării procedurii de atribuire, măsură ce a fost postată în S.E.A.P., în data de 29.10.2015, ora 14:45.

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

S.C. ... S.A. formulează critici referitoare la prevederile documentației de atribuire, respectiv referitoare la o serie de prevederi cuprinse în modelul de contract, pe care le consideră nelegale, solicitând să fie modificate, conform cu cele precizate în partea introductivă a deciziei.

O primă critică exprimată de către contestator vizează clauzele de la art. 19.1 și 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 C..., de alocarea fondurilor bugetare: "*Termenul de plată este de 12 luni, în funcție de alocările bugetare (...)*" și, respectiv "*Plățile partile se efectuează, de regulă, la intervale lunare (în funcție de alocările bugetare) (...)*".

În ceea ce privește această chestiune dedusă judecății, 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 emitere/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 întârzieri 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, formulând astfel 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 conținutul 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 precum și dobânzi penalizatoare pentru nerespectarea lor.

Sunt calificate ca fiind abuzive, potrivit prevederilor art. 13 lit. d) din actul normativ susmenționat, 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, dar și faptul că sunt, în modelul de contract, clauze care stabilesc termene de plată contradictorii, +respectiv:

- art. 19.1 *„Termenul de plată este de 12 luni (...)”*, precum și prevederi care stabilesc termene de plată contradictorii, respectiv art. 19.1, 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”,*

- art. 19.5 alin. 2 *„Situațiile de plată parțiale se confirmă în termen de 10 zile, de la depunere. Factura se va emite în 5 zile de la recepția parțială a lucrărilor (24-31 ale lunii). Plata facturii se va efectua în perioada 24-31 ale fiecărei luni, conform reglementărilor în vigoare”,*

- art. 19.5 alin. 3 *“Plățile parțiale se efectuează, de regulă, la intervale lunare (funcție de alocările bugetare)”.*

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; lunar.

În aceste condiții, Consiliul determină că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 33 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, care instituie în sarcina sa 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, respectiv art. 10.14: *“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”.*

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 în cele ce preced, 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 cuvenite, 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 a autorității contractante 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 urmare, criticile contestatorului vor fi reținute ca fiind întemeiate.

Prin contestația înaintată, S.C. ... S.A. critică și menționarea, de către autoritatea contractantă, în cuprinsul documentației de atribuire, a unor durate diferite de execuție a contractului, respectiv, la punctul II.3 din fișa de date se menționează că durata contractului este de *"12 luni începând de la data atribuirii contractului/emiterii ordinelor de începere a serviciilor sau lucrărilor"*, la punctul VI.2.1 din fișa de date a achiziției se precizează, drept "criteriul 3" din cadrul criteriului de atribuire, *"durata de execuție acceptată a investiției trebuie să fie de minim 6 luni maxim 12 luni"*, la art. 19.1 din modelul de contract, se menționează *"contractul de execuție lucrări se va derula pe o perioadă de maxim 24 luni conform contract de finanțare"*.

Consiliul nu va reține, în beneficiul acesteia, precizările autorității contractante vizând diferența între durata de execuție a contractului și perioada de derulare a contractului, deoarece chiar și așa apar neconcordanțe, durata de execuție acceptată fiind de maximum 12 luni, într-o variantă și de 24 luni în alta. Mai mult decât atât, durata contractului se referă la numărul de zile/luni/ani în care este programat să aibă efect contractul, adică perioada de la data semnării până la data expirării, ori aceasta nu poate fi de 12 luni, în timp ce contractul se poate derula pe o perioadă de maximum 24 luni.

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, în cazul de față fiind evident faptul că prin informațiile susmenționate se crează confuzii majore.

În cuprinsul contestației se formulează critici și în legătură cu 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 plată 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 căroră 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 termen de grație, Consiliul apreciază că o astfel de abordare este în afara spiritului principiului tratamentului egal statuat la art. 2 alin. (2) lit. 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 după 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 reglementarilor în vigoare.

Referitor la această clauza contractuală, Consiliul se raportează la 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.

Referitor la critica privind nelegalitatea impunerii formei autentificate la notar pentru contractele cu subcontractanții și pentru angajamentele de susținere ce urmează a fi prezentate la încheierea contractului, Consiliul constată că autoritatea contractantă a precizat, în cadrul punctului de vedere, că este de acord cu prezentarea angajamentelor de susținere și acordurile de subcontractare în formă de înscris sub semnătură privată fără a fi autentificate la notar, prin urmare nu se va mai face o analiză a criticii, urmând ca autoritatea contractantă să remedieze în consecință cerința.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 278 alin. (2) și (4) 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 admite contestația depusă de S.C. ... S.A. și obligă autoritatea contractantă să remedieze documentație de atribuire în concordanță cu cele reținute în decizie, în termen de 10 zile de primirea prezentei, precum și să publice, în SEAP, modificările astfel cum au fost făcute.

În pronunțarea asupra capătului de cerere vizând anularea procedurii de atribuire, Consiliul ia act de faptul că procedura a fost suspendată, măsura luată de autoritatea contractantă fiind publicată în

SEAP, în data de 29.10.2015, ora 14:45, prin urmare nu există motive întemeiate care să justifice anularea procedurii de atribuire.

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,**

...