



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsnc.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. ... din ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... din ... depusă de ... cu sediul social în înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având CUI ... formulată împotriva documentației de atribuire emisă de către

cu sediul în județul ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice fără etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, divizat pe loturi, având ca obiect „Medicamente HIV/SIDA”, s-a solicitat:

- admiterea contestației astfel cum a fost formulată;
- obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,01%/zi prevăzut de art. 10.1 și 10.2 din contractul subsecvent de furnizare cu un cuantum de penalitate cel puțin egal cu dobânda legală penalizatoare, respectiv cu 0,036%/zi întârziere, aplicat pentru ambele părți la valoarea obligației neexecutate;
- obligarea autorității contractante de a emite documentația aferentă procedurii de achiziție cu respectarea condițiilor stabilite de dispozițiile legale în materie și prin remedierea actelor care afectează această procedură.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

DECIDE:

În temeiul 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 depusă de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... respectiv capătul de cerere privind: „... un quantum de penalitate, ... aplicat pentru ambele părți la valoarea obligației neexecutate”.

În baza art. 278 alin. (2) și (4) din ordonanța de urgență, obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să remedieze documentația de atribuire în sensul celor evocate în motivare, și să aducă la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la procedură, modificările astfel efectuate și dacă este cazul, să stabilească o nouă dată de depunere a ofertelor, cu respectarea art. 71 din OUG nr. 34/2006.

În baza art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, pentru considerentele evocate în motivare, respinge ca nefondat capătul de cerere privind: „obligarea autorității contractante la înlocuirea quantumului de penalitate de 0,01 %/zi prevăzut de art. 10.1 și 10.2 din contractul subsecvent de furnizare cu un quantum de penalitate cel puțin egal cu dobânda legală penalizatoare, respectiv 0,036 %/zi întârziere, ...”.

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanța de urgență, dispune continuarea procedurii de achiziție publică, cu respectarea celor decise anterior.

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, aprobată prin Legea nr. 337/2006.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare potrivit art. 281 alin. (1) din ordonanța de urgență.

MOTIVARE:

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația depusă, ..., în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de licitație deschisă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice fără etapă finală de licitație electronică organizată de către autoritatea contractantă ... în vederea încheierii acordului-cadru, divizat pe loturi, având ca obiect „Medicamente HIV/SIDA”, inițiată prin publicarea în Sistemul Electronic de Achiziții Publice (SEAP) a anunțului de participare nr. ... din ..., a solicitat:

- admiterea contestației astfel cum a fost formulată;
- obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,01%/zi prevăzut de art. 10.1 și 10.2 din contractul subsecvent de furnizare cu un cuantum de penalitate cel puțin egal cu dobânda legală penalizatoare, respectiv cu 0,036%/zi întârziere, aplicat pentru ambele părți la valoarea obligației neexecutate;
- obligarea autorității contractante de a emite documentația aferentă procedurii de achiziție cu respectarea condițiilor stabilite de dispozițiile legale în materie și prin remedierea actelor care afectează această procedură.

Prin adresa nr. .../.../... din ..., Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către ... la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și, totodată, despre obligația acesteia de a transmite, în maxim 3 zile lucrătoare de la data expirării perioadei de așteptare dinaintea încheierii contractului, copia dosarului achiziției publice și punctul de vedere cu privire la contestație. Prin aceeași adresă, Consiliul a solicitat autorității contractante ca, în același termen, să transmită copia clarificărilor solicitate referitor la documentația de atribuire și răspunsurile date, precum și mențiuni privind stadiul procedurii.

... a transmis, prin fax, punctul său de vedere cu privire la contestație, cu nr. 26604 din 31.07.2013, înregistrat la Consiliu cu nr. 25834 din 01.08.2013.

... răspunde solicitării Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, transmițând documentele cerute de acesta, prin adresa nr. 27100 din 05.08.2013, înregistrată la Consiliu cu nr. 26834 din

În motivarea contestației sale, ... evocă faptul că potrivit O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă este emitentul acestei documentații de atribuire și are puterea de a decide cu privire la condițiile impuse operatorilor economici, însă emiterea acestei documentații trebuie să se facă cu respectarea dispozițiilor minime

garantate de legiuitor și a principiilor prevăzute de art. 2 din ordonanța invocată.

Contestatoarea menționează că la art. 10.1 și 10.2 din cuprinsul contractului subsecvent de furnizare propus, autoritatea contractantă a prevăzut următoarele dispoziții:

„10.1 - În cazul în care, din vina sa exclusivă, furnizorul nu își îndeplinește obligațiile asumate, atunci achizitorul are dreptul de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală din prețul contractului, respectiv 0,01 %/zi.

10.2 - În cazul în care achizitorul nu își onorează obligațiile în termen de 30 de zile de la expirarea perioadei convenite, atunci acestuia îi revine obligația de a plăti, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală 0,01 %/zi din plata neefectuată”.

Astfel, contestatoarea face următoarele aprecieri:

- modalitatea de stabilire și aplicare a penalităților de întârziere prevăzută de autoritatea contractantă în cuprinsul articolelor 10.1 și 10.2 este inechitabil stabilită și generează un vădit dezechilibru contractual în situația neefectuării contraprestațiilor de către una din părți, iar acest fapt încalcă dispozițiilor art. 2 din H.G. nr. 925/2006, potrivit cărora autoritatea contractantă, în elaborarea documentației de atribuire, trebuie să țină seama la stabilirea clauzelor contractului de achiziție publică de principiul tratamentului egal și al proporționalității.

- în speță este un vădit dezechilibru contractual, întrucât penalitățile stabilite într-o modalitate inechitabilă se calculează la valoarea contractului pentru întârzieri datorate de furnizori în livrare, iar pentru întârzierile datorate la plata de către achizitor, penalitățile sunt calculate la valoarea plății neefectuată.

- în cazul aplicării prevederilor stipulate de autoritatea contractantă la art. 10.1 din modelul de contract subsecvent de furnizare, s-ar percepe penalități pentru întregul preț al contractului, astfel că părțile ar fi obligate să suporte penalități și față de obligațiile contractuale deja executate, iar astfel de clauze contractuale ar fi nule de drept, deoarece, ar însemna că furnizorul și achizitorul să plătească penalități și pentru obligațiile contractuale deja executate și/sau pentru cele neajunse încă la scadență.

- se invocă prevederile 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, lege care transpune Directiva 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului, privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în

tranzacțiile comerciale și care se aplică și contractelor de achiziție publică încheiate în temeiul O.U.G. nr. 34/2006.

- de asemenea, prin dispozițiile art. 1535 alin. (1) și 1536 din Noul Cod Civil, legiuitorul a stabilit că, 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.

- prin urmare, sancțiunea minimă garantată de legiuitor pentru neîndeplinirea obligațiilor, este dobânda legală penalizatoare și orice clauză care stabilește dobânda penalizatoare, respectiv clauza penală sub minimul dobânzii legale este abuzivă și nelegală.

- or, în speță, clauzele contractuale prevăzute de art. 10.1 și 10.2 din contractul subsecvent de furnizare sunt abuzive și lovite de nulitate, întrucât dobânda penalizatoare stabilită de aceste clauze este de 0,01%/zi întârziere, respectiv sub dobânda legală penalizatoare de 0,036%/zi întârziere.

Contestatoarea consideră că modificarea privind înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,01% prevăzut de art. 10.1. și 10.2. din contractul subsecvent de furnizare medicamente cu un cuantum de penalitate cel puțin egal cu dobânda legală penalizatoare, respectiv cu 0,036%/zi întârziere, aplicat pentru ambele părți la valoarea obligației neexecutată, este corectă și motivată și de prevederile legale mai sus prezentate.

La analiza situației prezentate, contestatoarea solicită Consiliului să aibă în vedere și Decizia acestuia nr. 2126/C4/2372 din 18.06.2013 (într-o speță similară), în baza căreia Consiliul a dispus „obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,01% /zi cu o penalitate/zi întârziere cel puțin egală cu dobânda legală penalizatoare”, motivând prevederile legale aplicabile, respectiv art. 4, 8, 14 și 15 din Legea nr. 72/2013.

În punctul său de vedere asupra contestației depusă de ..., autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea contestației ca fiind lipsită de interes și nefondată, având în vedere art. 278 alin. (5) din O.U.G. nr. 34/2006 și pentru următoarele motive:

- prin contestația depusă nu se face dovada interesului legitim în legătură cu procedura de achiziție, prevăzut la art. 255 alin. (2) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006, iar din contestație nu reiese faptul că contestatoarea are intenția de a participa și de a depune ofertă la procedura inițiată.

- contestatoarea nu dovedește că nu a suferit, nu suferă și nici nu riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante.

- prin contestația depusă, contestatoarea nu îndeplinește condiția de persoană vătămată, condiție care trebuie îndeplinită pentru a contesta o procedură de achiziție, conform art. 255 din O.U.G. nr. 34/2006.

Cu referire la fondul contestației, autoritatea contractantă o consideră nefondată pentru următoarele considerente:

- s-au respectat prevederile art. 8 din Legea nr. 72/2013.

- este în eroare contestatoarea pentru faptul că aceasta nu face diferența dintre dobânda legală și dobânda contractuală.

- așa cum se prevede la art. 8 coroborat cu art. 4, numai în cazul în care nu este stabilit nivelul dobânzii pentru plata la întârziere prin contract, numai atunci se va aplica dobânda legală calculată conform art. 3 din O.G. nr. 13/2011.

- într-o cauză similară, între aceleași părți, Consiliul, prin Decizia nr. 2365/C2/2405 din 04.07.2013, a respins contestația ..., reținând că în cadrul contractului se poate stabili nivelul dobânzii penalizatoare care curge de la termenul de plată stabilit în contract, în situația în care întârzierea este imputabilă debitorului și doar în situația în care în cadrul contractului aceasta nu este stabilită se poate aplica dobânda legală penalizatoare calculată conform O.G. nr. 13/2011. Consiliul mai arată că cele 2 noțiuni, dobândă legală și penalitățile de întârziere, reprezintă noțiuni distincte, autoritatea contractantă neputând fi obligată să modifice prevederea din contract după dorința contestatoarei.

- contractul de achiziție publică este un contract administrativ, fapt care nu justifică solicitarea contestatoarei de a impune asumarea unui risc mai mare decât se poate suporta.

Autoritatea contractantă consideră contestația ca nefondată și pentru faptul că ... încearcă să creeze o situație dezavantajoasă pentru autoritatea contractantă, apreciind, fără probe insurmontabile, prin simple supoziții, posibilitatea neexecutării obligațiilor contractuale de către aceasta.

Ultimul document din dosarul nr. .../2013, este adresa nr. 27100 din 05.08.2013, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 26834 din ..., prin care autoritatea contractantă transmite documentele solicitate de Consiliu, în vederea soluționării cauzei.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedura de licitație deschisă aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, fără etapă finală de licitație electronică, a fost inițiată de ... în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii acordului - cadru de furnizare, având ca obiect „medicamente HIV/SIDA”, cod CPV: ... (Rev. 2), prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. ... din Potrivit acestuia, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată fără TVA a acordului - cadru fiind de 7.515.762,80 lei.

Documentația de atribuire a fost postată în SEAP în data de ..., odată cu anunțul de participare.

Prin contestația formulată de ... împotriva documentației de atribuire, publicată în SEAP la data de ..., se solicită: „obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,01 %/zi prevăzut de art. 10.1 și 10.2 din contractul subsecvent de furnizare cu un cuantum de penalitate cel puțin egal cu dobânda legală penalizatoare, respectiv 0,036 %/zi întârziere, aplicat pentru ambele părți la valoarea obligației neexecutate”.

Referitor la criticile contestatorului cu privire la nivelul penalităților de întârziere de 0,01% pe zi de întârziere, impuse prin clauzele 10.1 și 10.2 din modelul de contract subsecvent acordului-cadru anexat la documentația de atribuire, Consiliul reține următoarele:

- art. 2 din O.G. nr. 13/2011 prevede că *„în cazul în care, potrivit dispozițiilor legale sau prevederilor contractuale, obligația este purtătoare de dobânzi remuneratorii și/sau penalizatoare, după caz, și în absența stipulației exprese a nivelului acestora de către părți, se va plăti dobânda legală aferentă fiecăreia dintre acestea”*

- art. 3 alin. (2) din același act normativ prevede că *„rata dobânzii legale penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință plus 4 puncte procentuale.”*

- art. 1 alin. (1) din Legea nr. 72/2013 – *„prezenta lege se aplică creanțelor certe, lichide și exigibile, constând în obligații de plată a unor sume de bani care rezultă dintr-un contract încheiat între profesioniști sau între aceștia și o autoritate contractantă, contractul având ca obiect furnizarea de bunuri sau prestarea de servicii, inclusiv proiectarea și execuția lucrărilor publice, a clădirilor și a lucrărilor de construcții civile”*

- art. 3 alin. (1) *„în raporturile dintre profesioniști, creanța constând în prețul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate produce dobânzi penalizatoare în cazul în care:*

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

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

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

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

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

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

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

- Art. 4 din același act normativ 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.”

- art. 8 alin. (2) din același act normativ prevede că: „dobânda penalizatoare pentru plata cu întârziere curge de la termenul stipulat în contract sau, în cazul în care nu a fost stipulat în contract, de la expirarea termenelor prevăzute la art. 6 alin. (1), în condițiile dispozițiilor art. 1.535 din Legea nr. 287/2009, republicată, cu modificările ulterioare. Prevederile art. 4 se aplică în mod corespunzător”.

Având în vedere aceste aspecte, Consiliul reține faptul că în cadrul contractului se poate stabili nivelul dobânzii penalizatoare care curge de la termenul de plată stabilit în contract în situația în care întârzierea este imputabilă debitorului și doar în situația în care în cadrul contractului aceasta nu este stabilită se poate aplica dobânda legală penalizatoare calculată conform O.G. nr. 13/2011.

Astfel în speță modalitatea de evaluare anticipată a despăgubirilor pe care urmează să le primească creditorul, în speță furnizorul, pentru prejudiciul suferit ca urmare a neexecutării, executării cu întârziere sau necorespunzătoare a obligației de către autoritatea contractantă, corespunde unei evaluări convenționale a despăgubirilor, ceea ce în literatura de specialitate poartă denumirea și de „clauză penală”.

Noțiunile de „dobândă legală” și „penalități de întârziere” sunt, însă, noțiuni distincte, autoritatea contractantă neputând fi obligată să modifice prevederea din contract astfel cum dorește contestatoarea. În acest sens, se are în vedere și faptul că, deși „clauza penală” este o convenție accesorie prin care părțile determină anticipat cuantumul prejudiciului, contractul de achiziție publică are natura unui contract de adeziune, respectiv cu clauze impuse de către autoritatea contractantă.

Analizând prevederea în discuție prin prisma dispozițiilor din domeniul achizițiilor publice și ținând cont de aspectele de mai sus, Consiliul reține că nimic nu poate împiedica operatorul economic nemulțumit de clauzele contractului să propună prin ofertă modificarea clauzei, propunere pe care autoritatea contractantă urmează să o analizeze și în cazul în care o apreciază ca fiind dezavantajoasă, să propună ofertantului renunțarea la aceasta (aspect care rezultă din interpretarea art. 36 alin. (2) lit. b) din H.G. nr.925/2006 cu modificările ulterioare).

Contractul de achiziție publică este un contract administrativ, iar acest fapt nu justifică solicitarea contestatorului de a se impune celeilalte părți asumarea unui risc mai mare decât poate ea să suporte, în demersul său contestatorul plecând de la premisa că autoritatea contractantă nu-și va îndeplini obligațiile asumate.

Având în vedere cele de mai sus, se constată că prin stabilirea clauzei contractuale în discuție, autoritatea contractantă nu a încălcat prevederile legale privind achizițiile publice și nu a îngrădit accesul la procedură al operatorilor economici, iar, pe de altă parte, nu există vreun temei legal în baza căruia autoritatea contractantă să fie obligată la înlocuirea penalităților de întârziere din contractul subsecvent de furnizare cu dobânda legală propusă de contestator.

În situația în care contestatorul nu a probat existența vreunei situații din care să rezulte că s-au produs cazuri de vădit dezechilibru contractual prin prisma penalităților de întârziere de 0,01%, eliminarea clauzelor criticate sau înlocuirea cuantumulului de penalități de 0,01%/zi de întârziere cu dobânda legală/zi de întârziere nu are nicio justificare, doar în baza unor simple

prezumții ale contestatorului potrivit cărora autoritatea contractantă ar putea efectua plățile cu întârziere.

Referitor însă la critica privind prevederea de la art. 10.1 din modelul de contract subsecvent, conform căreia „s-ar percepe penalități pentru întregul preț al contractului, astfel încât părțile ar fi obligate să suporte penalități și față de obligațiile contractuale deja executate”, Consiliul constată că aceasta este fondată, ceea ce impune remedierea prevederii de la art. 10.1 din contractul subsecvent de furnizare prin raportarea procentului de penalități de 0,01%/zi de întârziere, strict la valoarea obligației ajunsă la termen și neexecutată.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza 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, Consiliul urmează să admită în parte contestația depusă de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... respectiv capătul de cerere privind: „... un quantum de penalitate, ... aplicat pentru ambele părți la valoarea obligației neexecutate”.

În baza art. 278 alin. (2) și (4) din ordonanța de urgență, va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să remedieze documentația de atribuire în sensul celor evocate în motivare, și să aducă la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la procedură, modificările astfel efectuate și dacă este cazul, să stabilească o nouă dată de depunere a ofertelor, cu respectarea art. 71 din OUG nr. 34/2006.

În baza art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, pentru considerentele evocate în motivare, va respinge ca nefondat capătul de cerere privind: „obligarea autorității contractante la înlocuirea quantumului de penalitate de 0,01 %/zi prevăzut de art. 10.1 și 10.2 din contractul subsecvent de furnizare cu un quantum de penalitate cel puțin egal cu dobânda legală penalizatoare, respectiv 0,036 %/zi întârziere, ...”.

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanța de urgență, va dispune continuarea procedurii de achiziție publică, cu respectarea celor decise anterior.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 11 (unusprezece) pagini.