CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SA (în reorganizare), cu sediul în ....., ..., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată legal de doamna ..... - administrator special și convențional de ....., cu sediul în ....., adresă aleasă pentru comunicarea actelor de procedură, privind licitația deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări „modernizare post de transformare - PTZ 12, localitatea …, județul ..... - Lucrări MT și JT”, cod CPV 45310000-3, cu data-limită de depunere a ofertelor 22.10....., organizată de ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului J12/352/ 2002, în calitate de entitate contractantă, contestatoarea a solicitat .....

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic SC ..... SA solicită remedierea unor prevederi ale contractului de execuție propus de entitatea contractantă ..... SA, anexat anunțului de participare nr. ...../....., în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, în sensul:

- prevederii termenului de plată de 30 de zile, prevăzut de Legea nr. 72/2013, termen de la care se datorează penalități de întârziere;

- coroborării clauzelor 18.1 alin. (3), 18.2 alin. (2) și 18.3 cu regulamentul de recepție a lucrărilor de construcții și instalații aferente acestora, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 273/1994, astfel încât să se prevadă că admiterea sau respingerea recepției este atributul comisiei de recepție, nu a achizitorului, acesta din urmă având obligația de a numi comisia de recepție;

- modificării clauzei 17 - Ajustarea prețului contractului, astfel încât să fie posibilă ajustarea prețului contractului în măsura în care au loc modificări legislative sau au fost emise de către autoritățile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/impozite locale, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului, situații care nu au putut fi prevăzute la momentul depunerii ofertei.

Invocând încălcarea 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, contestatoarea arată că, în speță, autoritatea contractantă (sintagmă utilizată de reclamantă pe care Consiliu o consideră ca acoperind și noțiunea de entitate contractantă, în prezenta speță), prin clauzele contractuale propuse, anulează dreptul contestatoarei, dacă va obține contractul, de a își asigura repararea prejudiciului prin dobânzi penalizatoare.

În propunerea de contract de execuție se precizează:

15.4. În cazul în care Entitatea contractantă/Beneficiarul lucrării nu onorează facturile în termen de 30 de zile de la expirarea perioadei prevăzute la clauza 20.1, atunci Executantul are dreptul de a factura penalități de întârziere în procent de 0,03% pe zi de întârziere, din plata neefectuată, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor, fără a depăși valoarea pentru care se calculează. Facturile de penalități vor fi achitate de către entitatea contractantă în termen de maxim 30 zile de la primirea lor.

15.5. Penalitățile datorate curg de drept de la data scadenței obligațiilor asumate, conform prezentului contract, fără îndeplinirea vreunei formalități, părțile fiind de drept puse în întârziere.

20.1. Entitatea contractantă/Beneficiarul lucrării are obligația de a efectua plăți, prin ordin de plată, în termen de 60 de zile de la data înregistrării facturii la Entitatea contractantă/Beneficiarul lucrării.

Din coroborarea art. 15.4 și 20.1 reiese că entitatea contractantă va face plata în termen de 90 de zile de la data înregistrării facturii la aceasta, întrucât nu există nicio sancțiune în măsura în care nu achită factura în 60 de zile, mai exact executantul are dreptul de a calcula penalități de întârziere doar după trecerea unui termen de 90 de zile de la primirea facturii. Aceasta este practica constantă a entității contractante, în celelalte contracte facturile fiind achitate după trecerea a minimum 90 de zile.

Precizarea „în termen de 30 de zile de la expirarea perioadei prevăzute la clauza 20.1” din clauza 15.4 încalcă atât Codul civil, cât și Legea nr. 72/2013. Termenul legal de plată este de 30 de zile de la înregistrarea facturii, maximum 60 de zile în măsura în care este obiectiv justificat, ceea ce nu este cazul în speță (mai mult, scadența este extinsă, prin perioada de grație prevăzută la art. 15.4, la 90 de zile).

Clauza privind termenul de plată de 60 de zile este una abuzivă, situația fiind similară și în privința termenului de grație de 30 de zile. Forma legală a clauzelor 15.4 și 20.1, în viziunea reclamantei, este:

15.4. În cazul în care Entitatea contractantă/Beneficiarul lucrării nu onorează facturile în termenul prevăzut la clauza 20.1, atunci Executantul are dreptul de a factura penalități de întârziere în procent de 0,03% pe zi de întârziere, din plata neefectuată, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor. Facturile de penalități vor fi achitate de către entitatea contractantă în termen de maxim 30 zile de la primirea lor.

20.1. Entitatea contractanta/Beneficiarul lucrării are obligația de a efectua plăți, prin ordin de plată, în termen de 30 de zile de la data înregistrării facturii la Entitatea contractantă/Beneficiarul lucrării.

Referitor la încălcarea regulamentului de recepție a lucrărilor de construcții și instalații aferente acestora, contestatoarea arată că, potrivit clauzelor din modelul de contract, admiterea sau respingerea recepției este atributul entității contractante, nu al comisiei de recepție, ceea ce contravine respectivului regulament.

Totodată, se impune corelarea procedurii de recepție stipulate la capitolul 18 din model, aferent finalizării lucrărilor, cu procedura de recepție reglementată de Hotărârea Guvernului nr. 273/1994.

Ulterior desfășurării procedurii de recepție, astfel cum este reglementată în regulament, comisia de recepție are atribuția de a stabili admiterea sau respingerea recepției, iar nu entitatea contractantă, cum s-a stipulat la clauza 18.2.

În concluzie, contestatoarea solicită coroborarea clauzelor 18.1 alin. (3), 18.2 alin. (2) și 18.3 cu regulamentul aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 273/1994, mai exact să se prevadă expres că admiterea sau respingerea recepției este atributul comisiei de recepție, nu al achizitorului, iar acesta din urmă are obligația de a numi comisia de recepție în maximum 3 zile, conform art. 10 din regulamentul din 1994.

Referitor la ajustarea prețului contractului, contestatoarea arată că, prin clauza 7.2 („prețul contractului nu se actualizează”) este anihilată posibilitatea legală a ajustării prețului contractului [art. 158 alin. (4) din normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016]. Trebuie să existe posibilitatea ajustării prețului contractului, pentru a depăși situația, de exemplu, de creștere obligatorie a salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată, astfel încât să reflecte costurile reale ale

executanților și să nu apară între părți un dezechilibru semnificativ al prestațiilor.

În punctul său de vedere nr. 54819/01.10..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 39884/01.10....., entitatea contractantă susține în apărare că obiecțiile contestatoarei sunt nefondate cu privire la pretinsa nelegalitate a clauzelor din modelul contractului de execuție de lucrări sunt nefondate și, în consecință, solicită respingerea acestora.

..... SA are calitatea de profesionist, neputând fi calificată drept autoritate contractantă în sensul art. 2 pct. 1 din Legea nr. 72/2013:

„a) orice autoritate publică a statului român, care acționează la nivel central, regional sau local;

b) orice organism de drept public, altul decât cel prevăzut la lit. a), cu personalitate juridică, care a fost înființat pentru a satisface nevoi de interes general, fără scop lucrativ, și care se află în cel puțin una dintre următoarele situații:

(i) este finanțat, în majoritate, de către o autoritate contractantă, astfel cum este definită la lit. a), sau de către alt organism de drept public;

(ii) se află în subordinea sau este supus controlului unei autorități contractante, astfel cum este definită la lit. a), sau unui alt organism de drept public;

(iii) în componența consiliului de administrație ori, după caz, a consiliului de supraveghere și directoratului, mai mult de jumătate din numărul membrilor sunt numiți de către o autoritate contractantă, astfel cum este definită la lit. a), sau de către alt organism de drept public;

c) orice asociere formată de una sau mai multe autorități contractante dintre cele prevăzute la lit. a) sau b).”

În accepțiunea Legii nr. 72/2013, ... SA are calitate de profesionist - „orice persoană fizică sau juridică care exploatează o întreprindere cu scop lucrativ” – și, în consecință, se încadrează la art. 5 din lege, în ceea ce privește termenul contractual de plată, conform căruia „în raporturile dintre profesioniști, termenul de plată nu poate fi mai mare de 60 de zile calendaristice”. Termenul contractual de plată se stabilește în funcție de fondurile disponibile, precum și de programul de plăți aprobat de conducerea unității, iar termenul de 60 de zile respectă art. 5 din Legea nr. 72/2013.

În ceea ce privește penalitățile de întârziere datorate pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate, sunt incidente dispozițiile art. 15.4 din modelul de contract, conform cărora, „în cazul în care entitatea contractantă/beneficiarul lucrării nu onorează facturile în termen de 30 de zile de la expirarea perioadei prevăzute la clauza 20.1 (de 60 de zile), executantul are dreptul de a factura (în

concret, după împlinirea unui termen de 90 de zile) penalități de întârziere în procent de 0,03% pe zi de întârziere, din plata neefectuată, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor, fără a depăși valoarea pentru care se calculează", precum și cele ale art. 15.5 – „penalitățile datorate curg de drept de la data scadenței obligațiilor asumate (în speță, după împlinirea termenului de 60 de zile) conform prezentului contract, fără îndeplinirea unei formalități, părțile fiind de drept puse în întârziere". În acest context, nu pot fi reținute argumentele contestatoarei în privința stipulării unui termen de plată de 30 zile, raportat la faptul că încadrarea juridică a societății se face în categoria de profesioniști, cărora le sunt aplicabile dispozițiile art. 5 din Legea nr. 72/2013 în ceea ce privește termenul contractual de plată, iar nu dispozițiile art. 6, cum în mod eronat a indicat contestatoarea. Dreptul contestatoarei de a factura penalități de întârziere după expirarea unui termen de 30 de zile de la împlinirea termenului prevăzut în art. 20.1 din modelul de contract (de 60 de zile) nu produce efecte asupra scadentei penalităților de întârziere, întrucât acestea curg „de drept de la data scadenței obligațiilor asumate", cum s-a prevăzut expres la art. 15.5.

Vizavi de pretinsa încălcare a regulamentului de recepție a lucrărilor, entitatea contractantă arată că solicitarea contestatoarei este nejustificată, raportat la faptul că respectarea obligațiilor legale privind recepția în actele normative indicate de petentă cade în sarcina entității contractante (investitor) și nu are nicio legătură cu obligațiile contractuale ale executantului, sens în care transpunerea tuturor obligațiilor legale în contract nu este necesară.

Din lecturarea integrală a textului art. 18.3 din modelul de contract se poate observa că recepția se efectuează de către entitatea contractantă prin intermediul comisiei de recepție, care are dreptul de a aproba sau respinge recepția. Sintagma „entitatea contractantă are dreptul de a aproba sau respinge recepția", cuprinsă la art. 18.3, reprezintă o exprimare formală, care nu poate fi interpretată izolat și distinct de celelalte prevederi ale articolului. Entitatea nu își poate îndeplini obligația de a efectua recepția, cum a fost asumată contractual, de una singură, ci doar prin intermediul departamentelor/secțiilor/birourilor/șamd și/sau comisiilor de specialitate, în cazul de față, prin intermediul comisiei de recepție.

Prevederile cuprinse în art. 18.1-18.3 din modelul de contract respectă obligațiile legale reglementate de Hotărârea Guvernului nr. 273/1994.

Cu privire la solicitarea de remediere a art. 7.2 din modelul de contract, conform căruia „prețul contractului nu se actualizează", entitatea invocă prevederile art. 158 din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 394/2016 și afirmă că are dreptul (facultatea) de a

include clauze de ajustare/revizuire a prețului, în ipoteza contractelor care se derulează pe o perioadă ce depășește 6 luni și are obligația de a include clauze de revizuire a prețului contractului pentru contractele care se derulează pe o perioadă ce depășește 24 de luni. Niciuna dintre aceste situații nu este incidentă în cazul de față, durata de execuție a lucrărilor fiind de 4 luni, conform art. 6.2 din modelul de contract. Raportat la obiectul și durata execuției lucrărilor, entitatea nu dorește și nici nu poate fi obligată să cuprindă clauze de ajustare a prețului contractului.

Văzând că respectiva contestație nu este însoțită de dovada constituirii cauțiunii potrivit art. 61 ind. 1 din Legea nr. 101/2016, în acord cu Hotărârea plenului Consiliului din 5 iunie ..... „referitoare la aplicarea dispozițiilor O.U.G. nr. 45/.....” (disponibilă la adresa www.cnsc.ro/wp-content/uploads/...../06/.....06.Cautiune.pdf), Consiliul a solicitat SC ..... SA respectiva dovadă, iar reclamanta a răspuns prin transmiterea, în termenul acordat, a originalului recipisei de consemnare nr. 204951666/1/03.10....., emisă de CEC Bank SA, Sucursala ....., pentru suma de 6.392 lei, pe seama și la dispoziția Consiliului, cu detalierea „CAUTIUNE IN DOS. ...../28-09-.....”. În consecință, cauțiunea a fost constituită la începerea soluționării cauzei, în cuantumul legal (2% din valoarea estimată a contractului).

La 16.10....., ... SA a furnizat Consiliului, cu adresa nr. 56840/ 10.10....., strategia de contractare nr. 5634/14.09..... și declarația nr. 5634/14.09..... privind persoanele cu funcții de decizie din cadrul „autorității contractante”.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., entitatea contractantă ..... SA a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de lucrări de modernizare a postului de transformare PTZ 12 din localitatea Dej (înlocuire celule vechi de tip Băilești cu celule de medie tensiune de tip modular cu izolația barelor în aer, a elementelor de comutație și a tabloului de distribuție de rețea de interior), estimate valoric la 319.578,79 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de invitare la competiție. Ulterior consultării acestei documentații, considerând că mai multe clauze ale modelului de contract impus de entitate contravin dispozițiilor legale, SC ..... SA a atacat-o în termenul legal la Consiliu, prin contestația care formează obiectul prezentei cauze.

Consiliul ia act că reclamanta își îndreaptă demersul său împotriva documentației, respectiv a anumitor clauze ale modelului de contract, parte integrantă a documentației, despre care a aflat din SEAP la ..... Contestația a fost expediată prin scrisoare poștală la 24.09....., în cele 5 zile acordate de legiuitor, prin art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016. Regula cu valoare de tradiție de la art. 183 alin. (1) C. proc. civ. – actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen – trebuie recunoscută și în cadrul procedurii contestării administrativ-jurisdicționale, întrucât Legea nr. 101/2016 nu cuprinde derogări față de dreptul comun în materie, care o completează în virtutea art. 68 din lege. Astfel fiind, formularea contestației se situează în interiorul termenului legal.

Asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul constată că prima pretenție a acesteia este ca societatea achizitoare să prevadă că termenul de plată este de 30 de zile, conform Legii nr. 72/2013, termen de la care se datorează penalități de întârziere dacă nu este respectat. ..... SA se apără, afirmând că nu îi sunt incidente dispozițiile Legii nr. 72/2013 referitoare la autoritățile contractante, deoarece nu deține o asemenea calitate; ea este „profesionist”, în sensul legii.

Văzând că există divergență între pozițiile exprimate de părțile litigante, Consiliul este ținut să o lichideze prin raportare la dispozițiile din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligaţiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesionişti şi între aceştia şi autorităţi contractante, lege care se aplică „creanţelor certe, lichide şi exigibile, constând în obligaţii de plată a unor sume de bani care rezultă dintr-un contract încheiat între profesionişti sau între aceştia şi o autoritate contractantă, contractul având ca obiect furnizarea de bunuri sau prestarea de servicii, inclusiv proiectarea şi execuţia lucrărilor publice, a clădirilor şi a lucrărilor de construcţii civile”. În sensul legii, expresiile şi termenii de mai jos au următorul înţeles:

1. autoritate contractantă:

a) orice autoritate publică a statului român, care acţionează la nivel central, regional sau local;

b) orice organism de drept public, altul decât cel prevăzut la lit. a), cu personalitate juridică, care a fost înfiinţat pentru a satisface nevoi de interes general, fără scop lucrativ, şi care se află în cel puţin una dintre următoarele situaţii:

(i) este finanţat, în majoritate, de către o autoritate contractantă, astfel cum este definită la lit. a), sau de către alt organism de drept public;

(ii) se află în subordinea sau este supus controlului unei autorităţi contractante, astfel cum este definită la lit. a), sau unui alt organism de drept public;

(iii) în componenţa consiliului de administraţie ori, după caz, a consiliului de supraveghere şi directoratului, mai mult de jumătate din numărul membrilor sunt numiţi

de către o autoritate contractantă, astfel cum este definită la lit. a), sau de către alt organism de drept public;

c) orice asociere formată de una sau mai multe autorităţi contractante dintre cele prevăzute la lit. a) sau b);

2. profesionist - orice persoană fizică sau juridică care exploatează o întreprindere cu scop lucrativ;

Legea transpune Directiva 2011/7/UE a Parlamentului European şi a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăţilor în tranzacţiile comerciale, care, la rândul său, oferă definiții pentru o parte dintre conceptele cu care operează, cum sunt:

2. „autoritate publică” înseamnă orice autoritate contractantă, conform definiției prevăzute la articolul 2 alineatul (1) litera (a) din Directiva 2004/17/CE și la articolul 1 alineatul (9) din Directiva 2004/18/CE, indiferent de obiectul sau valoarea contractului;

3. „întreprindere” înseamnă orice organizație, alta decât o autoritate publică, care desfășoară o activitate economică sau profesională independentă, chiar dacă respectiva activitate este desfășurată de o singură persoană.

Din art. 2 al Directivei 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale aflăm:

1. În sensul prezentei directive, se înțelege prin:

(a) „Autorități contractante” - statul, colectivitățile teritoriale, organismele de drept public, asociațiile formate din una sau mai multe asemenea colectivități sau unul sau mai multe asemenea organisme de drept public.

„Organism de drept public” reprezintă orice organism:

- înființat pentru obiectivul specific de a satisface nevoile de interes general, care nu are un caracter industrial sau comercial;

- cu personalitate juridică și

- finanțat, în mare parte, de către stat, colectivitățile teritoriale sau de alte organisme de drept public; sau a cărui gestiune este supusă controlului din partea acelor organisme; sau care are un organ de administrare, de conducere sau de supraveghere, din ai cărui membri mai mult de jumătate sunt numiți de către stat, colectivitățile teritoriale sau de către alte organisme de drept public;

(b) „întreprindere publică” - orice întreprindere asupra căreia entitățile contractante pot exercita, direct sau indirect, o influență dominantă în virtutea dreptului de proprietate, participării financiare sau normelor care o guvernează.

Influența dominantă se prezumă în cazul în care autoritățile contractante, direct sau indirect, față de o întreprindere:

- dețin majoritatea capitalului subscris al întreprinderii sau

- controlează majoritatea voturilor asociate acțiunilor emise de întreprindere sau

- pot numi mai mult de jumătate din membrii organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al întreprinderii.

2. Prezenta directivă se aplică entităților contractante:

(a) care sunt autorități contractante sau întreprinderi publice și care desfășoară una din activitățile menționate la articolele 3-7;

(b) care, dacă nu sunt autorități contractante sau întreprinderi publice, desfășoară, printre activitățile lor, una sau mai multe din activitățile menționate la articolele 3-7 și beneficiază de drepturi speciale sau exclusive acordate de o autoritate competentă a unui stat membru.

3. În sensul prezentei directive, „drepturi speciale sau exclusive” reprezintă drepturile acordate de autoritatea competentă a unui stat membru prin orice act cu putere de lege sau act administrativ al cărui efect este limitarea exercitării activităților definite la articolele 3-7 la una sau mai multe entități și care afectează substanțial capacitatea altor entități de a desfășura o astfel de activitate.

Fiind utilizate noțiuni autonome de drept unional, eventualele interpretări particularizate ale statelor membre sunt lipsite de relevanță, prevalând interpretarea supranațională. În lumina obiectivelor directivelor în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice care vizează excluderea atât a riscului de a fi acordată o preferință ofertanților sau candidaților naționali în cadrul oricărei atribuiri a unui contract efectuate de autoritățile contractante, cât și a posibilității ca un organism finanțat sau controlat de stat, de colectivitățile teritoriale sau de alte organisme de drept public să se lase ghidat de alte considerente decât cele economice, noțiunea „autoritate contractantă”, inclusiv aceea de „organism de drept public”, trebuie să primească o interpretare funcțională și largă (Curtea de Justiție a Uniunii Europene, *ex multis*, Hotărârea din 5 octombrie 2017, LitSpecMet, C-567/15, EU:C:2017:736, punctul 31, Hotărârea din 15 mai 2003, Comisia/ Spania, C-214/00, EU:C:2003:276, punctul 53 și jurisprudența acolo citată). Relevante sunt și Concluziile avocatului general Sharpston prezentate în cauza Farrell (C-413/15, EU:C:2017:492), din care citățm:

98. În Hotărârea Mannesmann Anlagenbau, Curtea a constatat că o entitate precum Österreichische Staatsdruckerei, a cărei activitate consta în tipărirea pe rotativă „heatset”, care era înființată potrivit legii și desfășura activități de interes general, dar și cu caracter comercial, trebuie să fie considerată organism de drept public și, prin urmare, autoritate contractantă; în consecință, contractele de lucrări de orice natură încheiate de această entitate trebuiau să fie considerate contracte de lucrări cu caracter public (Hotărârea din 15 ianuarie 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria și alții, C-44/96, EU:C:1998:4, punctul 35). În esență, Curtea a statuat că, din momentul în care un organism îndeplinește o parte dintre sarcinile sale în interes public, acest organism intră sub incidența Directivei privind achizițiile publice pentru toate ofertele sale.

99. În Hotărârea Adolf Truley, Curtea a subliniat că noțiunea „necesități de interes general” trebuie să primească o interpretare autonomă și uniformă în întreaga Uniune Europeană și că trebuie interpretată în lumina contextului și a scopului directivei (Hotărârea din 27 februarie 2003, Adolf Truley, C-373/00, EU:C:2003:110, punctele 33-40). Curtea a detaliat în continuare poziția sa în Hotărârea Comisia/Spania, precizând că, „pentru a determina dacă există sau nu există o necesitate de interes general fără caracter industrial sau comercial, trebuie să se țină seama de circumstanțele de fapt și de drept relevante, cum sunt cele care prevalează atunci când organismul în cauză a fost înființat, precum și de condițiile în care își desfășoară activitatea, inclusiv, printre altele, lipsa concurenței pe piață, faptul că scopul său principal nu este realizarea de profit, faptul că nu suportă riscurile asociate activității, precum și finanțarea publică eventuală a activității în cauză” (Hotărârea din 16 octombrie 2003, Comisia/Spania, C-283/00, EU:C:2003:544, punctul 81).

În cauza pendinte, ... SA acționează în calitate de entitate care dorește să achiziționeze lucrări de pe piața de profil, iar nu de profesionist „care exploatează o întreprindere cu scop lucrativ” și dorește să furnizeze propriile servicii unei autorități achizitoare sau unui profesionist. În contractul supus licitației, rolul societății este de cumpărător de lucrări (beneficiar) de la un vânzător (antreprenor executant), iar nu vânzător al propriilor bunuri/servicii/lucrări către un terț. Privit din altă perspectivă, contractul în referință este unul de achiziție sectorială (întemeiat pe Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale, după cum însăși organizatoarea îl califică), iar nu de vânzare/prestare de către societate în favoarea unui beneficiar a activităților sale de „profesionist”.

..... SA are calitatea de entitate contractantă când încheie contracte supuse Legii nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale, cum este și acela în discuție, și calitatea de profesionist când încheie contracte în baza altor legi. Contractele între profesioniști nu au tangență cu Legea nr. 99/2016 și, evident, nu sunt supuse formalităților de asigurare a transparenței și concurenței prescrise de amintita lege. Art. 1.169 C. civ. stabilește că părțile sunt libere să încheie orice contracte și să determine conținutul acestora, în limitele impuse de lege, de ordinea publică și de bunele moravuri.

Din moment ce, pentru atribuirea contractului de lucrări „modernizare post de transformare - PTZ 12, localitatea Dej, județul ..... - Lucrări MT și JT”, a ales să apeleze la procedura licitației deschise supusă Legii nr. 99/2016 și s-a declarat atât în anunțul de participare, cât și în alte documente ale licitației drept „autoritate/entitate contractantă”, societatea pârâtă trebuie considerată ca fiind autoritate/entitate contractantă, atât în lumina Legii nr. 99/2016, cât și a Legii nr. 72/2013, ambele raportate la conceptul de „organism de drept public”, astfel cum a fost precizat în numeroase rânduri de Curtea de Justiție a Uniunii Europene.

În consecință, contrar poziției expuse de entitatea contractantă, contractul pe care urmează să îl încheie nu este acoperit de art. 5 alin. (1) din Legea nr. 72/2013:

(1) În raporturile dintre profesionişti, termenul de plată nu poate fi mai mare de 60 de zile calendaristice. Prin excepţie, părţile pot stipula în contract un termen de plată mai mare, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, potrivit art. 12.

ci de art. 6 din respectiva lege:

(1) Autorităţile contractante execută obligaţia de plată a sumelor de bani rezultând din contractele încheiate cu profesionişti 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 recepţiei bunurilor sau prestării serviciilor, dacă data primirii facturii ori a unei cereri echivalente de plată este incertă sau anterioară recepţiei bunurilor sau prestării serviciilor;

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

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

(3) Părţile 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 instituţiilor publice din domeniul sănătăţii şi entităţilor publice care furnizează servicii medicale de sănătate, termenul legal de plată pentru obligaţiile băneşti rezultând din contracte încheiate cu profesionişti este de cel mult 60 de zile calendaristice, care se calculează potrivit prevederilor alin. (1).

Chiar dacă orice contract cu o entitate contractantă cuprinde clauze ce pot fi considerate exorbitante pentru particulari, dată fiind calitatea aparte a beneficiarului și destinația vizând interesul public a contractului, aceste clauze nu trebuie să excedeze limitelor legii, trecând în sfera celor abuzive – *practica sau clauza contractuală prin care se stabilește în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al daunelor-interese suplimentare este considerată abuzivă* (art. 12 din Legea nr. 72/2013).

Operatorul economic reclamant se găsește într-o situație de inferioritate față de entitatea achizitoare în ceea ce privește puterea de negociere a modelului de contract, situație care îl conduce la adeziunea la condițiile redactate în prealabil de către entitate, fără a putea exercita o influență asupra conținutului acestora în absența inițierii unui demers litigios. Dispozițiile imperative ale Legii nr. 72/2013 urmăresc, între altele, să substituie echilibrul formal pe care îl instituie contractul între drepturile și obligațiile cocontractanților printr-un echilibru real, de natură să restabilească egalitatea dintre aceste părți. *Mutatis mutandis*, este de observat și poziția favorabilă părții dependente/constrânse a Curții de Justiție a Uniunii Europene în domeniul clauzelor abuzive (de pildă: Hotărârea din 27 iunie 2000, Océano Grupo Editorial și Salvat Editores, C-240/98 și C-244/98, Rec., p. I-4941, Hotărârea din 26 octombrie 2006, Mostaza Claro, C-168/05, Rec., p. I-10421, Hotărârea din 6 octombrie 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, Rep., p. I-9579, Hotărârea Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, precum și Hotărârea din 14 iunie 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, ECLI:EU:C: 2012:349).

Astfel fiind, determinând că achizitoarea ..... SA are calitate de organism de drept public – autoritate/entitate contractantă, prin prisma Legii nr. 72/2013 citită împreună cu legea achizițiilor sectoriale, îi revenea obligația de a cuprinde în modelul de contract sectorial de lucrări un termen pentru îndeplinirea obligaţiei de plată a sumelor de bani rezultând din contracte care să respecte termenul

maximal impus de art. 6 din Legea nr. 72/2013. Prin urmare, fiind întemeiat primul capăt de cerere, clauzele 15.4 și 20.1 din modelul de contract trebuie revizuite, pentru a fi puse în acord cu dispozițiile legale.

După cum judicios a sesizat și contestatoarea, entitatea contractantă nu a furnizat nicio justificare obiectivă pentru a beneficia, eventual, de derogarea de la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 72/2013, apărarea fiind axată pe încadrarea societății în categoria profesioniștilor, nu a autorităților contractante.

Relativ la clauzele 18.1-3 din modelul de contract, Consiliul apreciază că nu se impune a fi realizată o revizuire pentru a înlătura echivocul reclamantei vizavi de alinierea cu Regulamentul de recepţie a lucrărilor de construcţii şi instalaţii aferente acestora, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 273/1994 (denumit în prezent „Regulamentul privind recepţia construcţiilor"). Clauzele indicate nu afectează cu nimic participarea SC ..... SA la licitație, nici buna executare a contractului și nici efectuarea recepțiilor parțiale sau finale. Indiferent de stilul de redactare a clauzelor din modelul de contract, acestea se interpretează coroborat cu normele regulamentului pe care ambele părți îl cunosc. Trebuie adăugat că operatorii economici participanți la achizițiile publice sunt considerați a fi profesioniști în domeniul lor de activitate, capabili să înțeleagă ușor clauzele și specificațiile elaborate de entitatea beneficiară și, în caz contrar, să reacționeze în sensul clarificării lor, astfel încât să dispună de toate informațiile necesare alcătuirii ofertei în direcția dorită de entitate. Chiar dacă o entitate contractantă este ținută să redacteze în mod precis şi clar condiţiile unei cereri de ofertă, aceasta nu este obligată să aibă în vedere toate situaţiile posibile, oricât de rare ar fi acestea, susceptibile să apară în practică (Ordonanţa Curţii de Justiție a Uniunii Europene din 20 aprilie 2007, TEA CEGOS şi STG/Comisia, C-189/06 P, Rep., p. I-62, punctul 30).

În conformitate cu decizia comisiei de recepţie la terminarea lucrărilor, investitorul aprobă, în termen de 3 zile de la luarea deciziei de către comisie, admiterea sau respingerea recepţiei şi semnează procesul-verbal la terminarea lucrărilor (art. 19 din regulament).

Elocvente sunt și următoarele dispoziții ale Codului civil:

Art. 1.862. - (1) De îndată ce a primit comunicarea prin care antreprenorul îl înştiinţează că lucrarea este finalizată, beneficiarul are obligaţia ca, într-un termen rezonabil potrivit naturii lucrării şi uzanţelor din domeniu, să o verifice şi, dacă aceasta corespunde condiţiilor stabilite prin contract, să o recepţioneze, precum şi, atunci când este cazul, să o ridice.

(2) Dacă, fără motive temeinice, beneficiarul nu se prezintă sau nu comunică neîntârziat antreprenorului rezultatul verificării, lucrarea se socoteşte recepţionată fără rezerve.

(3) Beneficiarul care a recepţionat lucrarea fără rezerve nu mai are dreptul de a invoca viciile aparente ale lucrării sau lipsa aparentă a calităţilor convenite.

Art. 1.876. - (1) În cursul executării contractului, beneficiarul are dreptul ca, fără a stânjeni activitatea normală a antreprenorului, să controleze stadiul de execuţie,

calitatea şi aspectul lucrărilor efectuate şi ale materialelor întrebuinţate, precum şi orice alte aspecte referitoare la îndeplinirea de către antreprenor a obligaţiilor sale contractuale.

(2) Beneficiarul comunică antreprenorului constatările şi instrucţiunile sale în scris, dacă nu s-a convenit altfel.

(3) La finalizarea acelei părţi din lucrare ce urmează a fi acoperită prin executarea ulterioară a altor lucrări sau prin montarea unor elemente de construcţii, antreprenorul şi beneficiarul sunt obligaţi să constate împreună existenţa părţii finalizate şi conformitatea acesteia cu dispoziţiile legale şi clauzele contractului. În acest scop, dacă nu s-a convenit altfel, antreprenorul îl convoacă pe beneficiar la locul executării lucrării înăuntrul unui termen rezonabil, a cărui întindere se stabileşte, potrivit uzanţelor existente, în raport cu natura lucrării şi locul situării acesteia. În cazul în care beneficiarul nu se prezintă la termenul comunicat în scris sau pe altă cale convenită de către părţi, antreprenorul poate întocmi singur actul de constatare a lucrării ce urmează a fi acoperită.

Vizavi de clauza 7 – Actualizarea prețului contractului:

7.1. Pretul contractului pentru lucrările executate este cel declarat în oferta financiară, anexă la contract.

7.2. Pretul contractului nu se actualizează.

reclamanta se plânge de subclauza 7.2, care nu îi permite ajustarea prețului contractului în ipoteza de la art. 158 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016:

(4) În condiţiile art. 240 alin. (2) din Lege, ajustarea preţului, fără a fi îndeplinite condiţiile prevăzute la alin. (2) şi (3), este aplicabilă direct în cazul în care au loc modificări legislative sau au fost emise de către autorităţile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunţarea la anumite taxe/impozite locale, al căror efect se reflectă în creşterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat preţul contractului.

Pentru a combate argumentele contestatoarei, entitatea achizitoare face apel la alin. (8) și (9) ale aceluiași art. 158:

(8) Entitatea contractantă are dreptul să includă clauze de ajustare/revizuire a preţului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele care se derulează pe o perioadă ce depăşeşte 6 luni.

(9) Entitatea contractantă este obligată să includă clauze de ajustare/revizuire a preţului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele care se derulează pe o perioadă ce depăşeşte 24 luni.

însă aceste dispoziții acoperă altă ipoteză, respectiv aceea a ajustării/revizuirii prețului, iar nu a aplicării directe în urma intervențiilor legislative sau administrative cu impact în prețul contractului. Spre pildă, majorarea, diminuarea sau eliminarea cotelor de contribuții sau a taxei pe valoarea adăugată (prin acte cu caracter normativ) nu poate rămâne indiferentă părților contractante, oricare ar fi durata contractului, întrucât art. 158 alin. (4) precitat este redactat la modul imperativ.

Mergând pe acest raționament, Agenția Națională pentru Achiziții Publice s-a exprimat:

- http://anap.gov.ro/web/ajustarea-pretului/:

Întrebare: Consiliere metodologică cu privire la posibilitatea ajustării prețului unui contract de lucrări încheiat în baza Legii nr. 98/2016, ca urmare a creșterii salariului minim pe economie și, implicit, a costului manoperei, în condițiile în care nu a fost prevăzută posibilitatea ajustării prețului contractului nici în documentația de atribuire și nici în clauzele contractuale.

Răspuns: Întrucât în speța dată ne referim la un contract de lucrări încheiat după data intrării în vigoare a Legii nr. 98/2016, posibilitatea și condițiile ajustării prețului acestui contract ca urmare a unei modificări legislative vor fi analizate prin prisma art.

28 alin. (5) din Anexa la H.G. nr. 395/2016, coroborat cu dispozițiile alin. (2), (4), (6) și (7) ale aceluiași articol. Astfel, posibilitatea de ajustare a prețului în cazul în care au loc modificări legislative este permisă, în condițiile art. 221 din Legea nr. 98/2016, fără a fi îndeplinite condițiile prevăzute la art. 28 alin. (3) din Anexa la H.G. nr. 395/2016, însă doar în măsura strict necesară pentru acoperirea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat preţul contractului. Pe cale de consecință, în situația ajustării prețului ca urmare a unei modificări legislative, autoritatea contractantă este exceptată de la obligația de a preciza atât în documentaţia de atribuire, cât şi în contractul de achiziţie publică/acordul-cadru modul concret de ajustare a preţului, indicii care vor fi utilizaţi, precum şi sursa informaţiilor cu privire la evoluţia acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotaţii ale burselor de mărfuri, simpla mențiune în documentaţia de atribuire şi în contractul de achiziţie publică/acordul-cadru a posibilității de modificare a contractului fiind suficientă. Prin urmare, având în vedere că în speța de față posibilitatea ajustării prețului nu a fost precizată nici în documentația de atribuire și nici în contract, precizăm că nu sunt îndeplinite condițiile legale pentru ajustarea prețului contractului.

- http://anap.gov.ro/web/notificare-cu-privire-la-impactul-prevederilor-o-u-g-nr-79-2017-pentru-modificarea-si-completarea-legii-nr-227-2015-privind-codul-fiscal-asupra-procedurilor-de-atribuire-aflate-in-derulare-si-asupr/:

Notificarea nr 265 și 264 cu privire la impactul prevederilor O.U.G. nr. 79/2017 pentru modificarea și completarea Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal asupra procedurilor de atribuire aflate în derulare și asupra contractelor de achiziție publică aflate în execuție

Începând cu 01 ianuarie ....., odată cu intrarea în vigoare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 79/2017 pentru modificarea și completarea Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal, a avut loc trecerea contribuțiilor sociale obligatorii datorate de angajator la angajat, fapt ce afectează structura procentuală a ofertelor, respectiv structura devizului care a stat la baza atribuirii contractului în ceea ce privește manopera și cheltuielile salariale.

În acest sens, în ceea ce privește impactul noilor prevederi fiscale generat de apariția O.U.G. nr. 79/2017 asupra contractelor de achiziție publică aflate în derulare, precizăm următoarele:

[...] obligația punerii în aplicare a prevederilor legislative sus-menționate, precum și necesitatea protejării intereselor tuturor părților implicate în derularea contractelor de achiziție publică, fără a aduce prejudicii niciuneia dintre părți, se traduce prin diminuarea cotelor contribuțiilor sociale aferente angajatorului din cadrul devizului și majorarea salariului tarifar brut ofertat cu cotele ce au trecut în sarcina angajatului reflectat în creșterea costului manoperei.

Astfel, aceste modificări aduse devizului aferent contractelor de achiziție publică implică în fapt o redistribuire a costurilor, ce poate avea sau nu impact asupra valorii totale a contractului.

[...] în care redistribuirea costurilor salariale implică o modificare a valorii totale a contractului, aceasta trebuie interpretată ca o ajustare/actualizare a prețului.

[...] autoritatea contractantă va finaliza procedura de atribuire, urmând ca după încheierea contractului să procedeze la modificarea acestuia în vederea respectării noilor prevederi legislative în domeniul fiscal, conform celor expuse la pct. I al prezentei notificări. În acest caz, se recomandă ca încheierea actului adițional de modificare a contractului de achiziție să se realizeze imediat după semnarea contractului, întrucât contractul încheiat după 01.01..... în forma inițială, în baza legislației aplicabile la momentul inițierii procedurii, este neconform cu noile prevederi în domeniul fiscal.

Concluzia este că actele normative care influențează prețul contractului trebuie să fie aplicate [și] de către părțile contractante, pe calea unei revizuiri corespunzătoare a prețului inițial, indiferent dacă respectivul contract are o durată de până la șase luni.

În consecință, pentru completa și corecta informare a operatorilor economici, astfel încât să nu existe interpretări

divergente și viitoare litigii legate de neajustarea prețului, subclauza 7.2 trebuia însoțită de derogarea pe care o prevede textul art. 158 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/ 2016, text imperativ (care nu este lăsat la discreția entității contractante și nu depinde de durata contractului).

Raportat la cele de mai sus, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul se vede nevoit să admită contestația SC ..... SA nr. ...../....., în contradictoriu cu ..... SA, și să constate că anumite clauze ale modelului contractului sectorial de lucrări sunt nelegale, după cum s-a demonstrat mai sus.

Din consultarea informațiilor disponibile în SEAP reiese că, între timp, la licitație au depus oferte trei companii (Prompt Servit-Baia Mare SRL, Gevolt Electric SRL și Eelewatul Serv SRL), oferte care au fost deschise și se află în curs de evaluare. Ținând seama că entitatea a continuat licitația deschisă prin primirea și deschiderea de oferte, ceea ce face imposibilă luarea vreunei măsuri de remediere a modelului de contract pentru continuarea procedurii de atribuire, Consiliul urmează a decide anularea ei, conform art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016 (*„În cazul admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliul dispune anularea procedurii de atribuire*."). Consiliul a fost pus în imposibilitate de a decide remedierea actelor procedurii de atribuire, în contextul în care entitatea a continuat achiziția, după etapa depunerii ofertelor fiind imposibilă rectificarea documentației de atribuire pentru a se intra în legalitate, astfel încât la procedură să participe și operatorul economic contestator, alături de alți operatori economici interesați (în condițiile legii, de transparență și de tratament egal).

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

Admite contestația SC ..... SA nr. ...../ ....., în contradictoriu cu ..... SA, și anulează procedura de atribuire a contractului de lucrări „modernizare post de transformare - PTZ 12, localitatea …, județul ..... - Lucrări MT și JT", cod CPV 45310000-3, cu data-limită de depunere a ofertelor 22.10.....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile lucrătoare.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în patru exemplare, conține cincisprezece pagini.