



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) 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, depusă de către SC SRL, cu sediul în, str. ..., județul, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având Cod Unic de Înregistrare RO, reprezentată de în calitate de administrator, împotriva documentației de atribuire, elaborată de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, str., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii, pe loturi, a contractului de achiziție publică având ca obiect „.....”, cod CPV 45234115-5 – Lucrări de semnalizare feroviară (Rev.2), s-a solicitat eliminarea primei fraze prevăzute la art. 24..... din modelul de contract atașat la procedură și înlocuirea cu fraza „achizitorul are obligația de a efectua plata către executat în termen de 30 de zile de la primirea facturii”.

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

Consiliul a fost sesizat să soluționeze contestația înregistrată la Consiliu sub nr. /, prin care ofertantul SC SRL a contestat dispozițiile art. 24..... din modelul de contract atașat la prezenta procedură de atribuire.

Autoarea contestației susține că în data de 31.03....., a adresat o notificare prealabilă prin care a solicitat modificarea

primei propoziții a art. 24..... din modelul de contract publicat în procedura de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 7 din Legea nr. 72/2013, referitoare la termenul de plată contractual, având în vedere că în modelul de contract termenul de plată este condiționat de primirea subvenției de la minister, iar în Legea nr. 72/2013 termenul de plată, în cazul contractelor de lucrări, este legat de primirea facturii.

Contestatoarea arată că autoritatea contractantă nu a emis un răspuns la notificarea prealabilă antemenționată, anexând totodată actul ... nr. 3/2/78/23.02..... din care rezultă că aceasta se consideră profesionist în sensul art. 2 din Legea nr. 72/2013.

Societatea contestatoare solicită Consiliului eliminarea primei fraze a art. 24..... din modelul de contract, respectiv „Achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termen de 5 zile de la data primirii fondurilor de către ... SA de la bugetul de stat de la primirea facturii” și înlocuirea ei cu următoarea frază "Achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termen de 30 zile de la primirea facturii".

Se menționează că potrivit art. 14, lit. c) – clauze calificate de lege abuzive - este abuziv din partea autorității contractante să se prevadă un termen mai mare de la care creanța produce dobânzi decât cel prevăzut la art. 3 alin. (3).

În acest sens, autoarea contestației învederează că fraza întâi din art. 24..... este inechitabilă întrucât nu prevede un termen concret de plată a facturii, respectiv la un număr minim de 30 zile calendaristice prevăzute la art. 3, alin (3), lit. a) din Legea nr. 72/2013 sau maxim de 60 zile calendaristice prevăzute la art. 5, alin (.....) din același act normativ, ori subvenția de la stat (ordonator Ministerul Transporturilor) poate veni chiar la sfârșitul lunii decembrie anul curent, adică cu mult peste 60 zile calendaristice.

Totodată, contestatoarea afirmă că dobânda penalizatoare curge după 30 zile calendaristice de la data primirii facturii de către debitor, dacă termenul de plată nu a fost prevăzut în contract, astfel cum prevede art. 3, alin. (3), lit. a) din Legea nr. 72/2013, prin urmare clauza contractuală de la art. 24..... din contract întrunește calificarea de clauză abuzivă conform art. 12, art. 13 și art. 14 din lege.

Prin adresa nr.AP./1122/11.04....., înregistrată la Consiliu sub nr. 13719/13.04....., autoritatea contractantă formulează punct de vedere la contestație, solicitând respingerea ca nefondată.

Autoritatea contractantă susține că pentru toate contractele de achiziție sectoriale, pe care aceasta le încheie, nu se aplică prevederile art. 6, alin. (.....) din Legea nr. 72/2013, ci se aplică prevederile art. 5 din aceeași lege – „În rapoartele dintre profesioniști, termenul de plată nu poate fi mai mare de 60 de zile calendaristice. Prin excepție, părțile pot stipula în contract un termen de plată mai mare, sub rezerva că această clauză să nu fie abuzivă, potrivit art. 12”.

Totodată, autoritatea contractantă menționează că sursa de finanțare pentru execuția lucrărilor care fac obiectul procedurii de achiziție o reprezintă fondurile de la bugetul de stat, autoritatea contractantă fiind condiționată la plata facturilor de primirea fondurilor de la Ministerul Finanțelor Publice.

Se arată că autoritatea contractantă a transmis adresa nr. 3/2/78 din 23.02....., prin care a formulat un răspuns în acest sens contestatoarei.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 13954/14.04....., SC SRL formulează concluzii scrise, la punctul de vedere transmis de autoritatea contractantă, solicitând astfel cum a fost solicitat în cuprinsul contestației.

Autoarea contestației apreciază că autorității contractante îi sunt aplicabile art. 12 și art. 14, lit. a) din Legea nr. 72/2013, indiferent că se consideră profesionist ori autoritate contractantă.

Dosarul achiziției publice conținând documentele necesare soluționării a fost înregistrat la Consiliu sub nr. 16005/27.04.....

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii, pe loturi, a contractului de achiziție publică având ca obiect „.....”, sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare (sectoriale) nr./.....

Valoarea estimată a contractului este de 424.169 lei, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Analizând criticile formulate de către SC SRL, Consiliul constată că acestea vizează clauza contractuală 24..... conform căreia „Achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termen de 5 zile de la data primirii fondurilor de către ...SA de la bugetul de stat”, inserată de către autoritatea contractantă în modelul de contract, clauză considerată de contestator abuzivă și nelegală, prin raportare la dispozițiile 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, motiv pentru care solicită anularea clauzei și înlocuirea acesteia cu următoarea „Achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termen de 30 zile de la primirea facturii”.

Dispozițiile art. 6 „Termenul legal de plată” 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, stabilesc la alin. (.....), următoarele: „(.....) 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."

alin. (1). art. 12 Același act normativ, la art. 7 „Termenul contractual de plată”, prevede că „(.....) Termenele de plată stabilite în contract pentru executarea obligațiilor autorităților contractante nu pot fi mai mari decât termenele stabilite potrivit art. 6 alin. (.....). 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."

Mai mult, prevederile Legii nr. 72/2013 definesc și reglementează clauzele contractuale și practicile abuzive, astfel:

- art. 12 „Noțiune”:

„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. 13 „Calificarea clauzelor și a practicilor abuzive”:

„În determinarea caracterului abuziv al unei clauze sau practici, instanța ține cont de toate circumstanțele cauzei, în special de:

[...]

b) nerespectarea principiului bunei-credințe și a principiilor de diligență în executarea obligațiilor;

[...]

e) poziția dominantă a cocontractantului în raport cu o întreprindere mică sau mijlocie.”

- art. 14 „Clauze calificate de lege ca abuzive”:

„Sunt calificate ca abuzive, nefiind necesară verificarea existenței circumstanțelor prevăzute la art. 13 sau a altor circumstanțe specifice cauzei, clauzele contractuale care:

[...]

alin. (1) d) fixează, în contractele dintre profesioniști și autorități contractante, un termen de plată mai mare decât cel prevăzut la art. 7 alin. (.....);”

- Art. 15 „Sanțiuni”:

„(.....) Clauzele abuzive sunt lovite de nulitate absolută.”

Totodată, Directiva 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale, reglementează următoarele:

- 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 (.....);

[...]

(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.*

Așadar, legiuitorul a înțeles 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, cu consecința suportării de dobânzi penalizatoare pentru nerespectarea lor.

Cele de mai sus conduc la concluzia că prin clauza contractuală 24....., conform căreia „Achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termen de 5 zile de la data primirii fondurilor de către ... SA de la bugetul de stat”, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile mai sus evocate.

Astfel, prin formularea acestei clauze din modelul de contract, autoritatea contractantă a condiționat plata facturilor de o terță parte, străină de contract, ... neputând ignora dispozițiile legale în vigoare la data demarării procedurii de atribuire. Orice întârziere în virarea sumelor de la bugetul de stat nu poate fi imputată executantului.

Sub acest aspect sunt pertinente și vor fi reținute în soluționare, susținerile societății contestatoare conform cărora prima frază a art. 24..... din modelul de contract este inechitabilă, întrucât nu prevede un termen concret de plată a facturii, respectiv la un număr minim de 30 zile calendaristice prevăzute la art. 3 alin. (3) lit. a) din Legea nr. 72/2013 sau maxim 60 zile calendaristice prevăzute la art. 5 alin. (.....) din același act normativ.

Pe de altă parte, având în vedere că efectuarea plăților poate fi condiționată de alocările bugetare, situație care se circumscrie în excepția prevăzută de art. 7 alin. (.....) din Legea nr. 72/2013, și anume termenul 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, Consiliul reține că, în speță, este vorba despre o situație obiectiv justificată de

Într-o atare situație, pentru toate considerentele expuse anterior, constatând că, în elaborarea modelului de contract aferent procedurii de atribuire, autoritatea contractantă nu a respectat legislația achizițiilor publice și legislația incidentă, respectiv 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*, Consiliul constată că susținerile contestatoarei sunt întemeiate.

Prin urmare, va obliga autoritatea contractantă la modificarea primei părți a clauzei contractuale 24..... din modelul de contract, respectiv mențiunea „Achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termen de 5 zile de la data primirii fondurilor de către ... de la bugetul de stat”, aceasta urmând să aibă următorul conținut „Achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termen de 60 zile de la primirea facturii”.

Întrucât nu s-a solicitat dispunerea măsurii provizorii de suspendare a procedurii conform dispozițiilor art. 22 din Legea nr. 101/2016 și văzând procesul-verbal nr. AP/1357/08.05..... încheiat cu ocazia verificării și analizării documentelor de înscriere și formularelor DUAE depuse în prezenta procedură, constatând că în cauză nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii, Consiliul, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația și va dispune anularea procedurii de atribuire.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (7) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu și dispune anularea procedurii de atribuire.

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (.....) din Legea nr. 101/2016.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (.....) din Legea nr. 101/2016.