CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6 Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

Nr...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul în .., ..., înregistrată la Registrul Comerțului ....., având Cod Unic de Înregistrare .., reprezentată prin Director Comercial, ..., formulată împotriva documentației de atribuire, emisă de către ....., cu sediul în loc. ....., ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „.....", cod CPV 45233120-6, s-a solicitat „Să constate că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv modelul de contract, parte a documentației de atribuire, care stabilesc un termen de grație de la care încep să curgă penalitățile de întârziere la plată; Să constate că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract și fișă de date, parte integrantă a documentație de atribuire, care menționează că plățile se efectuează în maxim 5 tranșe, conform contractului de finanțare încheiat de către Achizitor cu AFIR, respectiv condiționează plățile de finanțarea asigurată; Să dispună măsuri de remediere constând în obligarea autorității contractante la ..... de atribuire și a modelului de contract propus în documentația de atribuire conform criticilor supuse atenției mai sus". De asemenea, contestatorul solicită anularea procedurii dacă nu se mai pot face remedieri.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, formulată împotriva documentației de atribuire, emisă de către ....., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție

publică, având ca obiect: „.....”, cod CPV 45233120-6, s-a solicitat „Să constate că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv modelul de contract, parte a documentației de atribuire, care stabilesc un termen de grație de la care încep să curgă penalitățile de întârziere la plată; Să constate că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract și fișă de date, parte integrantă a documentație de atribuire, care menționează că plățile se efectuează în maxim 5 tranșe, conform contractului de finanțare încheiat de către achizitor cu AFIR, respectiv condiționează plățile de finanțarea asigurată; Să dispună măsuri de remediere constând în obligarea autorității contractante la ..... de atribuire și a modelului de contract propus în documentația de atribuire conform criticilor supuse atenției mai sus”. De asemenea, contestatorul solicită anularea procedurii dacă nu se mai pot face remedieri. În fapt, contestatorul arată că, a depus o ofertă conformă și admisibilă, dar declarată neconformă și respinsă în temeiul prevederilor art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, coroborate cu prevederile art. 134 alin. (9) și art. 137 alin. (1) din același act normativ.

În fapt, contestatorul arată că, în data de ..... s-a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ...../..... având ca obiect licitația organizată de către ..... pentru atribuirea contractului de achiziție publică „.....”.

Având în vedere că este interesat de participarea la procedură, consideră că, fișa de date și modelul de contract puse la dispoziție de către autoritatea contractantă cuprind clauze nelegale care încalcă echilibrul contractual și descurajează participarea la procedurile de achiziție.

Contestatorul precizează că a notificat în conformitate cu prevederile art. 6 și următoarele din Legea 101/2016, în data de 19.06..... prin adresa nr. 1362/04.07..... Autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 4392/07.07..... comunicând că nu dispune remedieri.

Contestatorul arată că, a formulat totodată, și solicitări de clarificări pe marginea documentației de atribuire la care autoritatea contractantă a răspuns, însă fără a adopta măsuri de clarificare/remediere vizavi de toate nelegalitățile invocate.

Referitor la nelegalitatea prevederilor din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract, care stabilesc un termen de grație de la care încep să curgă penalitățile de întârziere la plată, contestatorul susține că, potrivit art. 11.2 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 0,1%/zi de întârziere din plata neefectuată, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor

Contrar celor susținute de către autoritate stabilirea unui termen de grație de 28 de zile de la care încep să curgă penalitățile de întârziere reprezintă o încălcare a prevederilor art. 8 alin. (2) din Legea nr. 72/2013, potrivit cărora *„dobânda penalizatoare pentru plata cu întârziere curge de la termenul stipulat în contract (...)”*.

Raportat la acest temei legal stabilirea în contract a unui termen de grație de la care încep să curgă penalitățile este nelegală, sens în care se impune eliminarea acestei mențiuni. Mențiunea termenul stipulat în contract se referă la termenul de plată și nicidecum la vreun termen de grație. Sensul articolului 8 este că penalitățile curg de la împlinirea termenului de plată.

Contestatorul invocă în acest sens practica CNSC.

Trimiterile pe care le face autoritatea la prevederile Ordonanței 13/2011 nu sunt relevante în situația din prezent, întrucât nu vizează termenele de la care curg penalitățile de întârziere la plată, ci cuantumul dobânzii/penalităților.

Referitor la nelegalitatea prevederilor din contract care menționează că plățile se efectuează în maxim 5 tranșe, conform contractului de finanțare încheiat de către achizitor cu AFIR, respectiv condiționează plățile de alocările de la finanțator, contestatorul arată că potrivit prevederilor art. 17.7: Plata se va efectua în maxim 5 tranșe de plată, conform contractului de finanțare încheiat de beneficiar cu AFIR.

Din clauza mai sus menționată rezultă că în realitate plata este condiționată de încasările de la AFIR. Or, o astfel de clauză este nelegală, în condițiile în care executantul nici măcar nu cunoaște termenele și condițiile de efectuare a plăților de către finanțator, și încalcă echilibrul contractual, precum și prevederile Legii nr. 72/2013. Nu pot fi opuse executantului clauzele contractului de finanțare, acesta nefiind parte în contractul de finanțare. Astfel, tranșele de plată stabilite cu finanțatorul, precum și orice întârziere în virarea sumelor de la finanțator nu pot fi imputate executantului și nici nu se poate pretinde acestuia să accepte ca plata să fie efectuată în funcție de prevederile unui contract/buna derulare a unui contract față de care are calitatea de terț sau de voința unui terț.

Faptul că autoritatea contractantă nu are controlul încasării sumelor este un risc aflat în patrimoniul autorității contractante, conform prevederilor în material achizițiilor publice, și este abuzivă transferarea acestui risc către executant.

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.

De asemenea, în aceeași ordine de idei, există un punct de vedere al ANRMAP publicat în data de 07.05.2012 pe site-ul oficial al acestei instituții.

În atare condiții, 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.

Menținerea clauzelor în discuție reprezintă o încălcare a principiului relativității efectelor contractelor, conform prevederilor art. 193 alin. (1) din Noul Cod Civil.

În atare context, arată contestatorul, nu pot fi opuse executantului clauzele contractului de finanțare sau orice alte raporturi juridice dintre achizitor și instituțiile care asigură finanțarea, în virtutea principiului relativității efectelor contractului, orice prevederi cu privire la termenele și condițiile de efectuare a plăților de către finanțator/orice întârziere în virarea sumelor de la sumelor nu pot fi imputate executantului și nici nu se poate pretinde acestuia să accepte ca plata sumelor să fie efectuată conform prevederilor unui contract/buna derulare a unui contract față de care are calitatea de terț sau de voința unui terț.

Menținerea clauzelor în discuție reprezintă o încălcare a principiilor care stau la baza achizițiilor publice, menționate la art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016, respectiv, principiul asumării răspunderii și a principiului proporționalității.

Menținerea clauzelor în discuție reprezintă o încălcare a prevederilor Legii nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante și a Directivei 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale.

Se impune eliminarea clauzelor/a mențiunilor din documentația de atribuire privind efectuarea plăților în maxim 5 tranșe conform contractului de finanțare cu AFIR, întrucât aceste mențiuni nu fac altceva decât să tergiverseze efectuarea plății, îngreunând astfel desfășurarea în condiții normale a lucrărilor.

Acest fapt reprezintă o încălcare a prevederilor Legii nr. 72/2013 și a Directivei 2011/7/UE, în sensul că prin clauzele supuse atenției autoritatea contractantă nu se aliniază prevederilor actelor normative mai sus enunțate, mărind riscul neîndeplinirii contractului, în condițiile în care ar putea exista întârzieri la plată. Astfel, prin menținerea clauzelor în discuție contractul comportă riscul ca executantul să nu-și primească banii investiți în lucrare, în cazul în care aceștia nu se vor vira de la finanțator.

Mai mult, se vorbește de maxim 5 tranșe, exprimare de natură a comporta interpretarea că plățile se pot efectuate și în tranșe mai puține de 5, respectiv chiar într-o singură tranșă, fapt ce crește riscul contractului și pune executantul în situația de a nu cunoaște când și dacă va fi plătit pentru lucrările executate.

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

Contestatorul invocă în acest sens prevederile art. 6 alin. (1) și alin. (2), coroborat cu art. 8 alin. (1) din Legea nr. 72/2013.

Sunt încălcate totodată, prevederile art. 319 alin. (16) din Codul Fiscal, în opinia contestatorului.

Astfel, facturarea lunară a situațiilor de lucrări este obligatorie pentru a fi plătit TVA-ul lunar și impozitul pe profit trimestrial. Contestatorul menționează în acest sens și prevederile 41 alin. 1 și art. 307 din Codul fiscal cu privire la exigibilitatea plății TVA și data de la care încep să curgă accesoriile.

Or, prin stabilirea a maxim 5 tranșe de plată pentru un contract a cărui durata de execuție este de 21 de luni se prefigurează clar ideea încălcării prevederilor din codul fiscal mai sus menționate, în contextul în care s-ar putea efectua maxim 2/3 plăți pe an pentru lucrări efectuate pe parcursul a 12 luni.

Referitor la mențiunile din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract care condiționează plata prețului contractului de tranșele de bani stabilite în contractul de finanțare, respectiv de acțiunea/inacțiunea unui terț față de raportul contractual dintre achizitor și executant, practica este unitară cu privire la nelegalitatea acestor mențiuni, contestatorul invocă și o serie de Decizii pronunțate de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor.

Clauza 17.7 în forma din prezent nu doar că încalcă prevederile legale mai sus menționate (Legea nr. 98/2016, Legea nr. 72/2013, Codul Fiscal), dar este de natură a crea o situație imprecisă/neclară cu privire la termenele și condițiile de plată nu doar pentru executant, dar și pentru achizitor, din moment ce acesta din urmă nu poate preciza că plățile se vor efectua în funcție de situațiile de lucrări efectuate de către

executant. Astfel, se prefigurează ideea că nici achizitorul nu ar cunoaște când va primi fondurile de la finanțator.

Prin răspunsul la notificarea prealabilă autoritatea contractantă și-a menținut punctul de vedere cu privire la condiționarea plăților invocând o pretinsă interdependență între finanțator, beneficiar și executant.

Nu se poate vorbi de o interdependență între finanțator și executant, întrucât acesta din urmă este terț față de raporturile din beneficiar și finanțator, nefiind parte în contractul de finanțare. Astfel, nicio obligație/clauză stabilită în contractul de finanțare nu îi este opozabilă în virtutea principiului relativității efectelor contractelor.

Riscul încasării sau nu a sumelor de la finanțator este în sarcina beneficiarului și acesta nu poate fi transferat în patrimoniul executantului, situația fiind una excesiv de prejudiciabilă pentru executant, întrucât acesta trebuie să respecte termene stricte cu privire la execuția lucrărilor fără ca măcar să cunoască când și dacă va fi vreodată plătit, plățile fiind condiționate de un terț față de contract.

Astfel, argumentele prezentate de către autoritatea contractantă în răspunsul la notificarea prealabilă pentru a susține refuzul de a adopta măsuri de remediere sunt nelegale și nu pot fi primite.

De asemenea, contestatorul solicită studierea dosarului achiziției.

Prin adresa nr. 28688/.....-...../13.07....., Consiliul solicită autorității contractante dosarul achiziției; dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, iar, în situația în care a adoptat vreo măsură de remediere după primirea contestației transmiterea dovezii respectării prevederile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă răspunde solicitării și, prin adresa nr. 4528/17.07....., înregistrată la CNSC cu nr. 29011/17.07....., transmite punctul de vedere față de contestație și solicită respingerea contestației nefondată.

În fapt, arată autoritatea contractantă, a organizat procedura de atribuire prin procedura simplificată - într-o singură etapă, organizată în vederea încheierii contractului de lucrări având ca obiect „.....”, cod CPV: 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), sens în care a publicat în SEAP invitația de participare nr. ...../..... Criteriul de atribuire stabilit este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului este de 4.128.084,34 lei fără TVA.

Cu privire la motivele de nelegalitate invocate de contestator, respectiv, încălcarea prevederilor art. 8 alin. (2) 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, și a principiilor care stau la baza achizițiilor publice consacrate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă solicită respingerea acesteia deoarece, din prevederile contractului propus rezultă că acest termen de grație de la care încep să curgă penalitățile de întârziere este prevăzut, în mod echitabil pentru ambele părți, astfel încât nu reprezintă o clauză cu caracter abuziv în temeiul art. 12 și urm. din Legea nr. 72/2013. Așadar, clauza nu poate fi în concret interpretată ca fiind una abuzivă, care să producă efecte în mod inechitabil și excesiv prejudiciabile contestatorului.

În concluzie, conform principiului bunei-credințe, un risc în derularea unei convenții trebuie asumat de fiecare parte și trebuie să fie suportat în același mod, ori, în situația de față, toate riscurile sunt suportate în mod egal de ambele părți.

Autoritatea contractantă apreciază ca fiind neîntemeiate criticile contestatorului, deoarece, pe de o parte, potrivit prevederile art. 1 din OUG nr. 13 din 24 august 2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar care stipulează la alin. (1) Părțile sunt libere să stabilească, în convenții, rata dobânzii atât pentru restituirea unui împrumut al unei sume de bani, cât si pentru întârzierea la plata unei obligații bănești, iar potrivit art. 8 alin (2) din Legea 72/2013, dobânda penalizatoare curge de la termenul stipulat în contract în consecința, având în vedere că autoritatea contractantă a stabilit prin modelul de contract de lucrări termenul de la care începe să curgă dobânda penalizatoare, în mod echitabil pentru ambele părți contractante, consideră că nu se impune modificarea acestei clauze contractuale.

Referitor la prevederile din contract care menționează că plățile se efectuează în maxim 5 tranșe, conform contractului de finanțare încheiat de achizitor cu AFIR, autoritatea contractantă apreciază că nu se impun a fi modificate, întrucât având în vedere că întreg proiectul este finanțat prin FEADR, este imperios necesară prezentarea unor clauze contractuale care creează interdependență între finanțator, beneficiar și executant.

Autoritatea contractantă, în calitate de beneficiar, nu are buget propriu pentru decontarea obligațiilor de plată necesare executării contractului, astfel încât s-a instituit clauza de condiționare a plății prețului contractual, și se înscrie în măsurile de diligență pe care beneficiarul trebuie să le ia și care trebuie să corespundă cu prevederile ghidului de finanțare.

Prin adresa nr. 1463/19.07....., SC ..... SRL transmite concluzii scrise față de punctul de vedere al autorității contractante în care arată că-și menține criticile contestației.

Având în vedere că, în cuprinsul contestației SC ..... SRL, solicită studierea dosarului achiziției, prin adresa nr. 30948/2410C1/27.07....., CNSC îl invită în vederea studierii acestuia.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de achiziție publică, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „.....", cod CPV 45233120-6, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ...../....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă. Conform anunțului de participare, criteriul de atribuire stabilit este „prețul cel mai scăzut", iar valoarea estimată a contractului este 4.128.084,34 lei.

Analizând prima critică la documentația de atribuire respectiv clauza din modelul de contract privind termenul de grație de la care încep să curgă penalitățile de întârziere, Consiliul reține că potrivit pct. 11 din modelul de contract, autoritatea contractantă a stabilit următoarele „Sancțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor":

- art. 11.1 - *„În cazul în care din vina sa exclusivă, executantul nu reușește să-și îndeplinească obligațiile asumate prin contract, într-o perioadă de 28 de zile atunci achizitorul are dreptul de a deduce ca penalități, o sumă echivalentă cu 0,1% / zi de întârziere din valoarea lucrărilor neexecutate, până la îndeplinirea efectivă și conformă a obligațiilor*"

- art. 11.2 – *„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 0,1% zi de întârziere din plata neefectuată până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor*".

Raportat la această clauză, Consiliul determină că sunt aplicabile 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. 3 - (1) În raporturile dintre profesioniști, creanța constând în prețul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate produce dobânzi penalizatoare în cazul în care:

a) creditorul, inclusiv subcontractații acestuia, nu și-au îndeplinit obligațiile contractuale;

b) creditorul nu a primit suma datorată la scadență, cu excepția cazului în care debitorului nu îi este imputabilă întârzierea.

(2) ***Dobânda penalizatoare curge de la scadență până la momentul plății****, în condițiile dispozițiilor art. 1.535 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările ulterioare.*

(3) Dacă termenul de plată nu a fost prevăzut în contract, dobânda penalizatoare curge de la următoarele termene:

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

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

c) dacă legea sau contractul stabilește o procedură de recepție ori de verificare, permițând certificarea conformității mărfurilor sau serviciilor, iar debitorul a primit factura ori cererea echivalentă de plată la data recepției sau verificării ori anterior acestei date, după 30 de zile calendaristice de la această dată.

(4) Procedura de recepție sau verificare prevăzută la alin. (3) lit. c) nu poate depăși 30 de zile calendaristice de la data recepției bunurilor sau prestării serviciilor. Prin excepție, părțile pot stipula în contract un termen mai mare de 30 de zile calendaristice, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, potrivit art. 12.

- 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.

Art. 8 - (1) În raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști, creanța de plată constând în prețul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate produce dobânzi penalizatoare dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 3 alin. (1).

(2) 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), în condițiile dispozițiilor art. 1.535 din Legea nr. 287/2009, republicată, cu modificările ulterioare. Prevederile art. 4 se aplică în mod corespunzător".

Din interpretarea textelor legale mai sus reiterate, rezultă că plata penalităților curge de la termenul stipulat în contract iar în lipsa unor termene stipulate, acestea curg de la expirarea termenelor prevăzute la art. 6 alin. (1). Dobânda penalizatoare curge de la scadență până la momentul plății, în condițiile dispozițiilor art. 1.535 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil republicată, cu modificările ulterioare.

Consiliul reține că autoritatea contractantă a stabilit în cadrul modelului de contract la pct. 17 privind „Modalitățile de plată", următoarele termene:

*„17.1 – Achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termen **de 90 de zile** de la emiterea facturii de către acesta. Plățile în valută se vor efectua prin respectarea prevederilor legale.*

*17.2 – Dacă achizitorul nu onorează facturile în termen **de 14 zile** de la expirarea perioadei convenite, atunci executantul are dreptul de a sista executarea lucrărilor sau de a diminua ritmul execuției. Imediat ce achizitorul își onorează restanța, executantul va relua executarea lucrărilor în cel mai scurt timp posibil ".*

Or, în condițiile în care autoritatea contractantă a stipulat termene clare de plată în cadrul modelului de contract anexat documentației de atribuire postată pe SEAP, dobânzile penalizatoare curg potrivit dispozițiilor legale mai sus reiterate, de la aceste termene până la momentul plății, orice alt termen fiind neavenit și fără suport legal.

Astfel, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă avea dreptul de a-și rezerva în mod suplimentar încă termen de 28 de zile pe lângă termenul de plată de 90 de zile, în care să fie scutit atât de plata contravalorii lucrărilor executate cât și de plata penalităților aferente.

Pe cale de consecință, critica în discuție este întemeiată urmând a fi admisă.

Referitor la cea de-a două critică respectiv nelegalitatea prevederii din contract care menționează că plățile se efectuează în maxim 5 tranșe, conform contractului de finanțare încheiat de beneficiar cu AFIR, Consiliul urmează să o respingă ca nefondată având în vedere următoarele considerente:

- Conform invitației de participare/anunț de participare simplificat nr...../..... și Fișei de date, prezentul contract de achiziție publică se înscrie într-un proiect finanțat din fonduri comunitare (Fondul European Agricol pentru Dezvoltare Regională- FEADR) prin Programul Național de Dezvoltare Rurală-PNDR .

- Programul Național de Dezvoltare Rurală (PNDR) este un program al Ministerului Agriculturii și Dezvoltării Rurale din România și are ca obiective:

- creșterea competitivității sectoarelor agro-alimentar și forestier (Axa 1);

- îmbunătățirea mediului și a spațiului rural prin utilizarea durabilă a terenurilor agricole și forestiere (Axa 2);

- creșterea calității vieții in mediul rural si încurajarea diversificării economiei rurale (Axa 3);

- demararea și funcționarea inițiativelor de dezvoltare locală (Axa 4).

Potrivit pct. 17.7 din modelul de contract, *„Plata se va efectua în maxim cinci tranșe de plată, conform contractului de finanțare încheiat de beneficiar cu AFIR"*.

De asemenea, este determinant și nu lipsită de relevanță justificarea autorității contractante potrivit căreia proiectul fiind finanțat prin FEADR (Fondul European Agricol pentru Dezvoltare Regională), este imperios necesară prezentarea unor clauze contractuale care să creeze interdependență între finanțator, beneficiar și executant. Autoritatea contractantă, în calitate de beneficiar neavând buget propriu pentru

decontarea obligațiilor de plată necesare executării contractului astfel încât s-a instituit clauza de condiționare a plății prețului contractual și care se înscrie în măsurile de diligență pe care beneficiarul trebuie să le ia și care trebuie să corespundă cu prevederile ghidului de finanțare.

Mai mult, Consiliul reține următoarele clauze contractuale acceptate de către contestator prin necontestarea acestora în termenul legal, astfel
- pct. 17.1 din modelul de contract prevede că *„achizitorul are obligația de a efectua plata către executant **în termen de 90 de zile de la emiterea facturii** de către acesta*”;
- pct. 17.2 din același draft de contract *„**dacă achizitorul nu onorează facturile în termen de 14 zile de la expirarea perioadei convenite**, atunci **executantul are dreptul de a sista executarea lucrărilor sau de a diminua ritmul execuției**. Imediat ce achizitorul își onorează restanța, executantul va relua executarea lucrărilor în cel mai scurt timp posibil*”;
- 17.4 – *„(1) Plățile parțiale trebuie să fie făcute, la cererea executantului (antreprenorului), la valoarea lucrărilor executate conform contractului și în cel mai scurt timp posibil. **Lucrările executate trebuie să fie dovedite ca atare printr-o situație de lucrări provizorii, întocmită astfel încât să asigure o rapidă și sigură verificare a lor**. Din situațiile de lucrări provizorii achizitorul va putea face scăzăminte pentru servicii făcute executantului și convenite cu acesta. Alte scăzăminte nu se pot face decât în cazurile în care ele sunt prevăzute în contract sau ca urmare a unor prevederi legale.*
(2) ***Situațiile de plată provizorii se confirma în termen de 10 zile de la înregistrarea la autoritatea contractanta a situațiilor de lucrări spre aprobare***”.

Rezultă astfel fără putință de tăgadă faptul că operatorul economic declarat câștigător al procedurii nu poate emite doar o simplă factură lunară așa cum susține contestatorul în mod eronat, având în vedere faptul că lucrările executate și care vor fi facturate trebuie dovedite prin întocmirea unei situații de lucrări provizorii, verificate ulterior de către autoritatea contractantă, situația de plată confirmându-se în termen de 10 zile de la înregistrarea situației de lucrări pentru aprobare.

Mai mult, pentru a nu aduce prejudicii operatorul economic declarat câștigător și care va executa lucrarea, autoritate contractantă a reglementat în cadrul contractului posibilitatea acestuia de a sista executarea lucrărilor sau de a diminua ritmul execuției în situația în care acesta nu va onora factura în termen de 14 zile de la expirarea perioadei convenite.

Contractul de achiziție publică este un contract administrativ, iar acest fapt nu justifică solicitarea contestatorului de a se impune celeilalte părți asumarea unui risc mai mare decât poate ea să suporte.

Având în vedere cele de mai sus, se constată că prin stabilirea clauzei contractuale în discuție, autoritatea contractuală nu a încălcat prevederile legale privind achizițiile publice și nu a îngrădit accesul la procedură al operatorilor economici.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ....., respectiv critica cu privire la clauza pct.11.2 din modelul de contract și va dispune ..... de atribuire potrivit celor reținute în motivare, în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondat critica referitoare la clauza pct. 17.7 din modelul de contract.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite în parte contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ....., respectiv critica cu privire la clauza pct.11.2 din modelul de contract și dispune ..... de atribuire potrivit celor reținute în motivare, în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge ca nefondat critica referitoare la clauza pct. 17.7 din modelul de contract.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactat în 4(patru) exemplare originale, conține 12(douăsprezece) pagini.