



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea,

DECIZIE

Nr. ... / ... / ...

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... depusă de ... cu sediul în CUI ... privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea acordului-cadru de furnizare de medicamente de uz uman, coduri CPV 33620000-2, 33651000-8 și altele, cu data de deschidere a ofertelor 15.07.2013, organizată de cu sediul în în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire, în sensul modificării cuantumului penalităților.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În conformitate cu dispozițiile art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite în parte contestația ... nr. ... în contradictoriu cu și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de cel mult zece zile de la data primirii prezentei decizii, să prevadă la clauza 11.2 din modelul de contract subsecvent de furnizare o penalitate cel puțin egală cu dobânda legală penalizatoare. Măsura de

remediere luată va fi adusă la cunoștința operatorilor economici, prin publicarea ei în Sistemul Electronic de Achiziții Publice.

În temeiul art. 278 alin. (5) din aceeași ordonanță, respinge ca lipsit de interes capătul de cerere, din contestația ... de obligare a autorității la modificarea cuantumului penalității prevăzute la clauza 11.1 din modelul de contract subsecvent de furnizare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic ... reclamă conținutul documentației de atribuire utilizată de ... în cadrul procedurii de atribuire menționată mai sus.

În motivarea demersului său, ... învederează că autoritatea, la art. 11.1. și 11.2. din modelul contractului subsecvent de furnizare, a prevăzut:

"11.1. - În cazul în care, din vina sa exclusivă, furnizorul nu reușește să-și îndeplinească obligațiile asumate, atunci achizitorul are dreptul de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală de 0,01% pe zi, din valoarea prestației neexecutate.

11.2. În cazul în care achizitorul nu își onorează obligațiile în termen de 28 de zile de la expirarea perioadei convenite, atunci acestuia îi revine obligația de a plăti, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală de 0,01% pe zi, din plata neefectuată."

Cuantificarea penalităților de întârziere în clauzele de mai sus este derizorie.

Potrivit art. 1535 alin. (1) și art. 1536 C. civ., atât în cazul obligațiilor bănești, cât și în cazul obligațiilor de a face, creditorul are dreptul, fără dovedirea vreunui prejudiciu, la o penalitate minimă prevăzută de dobânda legală penalizatoare, calculată conform dispozițiilor legale.

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 este aplicabilă și contractelor de achiziție publică încheiate în temeiul Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006. La art. 14 lit. a) din lege se dispune că acele clauze

contractuale care stabilesc dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare sunt considerate abuzive și lovite de nulitate absolută. În speță, clauzele art. 11.1. și 11.2. din contractul subsecvent sunt abuzive și lovite de nulitate, întrucât dobânda penalizatoare pe care o stabilesc, de 0,01%/zi întârziere, este sub dobânda legală penalizatoare de 0,036%/zi întârziere.

Minimul garantat de legiuitor este dobânda legală penalizatoare și orice dobândă penalizatoare prevăzută sub minimul dobânzii legale este abuzivă și nelegală. Potrivit art. 3 alin. (2¹) din Ordonanța Guvernului nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar, dobânda legală penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință a Băncii Naționale a României plus 8 puncte procentuale.

La data contestației dobânda legală penalizatoare este de 0,036%/zi întârziere, respectiv 5,25 (dobânda de referință) + 8 puncte = $13,25/365 = 0,036\%/zi$ întârziere.

Potrivit Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006, autoritatea contractantă este emitenta documentației de atribuire și are puterea de a decide cu privire la condițiile impuse operatorilor economici, însă documentația emisă trebuie să respecte dispozițiile și principiile legale.

Prin urmare, se impune obligarea autorității la modificarea cuantumului de penalitate din cuprinsul art. 11.1. și 11.2. din contractul subsecvent de furnizare medicamente, de la 0,01%/zi, la dobânda legală penalizatoare.

În punctul său de vedere asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 19566/13.06.2013, autoritatea contractantă susține, în apărare, că penalitatea de 0,01% răspunde art. 1 pct. 1 din Ordonanța Guvernului nr. 13/2011, potrivit căruia "*părțile sunt libere să stabilească, în convenții, rata dobânzii atât pentru restituirea unui împrumut al unei sume de bani, cât și pentru întârzierea la plată a unei obligații bănești*". Legislația în vigoare nu interzice stabilirea unui alt quantum al penalităților decât dobânda legală. Numai în cazul în care nu este expres prevăzut în contract, penalitățile se calculează prin raportare la dobânda legală. Ca urmare, autoritatea contractantă nu consideră că penalitățile în quantum de 0,01% incluse în modelul de contract sunt clauze abuzive.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței, 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 29.05.2013, autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării

de diverse medicamente, grupate pe loturi, estimate valoric la 1.271.528,88 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 29.05.2013, alături de anunțul de participare. Ulterior consultării acestei documentații, considerând că ea nu corespunde prevederilor legale, ... a atacat-o la Consiliu, în termenul legal, prin contestația ce formează obiectul prezentei cauze.

Asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul observă că, într-adevăr, în modelul de contract subsecvent de furnizare, la art. 11 - "Sanctiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor", cuprins în secțiunea "Clauze obligatorii", autoritatea a prevăzut, între altele:

"11.1 - In cazul in care, din vina sa exclusiva, furnizorul nu reuseste sa-si indeplineasca obligatiile asumate, atunci achizitorul are dreptul de a deduce din pretul contractului, ca penalitati, o suma echivalenta cu o cota procentuala de 0,01% pe zi, din valoarea prestatiei neexecutate.

11.2 - In cazul in care achizitorul nu isi onoreaza obligatiile in termen de 28 de zile de la expirarea perioadei convenite, atunci acestuia ii revine obligatia de a plati, ca penalitati, o suma echivalenta cu o cota procentuala de 0,01% pe zi, din plata neefectuata."

Așadar, prin aceste clauze, autoritatea a determinat, și-a asumat și a impus operatorilor economici cuantumul penalităților în caz de neexecutare a obligațiilor contractuale.

Conform art. 33 alin. (2) din ordonanța privind achizițiile publice, documentația de atribuire cuprinde:

- a) fișa de date;
- b) caietul de sarcini sau documentația descriptivă, aceasta din urmă fiind utilizată în cazul aplicării procedurii de dialog competitiv ori de negociere;
- c) informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii, iar clauzele 11.1 și 11.2, reproduse mai sus, au fost declarate obligatorii de către autoritatea contractantă.

Potrivit art. 8 - "Dobânda penalizatoare" alin. (1) 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, "*în raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști, creanța de plată constând în prețul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate produce dobânzi penalizatoare [...]*". La art. 4 se arată că, dacă părțile nu au stabilit nivelul dobânzii pentru plata cu întârziere, se va aplica dobânda legală penalizatoare, calculată potrivit art. 3 din Ordonanța Guvernului nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar, aprobată prin Legea nr.

43/2012. Rata de referință a dobânzii legale în vigoare în prima zi calendaristică a semestrului se aplică pe întregul semestru. În raporturile dintre profesioniști și între aceștia și autoritățile contractante, dobânda legală penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință plus 8 puncte procentuale.

Aceeași lege, la art. 14 lit. a), califică drept abuzivă acea clauză contractuală care stabilește dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare.

Prin urmare, din transpunerea normelor legale precitate la cazul concret deferit Consiliului, acesta constată că în calitatea sa netăgăduită de autoritate contractantă, avea obligația de a prevedea în modelul contractului subsecvent faptul că orice creanță de plată constând în prețul medicamentelor livrate produce dobânzi penalizatoare, al căror nivel nu poate fi inferior ratei dobânzii de referință plus 8 puncte procentuale.

Clauza 11.2 vine să dispună în acest sens, consacrand obligația autorității de a plăti furnizorului creditor penalități în cuantum de 0,01% pe zi de întârziere, din plata neefectuată, însă acest cuantum se vedește a fi inferior celui prescris imperativ de legiuitor.

Potrivit Circularei Băncii Naționale a României nr. 12/2012, nivelul ratei dobânzii de referință a Băncii Naționale a României este de 5,25 la sută pe an. La acest nivel al ratei dobânzii de referință se adaugă 8 puncte procentuale, rezultând o dobândă penalizatoare de 13,25 la sută pe an, ceea ce înseamnă, la un număr de 365 zile pentru un an calendaristic, un nivel al dobânzii penalizatoare de 0,036 la sută pe zi, nivel minim pentru autoritatea contractantă. În ipoteza nesocotirii acestui minim legal, art. 14 lit. a) din Legea nr. 72/2013 sancționează cu nulitatea absolută clauza nelegală (care stabilește dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare).

În atare context, în pofida faptului că atât ordonanța privind achizițiile publice, cât și legea contenciosului administrativ, asimilează contractul de achiziție publică actului administrativ, iar principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public, legiuitorul a ales să disciplineze autoritățile contractante în combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a sumelor de bani rezultând din contractele de achiziție publică, impunându-le suportarea către beneficiari de dobânzi penalizatoare al căror cuantum nu poate fi mai mic decât cel al dobânzii legale penalizatoare.

Contrar pledoariei autorității contractante, din simpla lectură a Legii nr. 72/2013 se desprinde concluzia că autoritățile contractante au obligația de a include, în contractele cu operatorii economici, clauze specifice privind penalitățile, iar cuantumul acestora din urmă nu le este lăsat la discreție, ci trebuie să acopere

pragul minim la care face trimitere aceeași lege. Altminteri, dispoziția legală ar rămâne fără efecte juridice, dacă orice autoritate ar aprecia că nu se impune să prevadă penalități în contractele sale ori să le fixeze într-un quantum derizoriu, aproape de zero.

În lumina celor expuse, Consiliul consideră că este necesar ca autoritatea să pună de acord clauza din documentația de atribuire privind penalitățile în sarcina ei cu dispozițiile legale evocate, astfel încât documentația să răspundă exigențelor de legalitate și de informare corectă a operatorilor economici. Aceasta fiind situația faptică și de drept, reținută în urma cercetării întreprinse în prezenta cauză, în temeiul art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite în parte contestația ... nr. ... în contradictoriu cu ... și va obliga autoritatea contractantă să aducă remedierile necesare în privința documentației de atribuire, conform motivării de mai sus.

Admiterea contestației este doar parțială, deoarece critica pe care reclamanta o aduce clauzei 11.1 este lipsită de interes. Potrivit respectivei clauze, în cazul în care, din vina sa exclusivă, furnizorul nu reușește să își îndeplinească obligațiile asumate, atunci achizitorul are dreptul de a deduce din pretul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cota procentuală de 0,01% pe zi, din valoarea prestației neexecutate. Dacă s-ar da curs solicitării ... de majorare a penalităților ce cad în sarcina sa, de la 0,01% pe zi, la nivelul dobânzii legale penalizatoare impusă de art. 3 alin. (2) ind. 1 din Ordonanța Guvernului nr. 13/2011, ar însemna o înrăutățire a propriei situații. Aparține domeniului evidenței că este lipsit de interes pentru reclamantă a cere ca autoritatea contractantă să îi perceapă penalități mai mari în cazul în care nu își va executa obligațiile contractuale.

Art. 255 din ordonanță dispune că orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, iar prin *persoană vătămată* se înțelege orice operator economic care:

a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire;

b) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedura de atribuire.

Similar, Codul de procedură civilă stabilește, la art. 32 și 33, că orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia:

- a) are capacitate procesuală, în condițiile legii;
- b) are calitate procesuală;
- c) formulează o pretenție;
- d) justifică un interes, care trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.

În hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesvergabeamt (Austria), s-a precizat că art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665 nu se opune ca respectivele căi de atac să fie disponibile pentru persoanele care doresc să obțină un anumit contract public numai dacă au fost sau riscă să fie lezate de încălcarea pe care o invocă. Articolul precitat permite statelor membre să îngreuească din două considerente dreptul de acces la procedurile privind căile de atac în legătură cu atribuirea de contracte de achiziții publice: pe de o parte, prin necesitatea existenței unui interes al reclamantului pentru contractul de achiziții publice în cauză, iar pe de altă parte, prin necesitatea ca reclamantul să fi fost lezat, respectiv să existe riscul de a fi lezat.

În speță, prin cererea de amendare a clauzei 11.1, reclamanta urmărește să își agraveze situația în propria cale de atac, ceea ce este, dincolo de îndoială, lipsit de interes pentru reclamantă, motiv pentru care se va respinge ca atare cererea în acest sens. Implicit, în raport cu textul clauzei 11.1, ... nu are nici calitatea de *persoană vătămată*, ci dimpotrivă, avantajată.

Desigur, autoritatea contractantă este liberă să revizuiască nivelul actual al penalității cuprins în clauza 11.1, dacă apreciază că el nu îi mai servește interesele.

Redactată în patru exemplare, conține șapte pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...