CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../..... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., având Cod Unic de Înregistrare ..... şi număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ....., reprezentată legal prin ... în calitate de Director general, privind procedura de licitație deschisă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „.....”, cod CPV 45233120-6, organizată de ....., cu sediul în ....., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat Consiliului:

(i) să constate că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv modelul de contract, parte a documentației de atribuire care stabilesc în sarcina achizitorului doar obligația de plată a prețului contractului, nu şi celelalte obligații care revin achizitorului conform prevederilor in materie.

(ii) 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.

(iii) să constate că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract, parte integrantă a documentației de atribuire, care nu stabilesc în mod simetric dreptul Executantului de reziliere a contractului în caz de neîndeplinire de către Achizitor a obligațiilor contractuale.

(iv) să constate că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv modelul de contract, parte a documentației de atribuire, care condiționează plata lucrărilor de recepția acestora şi care nu stabilesc un termen de verificare a situațiilor de lucrări.

(v) să constate că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv modelul de contract, parte a documentației de atribuire care nu stabilesc în concret că facturarea se va face de regulă lunar, cu respectarea art. 319 alin. 16 din Codul Fiscal;

(vi) să constate că sunt nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract şi fişă de date, parte integrantă a documentației de atribuire, care condiționează plățile de finanțarea asigurată.

(vii) să dispună măsuri de remediere constând în obligarea autorităţii contractante la modificarea documentației de atribuire şi a modelului de contract propus în documentația de atribuire conform criticilor supuse atenției la lit. (i), (ii), (iii), (iv), (v) şi (vi) de mai sus, iar, în măsura în care la data soluționării contestaţiei nu se vor putea dispune măsuri de remediere pe motiv că ofertele ar fi deschise, anularea procedurii de atribuire.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzelor de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ..... SRL, reclamă clauzele contractuale impuse de autoritatea contractantă în cuprinsul modelului de contract, parte integrantă a documentației de atribuire, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, apreciindu-le nelegale, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

1. Referitor la nelegalitatea prevederilor care stabilesc în sarcina achizitorului doar obligația de plată a prețului contractului, nu şi celelalte obligaţii care revin achizitorului conform prevederilor în materie, contestatorul arată că potrivit mențiunilor de la capitolul 10 din contract - Obligaţiile principale ale achizitorului este stabilită în sarcina achizitorului doar obligația de plată a preţului contractului, nu şi alte obligaţii care revin acestuia conform prevederilor legale în materie.

În acest sens şi în virtutea principiului asumării răspunderii reglementat de art. 2 alin. 2 din Legea 98/2016, contestatorul consideră că se impune inserarea la capitolul 10 din contract a următoarelor obligații care revin achizitorului:

„a. Achizitorul are obligaţia de a pune la dispoziţie Executantului, fără plată, următoarele documente necesare pentru demararea şi execuție în condiţii de siguranţă a lucrărilor: întreaga documentaţie necesară pentru execuţia lucrărilor contractate, studiul geo, studiul de fezabilitate, plan reţele, avize şi alte autorizaţii necesare pentru execuţia lucrărilor.

b. La începerea lucrărilor autoritatatea contractanta are obligaţia de a obţine toate autorizaţiile şi avizele necesare în vederea execuţiei lucrărilor.

c. (1) Autoritatea contractanta are obligaţia de a pune la dispoziţie executantului, fără plată, dacă nu s-ci convenit altfel, următoarele:

a) amplasamentul lucrării liber de orice sarcină;

b) suprafeţele de teren necesare pentru depozitare şi pentru organizarea de şantier;

c) căile de acces rutier şi racordurile de cale ferată;

d) racordurile pentru utilităţi (apă, gaz, energie, canalizare etc.), până la limita amplasamentului şantierului.

(2) Costurile pentru consumul de utilităţi, precum şi cel al contoarelor sau al altor aparate de măsurat se suportă de către executant.

d. Autoritatea contractanta are obligaţia de a pune la dispoziţie executantului întreaga documentaţie necesară pentru execuţia lucrărilor contractate, fără plată, în 4 exemplare, la termenele stabilite prin graficul de execuţie a lucrării

e. Autoritatea contractanta este responsabila pentru trasarea axelor principale, a bornelor de referinţă, a căilor de circulaţie şi a limitelor terenului pus la dispoziţie executantului, precum şi pentru materializarea cotelor de nivel în imediata apropiere a terenului.

f. Autoritatea contractanta are obligaţia de a examina şi de a măsura lucrările care devin ascunse în cel mult 5 zile de la notificarea executantului,

g. Autoritatea contractanta este pe deplin responsabila de exactitatea documentelor şi a oricăror alte informaţii furnizate executantului, precum şi de dispoziţiile şi livrările sale."

În cauză, contestatorul precizează că autoritatea contractantă a refuzat şi prin răspunsul la clarificări să insereze în contract obligațiile mai sus enunțate.

Dintre obligaţiile menționate şi care sunt în sarcina Achizitorului contestatorul supune atenţiei în mod deosebit obligaţia Achizitorului de verificare a lucrărilor care devin ascunse şi de asumare a unui termen de verificare a lucrărilor ascunse, specificând următoarele:

Lipsa unui termen de verificare a lucrărilor ascunse reprezintă o încălcare a principiilor reglementate la art. 2 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, cu referire la principiile asumării răspunderii, principiul proporţionalităţii, transparenţei şi egalităţii de tratament, principii încălcate din moment ce se pretinde executantului să realizeze lucrărilor în termenul impus de către achizitor, insă acesta din urmă nu-şi asumă niciun termen de verificare a lucrărilor ascunse.

În lipsa unui angajament al achizitorului cu privire la termenul de verificare a lucrărilor ascunse, verificarea lucrărilor ascunse ar putea fi tergiversata şi lăsată la libera apreciere a achizitorului, situație în care executantul ar putea fi în situația de a nu-şi putea continua lucrările pentru că achizitorul nu a verificat lucrările ascunse.

Relevante sub acest aspect sunt considerate şi prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016 şi ale art. 91 alin. (1) din HG nr. 395/2016, respectiv art. 1266 - 1269 din codul civil ce reglementează întinderea drepturilor şi obligaţiilor părţilor.

Pentru motivele mai sus menţionate, contestatorul solicită obligarea autorităţii contractante la inserarea în contract a obligaţiilor menţionate în cuprinsul prezentului capăt de cerere.

2. Referitor la nelegalitatea prevederilor care stabilesc un termen de graţie de la care încep să curgă penalitățile de întârziere la plată, contestatorul precizează că potrivit art. 11.2 din contract – *„în cazul în*

care achizitorul nu onorează facturile în termen de 28 de zile de la expirarea perioadei convenite la art. 18.2, atunci acesta are obligația de a plăti, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală de 0,1%/zi de întârziere din valoarea restului de executat a lucrării dar nu mai mult de 10% din valoarea totală a contractului".

În opinia contestatorului, 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 graţie de la care încep să curgă penalităţile este considerată nelegală, sens în care se impune eliminarea acestei menţiuni.

De asemenea, contestatorul apreciază că prin menținerea termenului de graţie s-ar încălca totodată, principiul tratamentului egal şi al nediscriminării reglementate de art. 2 alin. (2) lit. a) şi b) din Legea nr. 98/2016, în contextul în care în cazul penalităților de întârziere aplicabile executantului pentru întârziere în execuţia obligaţiilor contractuale nu este stipulat un termen de graţie de la care acestea încep să curgă.

Invocând în cauză și jurisprudența Consiliului, contestatorul solicită eliminarea clauzelor care reglementează termene de graţie de la care încep să curgă penalităţile şi a oricăror menţiuni care ar comporta interpretarea că penalităţile de întârziere la plată ar curge la intervale mai mari decât cele prevăzute în Legea nr. 72/2013, dat fiind că autoritatea a refuzat eliminarea termenului de graţie, astfel cum rezultă din Răspunsul la notificarea prealabilă, respectiv din Răspunsul la clarificări nr. 11851/19.06.....

3. Referitor la nelegalitatea prevederilor din modelul de contract care nu stabilesc în mod simetric dreptul Executantului de reziliere a contractului în caz de neîndeplinire de către Achizitor a obligaţiilor contractuale, contestatorul arată că potrivit art. 15.3. – *„Părțile au convenit de comun acord ca prezentul contract sa înceteze de plin drept, in temeiul unui pact comisoriu de gradul IV, fără punerea in întârziere a executantului, sau fără alta formalitate și fără intervenția instanțelor judecătorești, in următoarele situații:*

a) daca executantului ii sunt retrase sau nu obţine autorizațiile, avizele sau orice alte documente necesare executării obligațiilor contractuale, prevăzute in oferta;

b) cumularea de către executant a penalităților pana la o suma echivalenta 1/2 din suma reprezentând garanţia de buna execuţie totala a prezentului contract;

c) isi incalca vreuna dintre obligaţiile sale, după ce a fost avertizata, printr-o notificare scrisa, de către cealaltă parte, ca o noua nerespectare a acestora va duce la rezilierea prezentului contract".

Din analiza prevederilor enunțate rezultă că doar achizitorul poate rezilia contractul de plin drept, în caz de neîndeplinire de către executant a obligațiilor sale, nu şi executantul.

În virtutea principiului egalității de tratament, contestatorul arată că a solicitat autorității contractante modificarea articolului în discuție după cum urmează:

„Părțile au convenit de comun acord ca prezentul contract sa înceteze de plin drept, in temeiul unui pact comisoriu de gradul IV, fără punerea in întârziere a părții în culpă executantului, sau fără alta formalitate si fără intervenția instanțelor judecătorești, in următoarele situații:

a) daca executantului ii sunt retrase sau nu obține autorizațiile, avizele sau orice alte documente necesare executării obligațiilor contractuale, prevăzute in oferta;

b) cumularea de către executant a penalităților pana la o suma echivalenta 1/2 din suma reprezentând garanția de buna execuție totala a prezentului contract;

c) una din părți își încălcă vreuna dintre obligațiile sale, după ce a fost avertizata, printr-o notificare scrisa, de către cealaltă parte, ca o noua nerespectare a acestora va duce la rezilierea prezentului contract."

Autoritatea contractantă a modificat art. 15.3 prin răspunsul la clarificări nr. 11851/16.06....., după cum urmează:

„Părțile au convenit de comun acord ca prezentul contract sa înceteze de plin drept, in temeiul unui pact comisoriu de gradul IV, fără punerea in întârziere a părţii în culpă, sau fara alta formalitate si fara interventia inatnțelor judecătoreşti, in urmatoarele situatii:

a) daca executantului ii sunt retrase sau nu obţine autorizaţiile, avizele sau orice alte documente necesare executării obligaţiilor contractuale, prevăzute in oferta;"

Astfel, contestatorul subliniază faptul că nici prin răspunsul la clarificări nu s-a modificat articolul astfel încât să se prevadă şi dreptul executantului de a rezilia de plin drept contractul în caz de neîndeplinire de către achizitor a obligaţiilor sale.

In susţinerea acestui capăt de cerere se arătă că este abuzivă şi excesiv de oneroasă stabilirea doar în sarcina uneia din părţile contractante a dreptului de a rezilia de plin drept contractul în caz de neîndeplinire culpabilă de către cealaltă parte a obligaţiilor contractuale, întrucât aceste clauze rup echilibrul contractual şi descurajează participarea la procedurile de achiziţie.

De asemenea, o astfel de abordare a clauzelor contractuale încalcă principiile tratamentului egal şi al nediscriminării, principii reglementate de art. 2 alin. 2 din Lega 98/2016, precum şi principiul de drept al reciprocităţii şi interdependeţei obligaţiilor în contractele sinalagmatice.

Or, o consecinţă a reciprocităţii şi interdependenţei obligaţiilor contractuale este, în opinia contestatorului, şi dreptul de a solicita rezilierea contractului în condiţii simetrice.

In contextul în care achizitorul are în patrimoniu dreptul de a rezilia de plin drept contractul în caz de neîndeplinire de către executant a obligaţiilor contractuale, pentru păstrarea echilibrului contractual şi pentru corelarea clauzelor contractuale cu prevederile legale se impune inserarea în contract a unei clauze echivalente pentru executant, de natură a

permite acestuia să rezilieze contractul de plin drept în caz de neîndeplinire culpabilă de către achizitor a propriilor obligaţii contractuale.

În consecinţă, contestatorul consideră că se impune modificarea art. 15.3 din contract după cum urmează:

„Părțile au convenit de comun acord ca prezentul contract sa înceteze de plin drept, in temeiul unui pact comisoriu de gradul IV, fără punerea in intarziere a părţii în culpă sau fără alta formalitate si fără intervenția instanțelor judecătorești, in următoarele situatii:

a) daca executantului ii sunt retrase sau nu obţine autorizaţiile, avizele sau orice alte documente necesare executării obligaţiilor contractuale, prevăzute in oferta;

b) una din părţi isi incalca vreuna dintre obligaţiile sale, după ce a fost avertizata, printr-o notificare scrisa, de către cealalta parte, ca o noua nerespectare a acestora va duce la rezilierea prezentului contract"

4. Referitor la prevederile care condiționează emiterea facturilor/plata facturilor de recepția lucrărilor şi care nu stabilesc un termen de verificare a situaţiilor de lucrări, respectiv art. 18.1 *„Achizitorul are obligaţia de a efectua plata către executant pe baza facturii, insotita de: - procesul verbal de recepţie acceptat fara obiectiuni de achizitor;*

Situatiile de lucrări care nu sunt însoțite de documentele mentionate mai sus, nu vor fi confirmate si decontate de către beneficiar", contestatorul arată următoarele:

Se vorbește atât despre verificarea situațiilor de lucrări, fără a se indica însă un termen de verificare, cât şi despre recepţia acestora, sens în care nu se înţelege dacă condiţiile sunt cumulative pentru a se putea emite factura, neclarități care vin în contradicţie cu prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016 .

Pe de altă parte, condiţionarea emiterii şi plăţii facturilor de recepţia lucrărilor este considerată nelegală pentru următoarele considerente:

- Se impune eliminarea mențiunii cu privire la condiționarea emiterii facturilor şi plăţii acestora de recepţia lucrărilor întrucât recepţia lucrărilor are ca efecte/scop preluarea lucrărilor de către achizitor (inclusiv a răspunderii cu privire la acestea), precum şi începerea perioadei de garanţie a lucrărilor.

Or, aceste efecte nu au nicio legătură cu naşterea în patrimoniul achizitorului a obligaţiei de plată a lucrărilor cuprinse în situaţia de lucrări.

în plus, există doar două recepţii prevăzute de către HG 273/1994, respectiv recepţia la terminarea lucrărilor şi recepţia finală, sens în care nu se înţelege despre ce recepţie este vorba.

Astfel, pentru respectarea principiului interdependenței şi reciprocității obligațiilor contractuale ale pârților, nu se poate condiționa emiterea şi plata facturilor de recepția lucrărilor în contextul în care este vorba de două etape diferite în execuția lucrărilor. Prin condiționarea emiterii facturilor şi plăţii acestora de recepţia lucrărilor sunt încălcate totodată, şi prevederile art. 319 alin. 16 din Codul Fiscal potrivit cărora: *Pentru alte operaţiuni decât cele prevăzute la alin. (15), persoana impozabilă are obligaţia de a emite o factură cel târziu până în cea de-a 15-a zi a lunii următoare celei în care ia naştere faptul generator al taxei,*

cu excepţia cazului în care factura a fost deja emisă. De asemenea, persoana impozabilă trebuie să emită o factură pentru suma avansurilor încasate în legătură cu o livrare de bunuri/prestare de servicii cel târziu până în cea de-a 15-a zi a lunii următoare celei în care a încasat avansurile, cu excepţia cazului în care factura a fost deja emisă.

Contestatorul mai arată că facturarea lunară a situațiilor de lucrări este obligatorie pentru a fi plătit TVA-ul lunar şi impozitul pe profit trimestrial, făcând trimitere în acest sens şi la prevederile 41 alin. (1) şi art. 307 din Codul fiscal cu privire la exigibilitatea plății TVA şi data de la care încep să curgă accesoriile, precum și la practica CNSC.

- Condiționarea emiterii şi plăţii facturilor de recepţia lucrărilor echivalează practic cu finanţarea execuţiei lucrărilor de către executant, în condiţiile în care deşi la art. 18.2 din contract se vorbeşte despre plăţi parţiale, acest articol nu ar putea fi aplicabil din moment ce potrivit art. 18.1 emiterea şi plata facturilor este condiţionată de recepţie, iar recepţia, conform prevederilor legale în materie, se efectuează la terminarea lucrărilor sau la sfârşitul perioadei de garanţie.

- Clauzele sunt nelegale reprezentând o încălcare a principiilor care stau la baza achizițiilor publice, menționate la art. 2 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, respectiv principiul asumării răspunderii şi a principiului proporţionalităţii în condiţiile în care în contract sunt stabilite obligaţii în sarcina executantului de executare a contractului cu respectarea termenului de finalizare prevăzut în graficul de execuţie lucrări, fără ca Achizitorul să-şi asume un termen de plată aliniat prevederilor legale. Mai mult, clauzele sunt abuzive în contextul în care nu numai că se pretinde practic finanţarea de către executant a execuţiei lucrărilor, dar se stabilesc inclusiv sancţiuni în caz de neexecuţie a lucrărilor la termen.

În acest sens, contestatorul face trimitere art. 12 din Legea nr. 72/2013 –*„practica sau clauza contractuală prin care se stabileşte în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al daunelor-interese suplimentare este considerată abuzivă*”.

- Clauzele sunt nelegale şi încalcă principiile de drept ale reciprocității şi interdependenței obligațiilor în contractele sinalagmatice.

Or, arată contestatorul, o consecinţă a reciprocităţii şi interdependenţei obligaţiilor contractuale este şi obligaţia achizitorului de asigurare a finanţării contractului şi de plată a preţului cu respectarea prevederilor legale în materia emiterii facturilor aferente situaţiilor de lucrări şi a celor privind stabilirea unor termene legale de plată.

- Clauzele sunt nerezonabile şi disproporţionale în raport cu practica de piaţă, de natură a exclude operatorii economici serioşi, în acest sens fiind făcută trimitere la prevederile de la Capitolul IV, punctul 5 din Ordinul 543/2013 de adoptare a ghidului privind principalele riscuri identificate în domeniul achiziţiilor publice şi recomandările Comisiei Europene.

- Nu există nicio mențiune în cuprinsul clauzelor cu privire la situația facturării de către executant a lucrărilor executate şi care ar trebui "autofinanțate" pe durata de desfășurare a contractului (cum vor fi

facturate situațiile de lucrări, la ce intervale, cum se va achita TVA-ul lunar/impozitul pe profit trimestrial, cum se va reglementa din punct de vedere contabil finanţarea contractului de către executant).

În opinia contestatorului, în ipoteza în care s-ar pretinde facturarea la finalul duratei contractului s-ar încălca prevederile de la art. 319 alin. 16 din Codul fiscal privind obligaţia de facturare lunară şi prevederile Legii nr. 72/2013 (art. 6 şi 8), respectiv ale Directivei 2011/7/UE privind stabilirea unor termen de plată de maxim 30 de zile (luând în considerare tipul de contract în discuție).

Din coroborarea articolelor mai sus enunțate rezultă că executantul trebuie să emită lunar facturile aferente situaţiilor de lucrări, iar plata acestora trebuie efectuată în maxim 30 de zile de la primirea facturilor de către Achizitor.

Astfel, contestatorul apreciază că nu este posibilă susţinerea doar de către executant a execuţiei lucrărilor pe toată perioada contractului fiind necesară facturarea lunară a situaţiilor de lucrări periodice, pentru a fi plătit TVA-ul lunar şi impozitul pe profit trimestrial. De asemenea, precizează că în contextul facturării, acestea trebuie achitate în termenul prevăzut de Legea nr.72/2013.

În consecinţă, contestatorul solicită eliminarea condiţionării emiterii şi plătii facturilor de recepţia lucrărilor, emiterea si plata facturilor fiind condiţionată de aprobarea situaţiilor de lucrări aferente.

Totodată solicită, în virtutea principiului asumării răspunderii reglementat de art. 2 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 stabilirea unui termen de aprobare/verificare de către achizitor a situaţiilor de lucrări de maxim de 15 zile.

De asemenea, contestatorul învederează faptul că atât prin răspunsul la clarificări, cât şi prin răspunsul la notificarea prealabilă autoritatea contractantă a refuzat să modifice art. 18.1.

5. Referitor la nelegalitatea prevederilor care nu stabilesc în concret că facturarea se va face de regulă lunar, cu respectarea art. 319 alin. 16 din Codul Fiscal, contestatorul arată că potrivit art. 18.2 *„Plăţile parţiale se efectueaza in funcţie de finanţarea asigurata pentru această destinatie, la valoarea lucrărilor executate in baza comenzilor de lucrări si dovedite prin situatii de lucrări care au fost acceptate de către achizitor, în termen de până la 30 de zile de la înregistrarea facturii la achizitor”*.

Potrivit contestatorului, din analizarea articolului mai sus menţionat, deşi se vorbeşte despre tranşe de plată, nu se înţelege când se va face facturarea şi plata, respectiv la ce intervale de timp vor fi emise facturile/efectuate plăţile parţiale.

Inclusiv prin aplicarea regulilor de interpretare a contractelor prevăzute de art. 1266 - 1269 din codul civil, contestatorul susține că nu s-ar putea cunoaşte voinţa concordantă a părţilor.

Or, subliniază contestatorul, aceste aspecte sunt esenţiale, vizând obligaţia principală a achizitorului, respectiv aceea de plată a preţului contractului, termenele şi condiţiile efectuării plăţilor.

De asemenea, arată că nu se înţelege dacă facturile se vor emite lunar sau va fi o singură factură aferentă lucrărilor executate conform contractului (după recepţia lucrărilor).

Indiferent de interpretarea dată articolelor, contestatorul susține că acestea sunt nelegale pentru următoarele motive:

- în ipoteza în care s-ar interpreta că se va emite o singură factură pentru lucrările executate, după recepţia lucrărilor, pe lângă faptul că este nelegală condiţionarea emiterii/platii facturilor de recepţia lucrărilor (conform celor arătate la punctul 4 de mai sus) clauzele încalcă prevederile Codul Fiscal cu privire la obligaţia de emitere a facturilor aferente lucrărilor executate/serviciilor prestate, precum şi cu privire la obligaţia de achitare a TVA-ului lunar şi a impozitului pe profit trimestrial. În acest sens, contestatorul face trimitere la prevederile art. 319 alin. 16, art. 41 alin. 1 şi art. 307 din Codul Fiscal.

- In ipoteza în care s-ar interpreta că se vor emite facturi lunar, însă plata se va efectua după recepția lucrărilor, atunci clauzele ar reprezenta o încălcare a prevederilor Legii 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 şi a Directivei 2011/7/UE a Parlamentului European şi a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăţilor în tranzacţiile comerciale.

În acest sens, contestatorul face trimitere la prevederile art. 6 alin. (1) şi (2), coroborat cu art. 8 alin. (1) din Legea nr. 72/2013, enunţate în cuprinsul capătului 6 de cerere din prezenta contestaţie, potrivit cărora termenul de plată trebuie să fie de maxim 30 de zile.

În opinia contestatorului, modul echivoc de formulare a clauzelor cu privire la termenul de plată reprezintă totodată o încălcare a prevederilor art. 154 din Legea nr. 98/2016.

Pentru motivele mai sus menţionate, contestatorul consideră că se impune eliminarea oricăror menţiuni care ar comporta interpretarea că emiterea şi plata facturilor aferente situaţiilor lunare de lucrări s-ar efectua la intervale mai mari decât cele prevăzute în Codul Fiscal şi Legea nr. 72/2013.

De asemenea, contestatorul învederează faptul că autoritatea contractantă a refuzat să adopte măsuri de remediere atât prin răspunsul la notificarea prealabilă, cât şi prin răspunsul la clarificări.

6. Referitor la nelegalitatea prevederilor din contract cu privire la condiţionarea plăţilor de finanţarea asigurată, contestatorul arată că potrivit prevederilor art. 18.2: *Plăţile parţiale se efectuează in funcţie de finanţarea asigurata pentru această destinaţie, la valoarea lucrărilor executate in baza comenzilor de lucrări si dovedite prin situatii de lucrări care au fost acceptate de catre achizitor, în termen de până la 30 de zile de la înregistrarea facturării la achizitor*.

În acest context, subliniază următoarele:

- Nu pot fi opuse executantului clauzele contractului de finanțare, acesta nefiind parte în contractul de finanțare. Astfel, orice întârziere în virarea sumelor de la finanțator nu poate fi imputată executantului şi nici

nu se poate pretinde acestuia să accepte ca plata să fie condiționată de prevederile unui contract/buna derulare a unui contract față de care are calitatea de terţ sau de voinţa unui terţ.

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

Autoritatea contractantă are obligaţia de a verifica, înainte de momentul semnării unui contract de achiziţie publică, respectarea dispoziţiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidenţa legislaţiei privind finanţele publice, sens în care asigurarea finanţării 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 instituţii, potrivit căruia înainte de a demara o procedură pentru atribuirea unui contract de achiziţie publică, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să identifice oportunităţile de finanţare pentru îndeplinirea în bune condiţii a respectivului contract, oportunităţi traduse prin certitudinea existenţei, la momentul încheierii contractului, a sumelor necesare pentru executarea obligaţiilor de plată asumate prin contractul respectiv.

În atare condiţii, contractul, în forma propusă spre semnare la finalizarea procedurii de atribuire, nu poate avea astfel de menţiuni atâta timp cât existenţa surselor de finanţare trebuie să fie o certitudine, fiind interzisă semnarea de către autoritatea contractantă a unui contract de achiziţie fără existenţa certă a surselor de finanţare necesare îndeplinirii obligaţiilor de plată asumate prin angajamentul respectiv.

- Menţinerea clauzelor în discuţie reprezintă o încălcare a principiului relativităţii efectelor contractelor, sens în care sunt invocate dispozițiile art. 193 alin. (1) și art. 1280 din Codul civil.

În acest context, nu pot fi opuse executantului clauzele contractului de finanţare sau orice alte raporturi juridice dintre Achizitor şi instituţiile care asigură finanţarea, în virtutea principiului relativităţii efectelor contractului, orice întârziere în virarea sumelor de la buget nu poate fi imputată executantului şi nici nu se poate pretinde acestuia să accepte ca plata sumelor să fie condiţionată de prevederile unui contract/buna derulare a unui contract faţă de care are calitatea de terţ sau de voinţa unui terţ.

- Menţinerea clauzelor în discuţie reprezintă o încălcare a principiilor care stau la baza achiziţiilor publice, menţionate la art. 2 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, respectiv principiului asumării răspunderii şi a principiului proporţionalităţii în condiţiile în care în contract sunt stabilite obligaţii în sarcina executantului de executare a contractului cu respectarea termenului de finalizare prevăzut în graficul de execuţie lucrări, fără ca Achizitorul să-şi asume un termen de plată, acesta fiind condiţionat de acţiunea/inacţiunea unui terţ, care nu este parte în contractul dintre achizitor şi executant.

- Menţinerea clauzelor în discuţie reprezintă o încălcare a prevederilor Legii 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 şi a Directivei 2011/7/UE a Parlamentului European şi a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăţilor în tranzacţiile comerciale.

Aşadar, apreciază contestatorul, se impune eliminarea clauzelor/a menţiunilor din documentaţia de atribuire privind condiţionarea plăţilor de finanţarea asigurată, întrucât aceste menţiuni nu fac altceva decât să tergiverseze efectuarea plăţii, îngreunând astfel desfăşurarea în condiţii normale a lucrărilor. Acest fapt reprezintă o încălcare a prevederilor Legii nr. 72/2013 şi a Directivei 2011/7/UE, în sensul că prin clauzele supuse atenţiei autoritatea contractantă nu se aliniază prevederilor actelor normative mai sus enunţate, mărind riscul neîndeplinirii contractului, în condiţiile în care ar putea exista întârzieri la plată. Astfel, prin menţinerea clauzelor contractul comporta riscul ca executantul să nu-şi primească banii investiţi în lucrare, în cazul în care aceştia nu se vor vira de la buget.

Potrivit contestatorului, actele normative anterior menţionate au tocmai scopul de a disciplina contractanţii, inclusiv autorităţile contractante în combaterea întârzierii în execuţia obligaţiilor de plată a sumelor de bani rezultând din contractele de achiziţie publică, impunându-le termene stricte/certe de plată, inclusiv suportarea de penalităţi în caz de neplată la scadenţă.

În acest sens, contestatorul invocă prevederile art. 6 alin. (1) şi (2), coroborat cu art. 8 alin. (1) din Legea nr. 72/2013:

Art. 6 (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.

Art. 8 alin. 1 În raporturile dintre autorităţile contractante şi profesionişti, creanţa de plată constând în preţul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate produce dobânzi penalizatoare dacă sunt îndeplinite condiţiile prevăzute la art. 3 alin. (1).

Referitor la menţiunile din documentaţia de atribuire, respectiv din modelul de contract care condiţionează plata preţului contractului de finanţarea asigurată, respectiv de acţiunea/inacţiunea unui terţ faţă de raportul contractual dintre Achizitor şi Executant, contestatorul arată că practica este unitară cu privire la nelegalitatea acestor menţiuni, sens în care invocă şi o serie de Decizii pronunţate de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor.

De asemenea, contestatorul învederează faptul că autoritatea contractantă a refuzat să adopte măsuri de remediere atât prin răspunsul la notificarea prealabilă, cât şi prin răspunsul la clarificări.

În concluzie, date fiind cele anterior expuse, pentru a se asigura echilibrul contractual între obligaţiile ce revin executantului şi achizitorului, precum şi pentru corelarea lor cu dispoziţiile legale în vigoare, contestatorul consideră că se impune revizuirea documentației de atribuire conform celor supuse atenției prin prezenta contestație.

Pe de altă parte, apreciază că în acest fel se elimină efectul descurajator pe care îl au clauzele examinate asupra potențialilor ofertanți în a participa la licitație, respectiv se dă eficiență principiului concurenței reale (deschiderea pieţei), interesul legiuitorului şi al oricărei autorități contractante trebuind să fie acela ca la procedură să participe cât mai mulţi operatori economici, dintre ofertele cărora să fie aleasă cea care răspunde cel mai bine necesităților autorității.

În punctul de vedere transmis prin adresa nr. 12971/03.07....., înregistrată la CNSC sub nr. 27205/06.07....., ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației ca nefondată.

În acest sens, arată că scopul său, prin implementarea clauzelor contractuale din modelul de contract este în primul rând protejarea propriilor interese, care rezidă din faptul că executanții de lucrări/ drumuri pot avea o atitudine neprofesională, neserioasă, calitatea lucrărilor poate să fie necorespunzătoare, si fără includerea unor clauze severe autoritatea contractantă nu își atinge telul său, dacă este necesar si prin intermediul instanțelor de judecată- de a recepționa o lucrare de drum durabilă, de calitate foarte bună, în interesul comunității locale si a dezvoltării turismului bihorean.

Referitor la motivele invocate de contestator, autoritatea comunică următoarele:

1). Instituția sa își asumă toate obligaţiile contractuale care cad in sarcina sa, stabilite la art. 10 din modelul de contract. De asemenea, conform celor declarate la punctul 11 din solicitarea de clarificări, pe care o va include in contract la articolul 10.3 :

"*Autoritatea contractantă va pune la dispoziţia ofertantului castigator toate documentele pe care le deţine, în vederea executării corespunzătoare a lucrării, la standardele solicitate de către achizitor*".

Astfel, autoritatea consideră că aceste clauze sunt suficiente si nu afectează drepturile executantului.

De asemenea, arată că nu poate onora solicitarea contestatoarei de a pune la dispoziţia executantului, de exemplu racordurile de cale ferată (!!) racordurile pentru utilităti (apă gaz, energie, canalizare) până la limita amplasamentului șantierului, și nu vrea să condiţioneze semnarea sau valabilitatea contractului cu documente/ acte pe care nu o să aibă posibilitatea să le solicite de la nicio institutie publică sau privată.

2). Referitor la termenul de gratie de la care încep să curgă penalităţile, de 28 zile, care este atât în avantajul cat si în dezavantajul contestatoarei, se arată că aceasta este o clauză legală si totalmente uzuală.

3). Referitor la stabilirea în mod simetric a dreptului executantului de reziliere a contractului în caz de neîndeplinire de către achizitor a clauzelor contractuale, este precizat faptul că scopul autorității contractante prin implementarea clauzelor contractuale din modelul de contract este în primul rând protejarea propriilor interese, dar în condiții legale si nediscriminativ, autoritatea contractantă asumându-și obligațiile sale pe care le va executa, în condițiile prevăzute in modelul de contract.

4). Termenele de verificare a situațiilor de lucrări, deși nu sunt stipulate in contract, sunt scurte, maximum 15 zile, pe care, precizează autoritatea, este de acord să le includă in contract.

În cauză, autoritatea contractantă menționează că această lucrare este de o importanță majoră pentru instituția sa, existând un termen de execuție a lucrării de 14 luni, pe care dorește să-l respecte cu executantul lucrării, oferă si solicită seriozitate maximă privind calitatea lucrării si achitarea facturii/facturilor, însă doar dacă sunt îndeplinite condițiile solicitate în art. 18 din modelul contract-, prezentarea documentelor justificate enumerate în modelul de contract, a situațiilor de lucrări, verificate si confirmate de către instituția sa.

De asemenea, arată că nu urmărește tergiversarea achitării facturilor, însă decontările aferente execuției se pot realiza doar in anumite condiții legale si strict necesare.

Referitor la recepția lucrărilor, autoritatea învederează faptul că este o procedură pe care o aplică de peste 10 ani, in conformitate cu HG nr. 273/1994 privind aprobarea Regulamentului de recepție a lucrărilor de construcţii şi instalaţii aferente acestora, are specialisti proprii din Serviciul de Drumuri, unii dintre ei fiind chiar cadre de universitate, care fac o muncă foarte serioasă, atât la evaluarea tehnică a procedurilor de licitație, cât si la verificarea calității drumurilor.

5). Solicitarea contestatorului de facturare lunară în cazul execuţiei unei lucrări de drumuri este chiar imposibilă, în condițiile în care, după propria părere a acestuia, nu este posibilă realizarea de recepții parțiale de lucrări.

În acest context, autoritatea precizează că facturarea lunară este tipică doar contractelor de servicii publice, pentru decontarea lunară a facturilor executantului fiind necesară lunar întocmirea unui Proces - verbal de recepție si Situații de lucrări, verificate si aprobate de către

achizitor. Executantul nu s-ar putea concentra pe executarea corespunzătoare a lucrărilor, ci doar pe întocmire facturi si documente justificative.

Mai arată că finanțarea lucrării cade în sarcina executantului, până la recuperarea sumelor investite, în condițiile art. 18 din modelul de contract, autoritatea contractantă neputând obliga o societate comercială să se angajeze la o execuție de lucrare, fără acceptul acesteia.

6). Plățile nu sunt condiționate de finanțarea asigurată, condițiile facturării fiind prevăzute la art. 18 din modelul de contract.

De asemenea, autoritatea arată că deși nu sunt enumerate sursele de finanțare, plățile autorității contractante sunt asigurate, la demararea unei achiziții publice fiind obligatorie identificarea fondurilor pentru achitarea achiziției publice, condiție îndeplinită la demararea procedurii.

Totodată, autoritatea contractantă solicită refuzarea solicitării contestatoarei, cu privire la accesul la dosarul cauzei.

În final, solicitând respingerea contestației, autoritatea contractantă subliniază faptul că aceste clauze contractuale au fost verificate si avizate de către Agenția Națională a Achizițiilor Publice.

Prin adresa nr. 1409/11.07..... înregistrată la CNSC sub nr. 27986/11.07....., contestatorul a formulat un răspuns la susținerile autorității contractante, precizând următoarele:

Obiectul contestaţiei şi clauzele contractuale supuse atenţiei nu vizează aspecte cu privire la calitatea lucrărilor invocată în prezent de către autoritatea contractantă, ci aspecte cu privire la termeni şi condiţii de plată, obligaţii legale ale achizitorului şi nicidecum condiţii de calitate a lucrărilor. Nu s-a solicitat prin contestaţie modificarea cerinţelor/exigenţelor din caietul de sarcini cu privire la calitatea lucrărilor, ci respectarea prevederilor legale cu privire la termeni/condiţii de plata, condiţii de aprobare a situaţiilor de lucrări, termene şi condiţii de curgere a penalităţilor de întârziere la plată, obligaţiile legale ale achizitorului.

În consecinţă, afirmaţiile în acest sens, ale autorităţii contractante nu sunt relevante pentru obiectul contestaţiei. Mai mult, obţinerea unor lucrări de calitate nu se poate face prin încheierea unor contracte ce conţin clauze abuzive, dezechilibrate şi care încalcă prevederile legale. De asemenea, calitatea lucrărilor este asigurată de către executant prin garanţia de bună execuţie constituită conform prevederilor legale şi contractuale.

1. Autoritatea face referire doar la obligația de a pune la dispoziția executantului racordurile la calea ferată şi racordurile pentru utilităţi (apă, gaz, energie, canalizare etc.), până la limita amplasamentului şantierului, nu şi la toate celelalte obligații ce revin achizitorului şi se impun a fi inserate în contract. Astfel, nu se înţelege dacă prin lipsa de reacţie faţă de celelalte obligaţii solicitate a fi inserate s-ar accepta de fapt inserarea acestora în contract.

În contestaţie s-a solicitat (la punctul 1 din contestaţie) să fie inserate şi următoarele obligaţii care revin achizitorului, obligaţii cu privire la care autoritatea nu a formulat niciun punct de vedere :

a. Achizitorul are obligaţia de a pune la dispoziţie Executantului, fără plată, următoarele documente necesare pentru demararea şi execuţie în condiţii de siguranţă a lucrărilor: întreaga documentaţie necesară pentru execuţia lucrărilor contractate, studiul geo, studiul de fezabilitate, plan reţele, avize şi alte autorizaţii necesare pentru execuţia lucrărilor.

Cu privire la acestă obligaţie autoritatea a afirmat că va insera o clauză care să menționeze că se vor pune la dispoziţie toate documentele pe care le deţin, însă contestatorul apreciază că nu este suficientă menţiunea aceasta întrucât este posibil să fie nevoie şi de alte documente decât cele deţinute de către autoritate, documente pe care doar aceastale poate obţine, iar în lipsa lor să nu se poate executa lucrările.

b. La începerea lucrărilor autoritatatea contractanta are obligaţia de a obţine toate autorizaţiile şi avizele necesare în vederea execuţiei lucrărilor.

c. (1) Autoritatea contractanta are obligaţia de a pune la dispoziţie executantului, fără plată, dacă nu s-a convenit altfel, următoarele:

a) amplasamentul lucrării liber de orice sarcină;

b) suprafeţele de teren necesare pentru depozitare şi pentru organizarea de şantier;

(2) Costurile pentru consumul de utilităţi, precum şi cel al contoarelor sau al altor aparate de măsurat se suportă de către executant.

d. Autoritatea contractanta are obligaţia de a pune la dispoziţie executantului întreaga documentaţie necesară pentru execuţia lucrărilor contractate, fără plată, în 4 exemplare, la termenele stabilite prin graficul de execuţie a lucrării.

e. Autoritatea contractanta este responsabila pentru trasarea axelor principale, a bornelor de referinţă, a căilor de circulaţie şi a limitelor terenului pus la dispoziţie executantului, precum şi pentru materializarea cotelor de nivel în imediata apropiere a terenului.

f. Autoritatea contractanta are obligaţia de a examina şi de a măsura lucrările care devin ascunse în cel mult 5 zile de la notificarea executantului.

g. Autoritatea contractanta este pe deplin responsabila de exactitatea documentelor şi a oricăror alte informaţii furnizate executantului, precum şi de dispoziţiile şi livrările sale.

Dintre obligațiile de mai sus, autoritatea a refuzat să insereze în contract chiar şi obligaţii esenţiale pentru demararea lucrărilor şi anume de predare amplasamentului liber de orice sarcini.

Totodată, contestatorul face trimitere și la obligaţia Achizitorului de verificare a lucrărilor care devin ascunse şi de asumare a unui termen de verificare a lucrărilor ascunse, lipsa unui termen de verificare a lucrărilor ascunse reprezentând o încălcare a principiilor reglementate la art. 2 alin. 2 din Legea nr. 98/2016.

Potrivit contestatorului, principiile asumării răspunderii, principiul proporţionalităţii, transparenţei şi egalităţii de tratament, sunt încălcate din moment ce se pretinde executantului să realizeze lucrărilor în

termenul impus de către achizitor, însă acesta din urmă nu-şi asumă niciun termen de verificare a lucrărilor ascunse.

În lipsa unui angajament al achizitorului cu privire la termenul de verificare a lucrărilor ascunse, verificarea lucrărilor ascunse ar putea fi tergiversata şi lăsată la libera apreciere a achizitorului, situație în care executantul ar putea fi în situaţia de a nu-şi putea continua lucrările pentru că achizitorul nu a verificat lucrările ascunse.

În cauză, contestatorul invocă prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016 şi ale art. 91 alin. (1) din HG nr. 395/2016, respectiv art. 1266 - 1269 din codul civil ce reglementează întinderea drepturilor şi obligaţiilor părţilor

Pentru motivele mai sus menţionate, contestatorul solicită obligarea autorităţii contractante la inserarea în contract a obligațiilor menționate în cuprinsul capătului 1 de cerere din contestaţie, având în vedere că autoritatea refuză în mod neargumentat să fie inserate şi să-şi asume răspunderile pe care le are în calitate de achizitor.

2. Contrar celor afirmate de către autoritate, stabilirea unui termen de graţie de la împlinirea căruia încep să curgă penalităţile de întârziere la plată este abuzivă şi încalcă 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 graţie de la care încep să curgă penalităţile este nelegală, sens în care se impune eliminarea acestei menţiuni.

3. Protejarea propriilor interese ale autorității nu trebuie să încalce drepturile executantului de a putea rezilia contractul în condiţii echivalente cu cele în care autoritatea va putea rezilia contractul.

Stabilirea doar pentru una din părţi a dreptului de a rezilia de plin drept contractul rup echilibrul contractual şi descurajează participarea la procedurile de achiziţie.

De asemenea, contestatorul consideră că o astfel de abordare a clauzelor contractuale încalcă principiile tratamentului egal şi al nediscriminării, principii reglementate de art. 2 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, precum şi principiul de drept al reciprocităţii şi interdependeţei obligaţiilor în contractele sinalagmatice, care conferă dreptul de a solicita rezilierea contractului în condiţii simetrice.

4. Raportat la susținerile autorității din punctul de vedere, contestatorul arată că aceasta face referire atât la verificarea situaţiilor de lucrări, cât şi la recepţia acestora, sens în care nu se înţelege dacă condiţiile sunt cumulative pentru a se putea emite factura, neclarități care vin în contradicţie cu prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016

Fără a mai relua apărările din contestaţie, contestatorul arăta doar că menținerea prevederilor cu privire la condiționarea emiterii şi plăţii facturilor de recepţia lucrărilor este nelegală, astfel cum s-a reţinut şi de practica CNSC în materie.

Contrar celor menționate de către autoritate, contestatorul susține că nu a afirmat în contestație că recepția lucrărilor conform HG nr. 273/1994 este nelegală, ci că este nelegală condiţionarea emiterii şi plăţii facturilor

de recepţie, neexistând nicio prevedere legală care să justifică o astfel de condiţionare a plaţii facturilor, ci prevederi legale care afirmă contrariul.

In consecinţă, contestatorul solicită obligarea autorităţii la adoptarea unor măsuri de remediere în sensul eliminării condiţionării emiterii şi plăţii facturilor de recepţia lucrărilor.

In privința termenului de verificare a situaţiilor de lucrări de 15 zile menţionat în punctul de vedere, contestatorul solicită să se consemneze angajamentul autorităţii de a insera acest termen în contract.

5. Referitor la susținerile autorității, cum că finanţarea lucrărilor pe o durată de 14 luni se va asigura de către executant până la recepţia acestora, contestatorul subliniază nelegalitatea acesteia, făcând trimitere la cele expuse în cuprinsul contestaţiei.

Mai arată că autoritatea pretinde ca executantul să emită practic o singură factură pentru lucrări executate pe parcursul a 14 luni, fapt ce reprezintă o încălcare a prevederilor art. 319 alin. 16 din Codul Fiscal

Contestatorul precizează că facturarea de regulă lunar a situațiilor de lucrări este obligatorie pentru a fi plătit TVA-ul lunar şi impozitul pe profit trimestrial, sens în care sunt invocate și prevederile 41 alin. (1) şi art. 307 din Codul fiscal cu privire la exigibilitatea plăţii TVA şi data de la care încep să curgă accesoriile. De asemenea, arată că odată emise facturile acestea trebuie plătite cu respectarea prevederilor Legii nr. 72/2013.

Susţinerea achizitorului de finanţare a contractului de către executant este, în opinia contestatorului, excesiv de oneroasă şi încalcă principiile asumării răspunderii şi proporţionalităţii în condiţiile în care în contract sunt stabilite obligaţii în sarcina executantului de executare a contractului cu respectarea termenului de finalizare prevăzut în graficul de execuţie lucrări, fără ca achizitorul să-şi asume un termen de plată aliniat prevederilor legale.

Referitor la afirmațiile autorității potrivit cărora *”Facturarea lunară este tipică doar contractelor de servicii publice, pentru decontarea lunară a facturilor executantului ar fi necesară lunar întocmirea unui Proces verbal de recepţie şi situaţii de lucrări, verificate şi aprobate de către achizitor. Executantul nu s-ar putea concentra pe executarea corespunzătoare a lucrărilor, ci doar pe întocmire facturi şi documente justificative*”, contestatorul arată următoarele:

- nu există nicio prevedere legală care să justifice alegaţiile de mai sus ale autorităţii, aceste afirmaţii fiind neîntemeiate, luând în considerare faptul că facturile se emit în baza situaţiilor de lucrări lunare aprobate de către beneficiar, aprobare ce implică verificarea stadiului lucrărilor menţionate în situaţiile de lucrări, a cantităţii şi calităţii acestora (având în vedere că situaţiile de lucrări sunt însoţite de documente justificative cu privire inclusiv la cantitatea lucrărilor executate şi calitatea materialelor folosite).

- scopul prezentării situaţiilor de lucrări periodice este tocmai acela de a fi verificate de către achizitor şi aprobate pentru facturare şi plată.

- recepţia lucrărilor este o etapă distinctă de aceea a aprobării situaţiilor de lucrări parţiale/facturării situaţiilor de lucrări şi implică respectarea prevederilor HG 273/1994.

Pentru garantarea calităţii şi conformităţii lucrărilor executate şi solicitate la plată, executantul a constituit garanţia de bună execuţie, scopul acestei garanţii fiind tocmai acela de a asigura achizitorul cu privire la calitatea lucrărilor executate până la momentul recepţiei şi în perioada de garanţie.

Astfel, pentru situaţia achitării unor lucrări cu privire la care comisia de recepţie constată că sunt deficienţe achizitorul are la îndemână executarea garanţiei de bună execuţie, în măsura în care executantul nu remediază de bunăvoie deficienţele semnalate de către comisie. În plus, pentru calitatea defectuoasă/neconformă a lucrărilor achizitorul are posibilitatea legală şi contractuală de a se îndrepta împotriva executantului, nefiind justificată în vreun fel condiţionarea plăţilor de recepţia lucrărilor, sens în care sunt invocate prevederile de la capitolul 17 din contract.

Prin urmare, contestatorul menționează că este obligatorie emiterea facturilor conform art. 319 alin. 16 din Codul Fiscal, respectiv cel mai târziu până în cea de a 15 - a zi a lunii următoare celei în care ia naștere faptul generator al taxei, pentru a fi plătit TVA-ul lunar şi impozitul pe profit trimestrial, iar odată emise facturile acestea trebuie plătite cu respectarea termenului de 30 de zile prevăzut de Legea nr. 72/2013.

În susținere, contestatorul invoca practica CNSC care stabileşte că sunt nelegale clauzele care prevăd că executantul trebuie să susţină financiar execuţia contractului pe toată durata sa până la recepţia lucrărilor, respectiv prevederile care condiţionează plăţile de recepţia lucrărilor, întrucât intră în contradicţie cu obligaţia autorităţii de a-şi executa obligaţiile de plată, aşa cum au fost acestea stabilite prin dispoziţiile Legii nr. 72/2013.

6. Autoritatea afirmă în mod fals că plăţile nu sunt condiţionate de finanţarea asigurată, din moment ce la art. 18.2 se menţionează în mod expres: *„Plăţile parţiale se efectueaza in funcţie de finanţarea asigurata pentru această destinaţie, la valoarea lucrărilor executate in baza comenzilor de lucrări si dovedite prin situat ii de lucrări care au fost acceptate de către achizitor, în termen de până la 30 de zile de la înregistrarea fac tur ar ii la achizitor*”.

Fără a mai relua apărările din contestație pe acest subiect, contestatorul face trimitere doar la practica CNSC care stabileşte că nu sunt nelegale prevederile care condiţionează plăţile de finanţarea asigurată.

Pentru toate aceste considerente, pentru a se asigura echilibrul contractual între obligaţiile ce revin executantului şi achizitorului, precum şi pentru corelarea lor cu dispoziţiile legale în vigoare, contestatorul consideră că se impune revizuirea documentaţiei de atribuire conform celor supuse atenţiei prin contestaţie.

Prin adresa nr. 1430/13.07....., înregistrată la CNSC sub nr. 28671/13.07....., contestatorul renunță la solicitarea sa de studiere a dosarului cauzei.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „.....”, cod CPV 45233120-6. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ...../....., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

Împotriva anumitor clauze contractuale impuse de autoritatea contractantă în cuprinsul modelului de contract, parte integrantă a documentației de atribuire, SC ..... SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. ...../.....

Pe fondul contestaţiei formulate de către SC ..... SRL, Consiliul retine:

1. solicitarea contestatorului de a se impune autoritatii contractante inserarea la capitolul 10 din contract a unei lungi serii de obligatii este apreciata de Consiliu ca nefiind fundamentata, autoritatea nefiind obligata prin nicio prevedere legala sa introduca in textul contractului prevederile solicitate.

Consiliul apreciaza ca este suficienta formularea pe care autoritatea contractanta o va include in contract la articolul 10.3 :

"*Autoritatea contractantă va pune la dispoziţia ofertantului castigator toate documentele pe care le deţine, în vederea executării corespunzătoare a lucrării, la standardele solicitate de către achizitor*"

Chiar daca prevederea unui termen de verificare a lucrarilor ascunse poate face obiectul unor negocieri pe textul contractului intre autoritatea contractanta si ofertantul declarat castigator, la acest moment nu exista o motivatie solida pentru a obliga autoritatea la modificarea proiectului de contract in acest sens.

2. sub aspectul prevederii art. 11.2 a unui termen de gratie de 28 de zile, Consiliul constata justetea argumentelor contrestatorului potrivit carora *„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*".

Atat în cazul penalităților de întârziere aplicabile executantului pentru întârziere în execuţia obligaţiilor contractuale ca si în cazul în care achizitorul nu onorează facturile în termen penalizarea pentru plata cu întârziere curge de la termenul stipulat în contract.

Prin urmare, Consiliul va dispune modificarea art. 11.2 din proiectul de contract astfel:

„În cazul în care achizitorul nu onorează facturile la expirarea perioadei convenite la art. 18.2, atunci acesta are obligația de a plăti, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală de 0,1%/zi de întârziere din valoarea restului de executat a lucrării dar nu mai mult de 10% din valoarea totală a contractului".

3. referitor la solicitarea contestatorului privind modificarea art. 15.3 din contract, respectiv conditiile in care se poate rezilia contractul in temeiul unui pact comisoriu de gradul IV, fără punerea in întârziere a părţii în culpă, sau fara alta formalitate si fara interventia instanțelor judecătoreşti, Consiliul apreciaza ca

varianta stabilita de autoritatea contractanta prin răspunsul la clarificări nr. 11851/16.06……. este legala si totodata oportuna, neimpunandu-se extinderea aplicabilitatii unui pact comisoriu de gradul IV pentru situatii incert litigioase asa cum solicita contestatorul.

Prin urmare, se va respinge solicitarea contestatorului iar textul art. 15.3 din contract va ramane:

„Părțile au convenit de comun acord ca prezentul contract sa înceteze de plin drept, in temeiul unui pact comisoriu de gradul IV, fără punerea in întârziere a părţii în culpă, sau fara alta formalitate si fara interventia inatnțelor judecătoreşti, in urmatoarele situatii:

a) daca executantului ii sunt retrase sau nu obţine autorizaţiile, avizele sau orice alte documente necesare executării obligaţiilor contractuale, prevăzute in oferta;"

4. In aprecierea Consiliului, mențiunea cu privire la condiționarea emiterii facturilor şi plăţii acestora de recepţia lucrărilor este o optiune legala a autoritatii contractante si in consecinta nu se impune modificarea art. 18.1 din proiectul de contract.

5. si **6**. De asemenea, Consiliul apreciaza ca prevederile art. 18.2 din proiectul de contract, atat in ceea ce priveste modul de efectuare a platilor partiale cat si in ceea ce priveste dependenta platilor partiale de finanţarea asigurata sunt optiuni ale autoritatii contractante care nu incalca nicio prevedere legala.

Luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... si va dispune modificarea art. 11.2 din proiectul de contract dupa cum urmeaza:

„în cazul în care achizitorul nu onorează facturile la expirarea perioadei convenite la art. 18.2, atunci acesta are obligația de a plăti, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală de 0,1%/zi de întârziere din valoarea restului de executat a lucrării dar nu mai mult de 10% din valoarea totală a contractului"

În temeiul art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va dispune continuarea procedurii, dupa efectuarea modificarii mai sus dispuse si publicarea acesteia in SEAP in termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Consiliul va dispune decalarea datei limita de depunere a ofertelor in cadrul procedurii la un interval de minimum 15 zile de la publicarea in SEAP a modificarii dispuse.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondate celelalte solicitari ale contestatorului, potrivit motivarii prezentei.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite în parte contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... si dispune modificarea art. 11.2 din proiectul de contract dupa cum urmeaza:

„în cazul în care achizitorul nu onorează facturile la expirarea perioadei convenite la art. 18.2, atunci acesta are obligația de a plăti, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală de 0,1%/zi de întârziere din valoarea restului de executat a lucrării dar nu mai mult de 10% din valoarea totală a contractului"

În temeiul art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, dispune continuarea procedurii, dupa efectuarea modificarii mai sus dispuse si publicarea acesteia in SEAP in termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Dispune decalarea datei limita de depunere a ofertelor in cadrul procedurii la un interval de minimum 15 zile de la publicarea in SEAP a modificarii dispuse.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate celelalte solicitari ale contestatorului, potrivit motivarii prezentei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 şi poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din acelaşi act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

..... **.....** **.....**

...