



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.cnsr.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 în ... formulată împotriva documentației de atribuire, elaborată de ... 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 atribuirii contractului de furnizare, divizat pe loturi, având ca obiect „Achiziție medicamente”, s-a solicitat:

- admiterea contestației astfel cum a fost formulată;
- obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,01%/zi prevăzut de documentație de atribuire, respectiv de dispozițiile art. 11.1 și 11.2 din contractul de furnizare, cu un quantum 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. (5) 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, respinge ca nefondată contestația depusă de ...

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanța de urgență, dispune continuarea procedurii de achiziție publică.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (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 atribuirii contractului de furnizare, divizat pe loturi, având ca obiect „Achiziție medicamente”, inițiată prin publicarea în Sistemul Electronic de Achiziții Publice - SEAP a anunțului de participare nr. ... din 24.07.2013, a solicitat:

- admiterea contestației astfel cum a fost formulată;
- obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,01%/zi prevăzut de documentație de atribuire, respectiv de dispozițiile art. 11.1 și 11.2 din contractul de furnizare, cu un quantum 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. 15541/.../... din 07.08.2013, 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 răspuns solicitării Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor și a transmis documentele cerute de acesta cu adresa de înaintare nr. 25581 din 07.08.2013, înregistrată la Consiliu cu nr. 26686 din 08.08.2013.

În motivarea contestației sale, ... evocă faptul că, la cap. 11. Sancțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor din modelul contractului de furnizare, autoritatea contractantă a că, 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 penalități din prețul comenzii neonorate în cuantum de 0,01%/zi întârziere.

Totodată, s-a stabilit că 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 în cuantum de 0,01%/zi întârziere din plata neefectuată.

Cu privire la acest aspect, contestatoarea menționează că la data de 5 aprilie 2013 a intrat în vigoare 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, 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.

Totodată, contestatoarea stipulează că în raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști, penalitatea pentru neîndeplinirea obligațiilor este reglementată de Legea nr. 72/2013 prin art. 8 „Dobânzi penalizatoare” din cap. III

Contracte între profesioniști și autorități contractante, coroborat cu dispozițiile art. 4 și art. 8 alin. (1) din aceeași lege.

Invocând prevederile art. 3 din O.G. nr. 13/2011 și dispozițiile art. 1535 alin. (1) și 1536 din Noul Cod Civil, contestatoarea artă că legiuitorul a stabilit 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.

Contestatoarea apreciază că dispozițiile art. 14 lit. a¹) din Legea nr. 72/2013 califică drept abuzivă clauza contractuală care stabilește dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare, iar neaplicarea/nerespectarea acestei dispoziții legale se sancționează cu nulitatea absolută pentru clauza nelegală care stabilește dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare. 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, clauzele contractuale mai sus evocate, care au prevăzut penalități de 0.01 %/zi aplicate pentru întârziere în livrare/plată 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% cu un quantum de penalitate cel puțin egal cu dobânda legală penalizatoare, respectiv 0,036%/zi întârziere, aplicat pentru ambele părți la valoarea obligației neexecutată, este corectă și motivată de prevederile legale mai sus prezentate și solicită Consiliului să aibă în vedere și decizia acestuia nr. 2126/C4/2372 din 18.06.2013 (într-o speță similară), în baza căreia s-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 acesteia ca nefondată, considerând că nu pot fi reținute susținerile formulate cu privire la prevederile O.G. nr. 13/2011 privind nivelul dobânzii legale și ale O.U.G. nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii executării obligațiilor de plată,

Întrucât conform prevederilor acestor acte normative, părțile sunt libere să stabilească cuantumul dobânzii în cazul producerii atât a daunelor moratorii în cazul obligațiilor bănești, cât și în cazul obligațiilor de a face.

În cazul în care rata dobânzii nu este stabilită prin contract, se va aplica rata dobânzii de referință stabilită de Banca Națională a României. În concluzie, prin introducerea clauzei penale în cuprinsul modelului de contract, evaluarea anticipată a prejudiciului pe care l-ar suferi creditorul este una convențională, lipsa acesteia îndreptățind creditorul la o evaluare legală prin solicitarea despăgubirilor la nivelul dobânzii de referință prevăzut în actele normative menționate anterior.

În acest sens sunt invocate prevederile art. 1535 alin. (1), art. 1536 și art. 1538 din Legea nr. 287/2009, art. 1 și 2 din O.G. nr. 13/2011, precum și art. 3 și 4 din Legea nr. 72/2013.

Deși clauza penală reprezintă o stipulație sau prevedere contractuală, prin care părțile stabilesc de comun acord, anticipat și prin apreciere, cuantumul și modul de calcul al despăgubirilor ce vor fi datorate de partea în culpă, în cazul neîndeplinirii ori împlinirii necorespunzătoare a obligațiilor asumate, contractul ce urmează a fi încheiat are caracterul unuia administrativ.

Astfel, contractele administrative au anumite caracteristici speciale, impuse de interesul public care stă la fundamentul încheierii și executării acestora, fiind considerate contracte publice.

În concluzie, regimul juridic special căruia îi sunt supuse contractele administrative se caracterizează, în primul rând, prin forme speciale necesare încheierii lor (caietele de sarcini, modele, formulare care cuprind unele din clauzele contractului ce urmează a fi încheiat), operatorii economici având doar posibilitatea de a accepta sau a refuza încheierea contractului în aceste condiții, precum și principii speciale cu privire la executarea lor (rezilierea, sancțiuni, decăderi), motiv pentru care se apreciază că formularea clauzei la care se face referire urmărește interesul public, cauza pentru care autoritatea contractantă nu poate să-și însușească solicitarea contestatoarei.

Referitor la caracterul documentului contestat, autoritatea contractantă susține caracterul administrativ al acestuia, motivat de faptul că în această fază a procedurii, modelul de contract reprezintă un act unilateral, o ofertă de a contracta, iar după semnarea contractului, prin exprimarea consimțământului celor două părți cu privire la forma și clauzele acestuia, contractul își păstrează caracterul administrativ.

Invocând prevederile art. 3 lit. (f) din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, întrucât s-a menționat același procent de penalizare pentru ambele părți, nu numai pentru furnizor.

Întrucât modelul de contract este inclus în documentația de atribuire, operatorii economici, interesați să participe la procedura de atribuire, trebuie să respecte dispozițiile art. 170 din O.U.G. nr. 34/2006.

Având în vedere cele menționate, autoritatea contractantă consideră că acceptarea pretențiilor contestatoarei, prin încercarea de impunere în mod unilateral și fără temei legal a unui procent al penalităților, „ar determina o situație inechitabilă cu efecte lezionare pentru autoritatea contractantă și ar nesocoti interesul public avut în vedere prin organizarea procedurii, creând astfel eventuale disfuncționalități în funcționarea unității noastre prin diminuarea considerabilă a bugetului”.

Ultimul document din dosarul cauzei este adresa nr. 25581 din 07.08.2013, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 26686 din 08.08.2013, 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:

... în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice fără etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare, divizat pe loturi, având ca obiect „Achiziție medicamente”, prin publicarea în Sistemul Electronic de Achiziții Publice - SEAP a anunțului de participare nr. ... din 24.07.2013. Potrivit acestuia, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului este cuprinsă între 4.024.922 și 8.094.844 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP odată cu invitația de participare.

Împotriva documentației de atribuire emisă de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziție publică în cauză, ... a depus prezenta contestație pentru motivele arătate anterior și solicită:

- admiterea contestației astfel cum a fost formulată;
- obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,01%/zi prevăzut de documentație de atribuire, respectiv de dispozițiile art. 11.1 și 11.2 din contractul de furnizare, cu un quantum 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.

Consiliul reține că în modelul de contract subsecvent, parte a documentației de atribuire, la art. 11. – Sancțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor, printre altele, autoritatea contractantă a stabilit următoarele clauze:

„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 din prețul comenzii neonorate în cuantum de 0,01%/zi întârziere.

11.2 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 în cuantum de 0,01%/zi întârziere din plata neefectuată”.

În legătură cu aceste aspecte, Consiliul reține că, potrivit art. 2 din O.G. nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar, *„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”.*

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

Totodată, în speță sunt incidente următoarele dispoziții ale 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:

- art. 1 alin. (1) - *„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 altei 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 - „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) - „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”.

În acest context, Consiliul reține 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, rezultă 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].

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 îngreunat 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 cuantumului 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.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 278 alin. (5) 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 va respinge ca nefondată contestația depusă de ...

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

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 10 (zece) pagini.