



# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, ... România, CIF 20329980, CP 030084  
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 ; +4 021 8900745 [www.cnsc.ro](http://www.cnsc.ro)

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

## DECIZIE

**Nr. ...**

**Data: ...**

Prin contestația nr. ... înregistrată la CNSC cu nr. ... formulată ... cu sediul în ... .. având CUI ..., înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului sub nr. ... reprezentată prin ... împotriva documentației de atribuire, emisă de autoritatea contractantă ... cu sediul în ... .. Județul ... privind atribuirea acordului – cadru, prin „cerere de oferte” online, având drept obiect: „Medicamente pentru sistemul genito-urinar și hormoni ”, cod CPV 33640000-8, sursa de finanțare: Fonduri bugetare, s-a solicitat obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,02%/zi prevăzut de documentație de atribuire, respectiv de dispozițiile art. 12.3 alin. (1) din acordul cadru și art. 10.2 din contractul subsecvent de furnizare cu un cuantum de penalitate cel puțin egal cu dobanda legală penalizatoare, respectiv cu 0,036%/zi întârziere și emiterea documentației de atribuire cu respectarea condițiilor stabilite de dispozițiile legale în materie, remedierea actelor care afectează procedura.

În baza documentelor depuse de părți,

## CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

### **DECIDE:**

Respinge excepția tardivității, invocată de autoritatea contractantă.  
Admite contestația formulată de ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă ...

Pe cale de consecință, dispune anularea procedurii de atribuire în cauză.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu prevederile art. 280 alin. (1) și (3) din OUG nr. 34/2006 aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

### **MOTIVARE**

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. ... înregistrată la CNSC cu nr. ... formulată ... împotriva documentației de atribuire, emise de către autoritatea contractantă ... privind atribuirea acordului – cadru de achiziție publică, prin „cerere de oferte” online, având drept obiect: „Medicamente pentru sistemul genito-urinar și hormoni”, cod CPV 33640000-8, sursa de finanțare: Fonduri bugetare, s-a solicitat obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,02%/zi prevăzut de documentație de atribuire, respectiv de dispozițiile art. 12.3 alin. (1) din acordul cadru și art. 10.2 din contractul subsecvent de furnizare cu un cuantum de penalitate cel puțin egal cu dobanda legală penalizatoare, respectiv cu 0,036%/zi întârziere și emiterea documentației de atribuire cu respectarea condițiilor stabilite de dispozițiile legale în materie, remedierea actelor care afectează procedura.

În fapt, contestatorul precizează că:

- în data de 01.08.2013 a fost publicată documentația de atribuire cu privire la procedura de achiziție pentru încheierea unui acord – cadru de furnizare în vederea achiziției de medicamente Cod CPV: 33640000-8 Medicamente pentru sistemul genito-urinar și hormoni (Rev.2), în cuprinsul căreia autoritatea contractantă a inserat, la art. 12.3 alin. (1) din acordul cadru și art. 10.2 din contractul subsecvent de furnizare,

dispoziții potrivit cărora, penalitățile aplicate achizitorului pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate sunt de 0,02% /zi;

- la 12.3 alin. (1) din acordul cadru și art. 10.2 din contractul subsecvent sunt prevăzute următoarele dispoziții:

„12.3. - (1) În cazul în care, din vina sa, Promitentul- achizitor nu și respectă obligația de plată conform prevederilor Acordului cadru și contractului subsecvent Promitentul-furnizor are dreptul de a solicita rezilierea acordului cadru și a contractului subsecvent din vina Promitentului-achizitor și de a pretinde cu titlul de penalități de întârziere, o sumă echivalentă cu o cotă de 0,02 % din plata neefectuată, pentru fiecare zi de întârziere în îndeplinirea aceste obligații.

10.2. În cazul în care achizitorul nu onorează facturile în termenul prevăzut la clauza 8.3, acesta are obligația de a plăti ca penalități, pentru fiecare zi de întârziere, o sumă echivalentă cu o cotă de 0,02 % din plata neefectuată. Totalul penalităților nu poate depăși suma asupra căreia sunt calculate.”

- la 5 aprilie 2013, arată contestatorul, 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 autoritățile 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 nr. OUG nr. 34/2006.

În raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști, penalitatea pentru neîndeplinirea obligațiilor este reglementată de Legea 72/2013 prin art. 8 „Dobânzi penalizatoare” din cap CAPITOLUL III Contracte între profesioniști și autorități contractante, coroborat cu dispozițiile art. 4 din Legea nr. 72/2013.

Potrivit art. 8 alin. (1) din Legea nr. 72/2013 „în raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști, creanța de plată constând în prețul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate produce dobânzi penalizatoare....”.

Potrivit art. 4 din Legea nr. 72/2013 „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”. Potrivit art. 3 alin. (2) din Ordonanța nr. 13/2011, dobânda legală penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință a B.N.R. plus 8 puncte procentuale, care la data

prezentei este în cuantum de 0,036%/zi întârziere, astfel cum rezultă din aplicarea Ordonanța nr. 13/2011, respectiv 5,25 (dobanda de referință BNR aplicabilă la data de astăzi) + 8 puncte = 13,25/365 = 0,036% / zi întârziere.

De asemenea, prin dispozițiile art. 1535 alin. (1) din Noul Cod Civil, legiuitorul a stabilit că, în cazul obligațiilor bănești, creditorul are dreptul, fără dovedirea vreunui prejudiciu, la o penalitate minimă prevăzută de dobândă legală penalizatoare, calculată conform dispozițiilor legale.

Dispozițiile art. 14 lit. a) 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.

Contestatorul consideră că, clauzele contractuale care au prevăzut penalități de 0,02 % /zi sunt abuzive și lovite de nulitate întrucât dobânda penalizatoare stabilită de aceste clauze este sub dobânda legală penalizatoare de 0,036%/zi întârziere.

La analiza situației prezentate, contestatorul dă ca exemplu și decizia CNSC nr. ..., 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.

Deoarece în punctul de vedere nr. adresa nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. 26961/12.08.2013, autoritatea contractantă invocă excepția tardivității contestației, prin adresa nr. 15851/.../... Consiliul solicită contestatorului opinia referitoare la excepția invocată.

Prin adresa nr. 843/13.08.2013 înregistrată la CNSC cu nr. 27203/13.08.2013 și nr. 27514/19.08.2013, contestatorul răspunde solicitării CNSC, și precizează că, autoritatea contractantă nu i-a comunicat punctul de vedere potrivit art. 274 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006 și consideră că a respectat art. 256<sup>2</sup> din OUG nr. 34/2006, deoarece contestația privește conținutul documentației de atribuire, care a fost publicată în SEAP în data de 01.08.2013. Deoarece valoarea contractului este de 223.883,40 lei și se situează sub pragurile valorice

prevăzute de art. 55 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, termenul de depunere al contestației este de 5 zile, respectiv ...

Contestatorul precizează că, prin punctul de vedere, autoritatea contractantă a justificat impunerea procentului de penalitate de 0,02%/zi din cuprinsul clauzelor contractuale contestate „... având în vedere că acesta este procentul care se aplică în prezent pentru plata cu întârziere a impozitelor și taxelor către stat Ordonanța de urgență nr. 50/2013, art. 120 Penalități de întârziere, alin. (1) și (2)".

Prin OUG nr. 50/2013 privind reglementarea unor măsuri fiscale a fost modificat printre altele și Codul de Procedură Fiscală, respectiv dispozițiile art. 120 (1) Penalitățile de întârziere pentru neachitarea în termen legal a obligațiilor fiscale.

Astfel, începând cu 1 iulie 2013 nivelul penalităților de întârziere pentru obligațiile fiscale de plată scadente după această dată, va fi de 0,02% pentru fiecare zi de întârziere. Se revine astfel de la sistemul de penalități calculate în cote fixe, respectiv 5% din suma debitului, dacă întârzierea era între 30 și 90 de zile, și 15% dacă întârzierea era peste 90 de zile. Se păstrează nivelul dobânzii de întârziere, respectiv 0,04% pe zi întârziere.

De asemenea, potrivit Codului de procedură fiscală, modificat prin OUG nr. 50/2013 „Penalitatea de întârziere nu înlătură obligația de plată a dobânzilor, care rămân aplicabile în proporție ce 0,04% pentru fiecare zi de întârziere".

În concluzie, arată contestatorul, pentru obligațiile fiscale scadente după 1 iulie 2013, nivelul cumulat de dobânzi penalități va fi de 0,06%/zi de întârziere (0,04%+0,02%).

Contestatorul susține că obligațiile de plată rezultate din contractul de furnizare încheiat de autoritatea contractantă cu furnizorul, nu au natura unor obligații fiscale, prin urmare prevederile codului de procedură fiscală, respectiv art. 120 Penalitățile de întârziere pentru neachitarea în termen legal a obligațiilor fiscale, nu sunt aplicabile obligațiilor de plată născute din contractul încheiat de autoritatea contractantă cu furnizorul de medicamente.

Contestatorul consideră că dacă ar considera că obligațiilor de plată născute din contractul încheiat de autoritatea contractantă cu furnizorul de medicamente le sunt aplicabile prevederile Codului de procedură fiscală, atunci autoritatea contractantă ar trebui să stabilească în cuprinsul art. 12.3 alin. (1) din acordul cadru și art. 10.2 din contractul subsecvent de furnizare un quantum de penalitate de 0,06%/zi pentru fiecare zi de întârziere (0,04% - dobânda prevăzută de art. 120 alin. (7) din codul de procedură fiscală+0,02 penalitatea de

întârziere prevăzută de art. 121<sup>1</sup> alin. (2) din codul de procedură fiscală).

În vederea soluționării contestației susmenționate, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 15717/.../... 09.08.2013, transmiterea dosarului achiziției publice în copie, întocmit conform precizărilor art. 213 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, potrivit dispozițiilor art. 274 alin.(1) din același act normativ.

Prin adresa nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. 26961/12.08.2013, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, în care solicită respingerea contestației ca tardivă și neîntemeiată, și precizează următoarele:

- respingerea contestației ca tardivă, în temeiul art. 271 alin. (1), coroborat cu art. 256<sup>2</sup>, alin. (1) lit. b) și art. 256<sup>2</sup> alin. (2) din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, deoarece, invitația de participare nr. ... din data de 01.08.2013, aferentă documentației de atribuire, a fost publicată în SEAP la data de 01.08.2013, contestatorul putând depune contestație până în ... Întrucât contestația acestuia este înregistrată la CNSC sub nr. 33557 din data de ... autoritatea contractantă consideră contestația tardivă;

- referitor la cuantumul de penalitate stabilit la 0,02%, atât în modelul de acord- cadru cât și în modelul de contract subsecvent, autoritatea contractantă arată că, acestea au fost stabilite conform legislației în vigoare, respectiv Ordonanța de urgență nr. 50/2013 privind reglementarea unor măsuri fiscale, „autoritatea contractantă neîncălcând niciunul din principiile prevăzute de legislația în domeniu”;

- la data de 01.08.2013, a fost publicată în SEAP invitația de participare nr. ... privind achiziția de medicamente pentru sistemul genito-urinar și hormoni, cod\_CPV 33640000, 8, prin aplicarea procedurii de cerere de oferte online cu încheierea unui acord cadru, potrivit OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, în cuprinsul căreia la art. 12.3 din acordul cadru și 10.2 din contractul subsecvent de furnizare, se specifică următoarele:

*„12.3. - (1) În cazul în care, din vina sa, Promitentul- achizitor nu-și respectă obligația de plată conform prevederilor Acordului cadru și contractului subsecvent Promitentul-furnizor are dreptul de a solicita rezilierea acordului cadru și a contractului subsecvent din vina Promitentului -achizitor și de a pretinde cu titlul de penalități de întârziere, o sumă echivalentă cu o cotă de 0,02 % din plata neefectuată, pentru fiecare zi de întârziere în îndeplinirea aceste obligații.”*

*„ 10.2. În cazul în care achizitorul nu onorează facturile în termenul prevăzut la clauza 8.3, acesta are obligația de a plăti ca penalități, pentru fiecare zi de întârziere, o sumă echivalentă cu o cotă de 0,02 % din plata neefectuată. Totalul penalităților nu poate depăși suma asupra căreia sunt calculate.”*

Prin adresa nr. 805/05.08.2013, respectiv nr. 11617/... .. Sucursala Sud, solicită înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,02 %/zi prevăzut de art. 12.3 din acordul cadru și 10.2 din contractul subsecvent de furnizare cu un quantum de penalitate cel puțin egal cu dobânda legală penalizatoare, respectiv cu 0.036 %/zi întârziere, la care autoritatea contractantă susține că a răspuns prin adresa nr. 11631/... operatorului economic, dar răspunsul a fost postat în SEAP cu nr. 11656/... pentru potențialii participanți la licitație, cu specificația că art. 12.3 din acordul cadru și 10.2 din contractul subsecvent de furnizare rămân nemodificate, cuantumului de penalitate rămânând de 0,02%;

- autoritatea contractantă arată că, contestatorul solicită, modificarea cuantumului de penalitate de 0,02%/zi prevăzut de art. 12.3 din acordul cadru și 10.2 din contractul subsecvent de furnizare cu un quantum de penalitate cel puțin egal cu dobânda legală penalizatoare, respectiv cu 0,036 %/zi întârziere numai privind penalitățile ce urmează a fi percepute promitentului achizitor, fără a menționa și art. 12.2 din acordul cadru și 10.1 din contractul subsecvent de furnizare, articole care prevăd ca penalitate pentru neonorarea obligațiilor contractuale asumate de către furnizor, deasemenea în quantum de 0,02%, astfel :

*„12.2. - (I) în cazul în care, din vina sa, Promitentul- furnizor nu semnează contractul subsecvent, conform solicitării Promitentului-achizitor și cu respectarea elementelor stabilite prin prezentul Acord-cadru, Promitentul-achizitor are dreptul de a pretinde cu titlul de penalități de întârziere, o sumă echivalentă cu o cotă de 0,02 % din valoarea maximă estimată a Acordului-cadru prevăzută în Anexa la prezentul acord cadru, pentru fiecare zi de întârziere în îndeplinirea aceste obligații, până la semnarea contractului subsecvent sau respectiv până la rezilierea Acordului-cadru.”*

*„10.1. In cazul în care, din vina sa exclusivă, furnizorul nu reușește să își îndeplinească obligațiile asumate prin contract, achizitorul are dreptul de a deduce din prețul contractului, ca penalități pentru fiecare zi de întârziere o sumă echivalentă cu o cotă de 0,02 % din prețul părții rămase neefectuată din contract, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor, cu excepția prevederilor clauzei 19.2 în cazul în care furnizorul respectă termenul de notificare. Totalul penalităților nu poate depăși suma asupra căreia sunt calculate”;*

- referitor la art. 12.3 din acordul cadru și art. 10.2 din contractul subsecvent de furnizare, autoritatea contractantă precizează următoarele: procentul de 0,02% s-a stabilit ca reprezentând penalități pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale atât promitentului achizitor cât și promitentului furnizor; procentul de 0,02% s-a stabilit având în vedere că acesta este procentul care se aplică în prezent pentru plata cu întârziere a impozitelor și taxelor către stat OUG nr. 50/2013, art. 120 Penalități de întârziere, alin. (1) și (2).

De asemenea, autoritatea contractantă arată că, acceptarea solicitării ... ar însemna crearea unei situații dezavantajoase economic pentru spital, vis- a- vis de prevederile contractului ce face parte din documentația de atribuire prin acceptarea modificării cuantumului de penalitate cel puțin egal cu dobânda legală penalizatoare, respectiv cu 0,036 %/zi, numai în cazul promitentului achizitor; apariția unor eventuale întârzieri la plată se vor datora nedecontării sumelor cu aceasta destinație de către Casa de Asigurări de Sanatate și nu culpei autorității contractante.

În vederea soluționării contestației, Consiliul a transmis autorității contractante adresa nr. 16273/.../...20.08.2013, prin care solicită acesteia să comunice dacă a avut loc deschiderea ofertelor și în caz afirmativ, să transmită procesul verbal de deschidere, până la data de 20.08.2013, ora 15:00.

... a răspuns solicitării Consiliului prin adresa nr. 12366/20.08.2013, înregistrată la CNSC cu nr. 27816/20.08.2013, transmisă la ora 12:50, prin care precizează faptul că procedura de achiziție publică se află în derulare, aceasta nefiind suspendată, iar data și ora deschiderii ofertelor este 20.08.2013, ora 15:00.

Ultimul document, aferent dosarului cauzei, este adresa nr. 12366/20.08.2013, înregistrată la CNSC cu nr. 27816/20.08.2013, transmisă de autoritatea contractantă.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... a organizat, în calitate de autoritate contractantă, procedura de atribuire pentru acordul – cadru prin „cerere de oferte” online, având drept obiect: „Medicamente pentru sistemul genito-urinar și hormoni”, cod CPV 33640000-8, elaborând în acest sens documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP invitația de participare nr. .../.., conform căreia, valoarea estimată este cuprinsă între 18.656,95-223.883,4 lei fără TVA.



Potrivit Cap. IV.2.1) – Criterii de atribuire, din fișa de date a achiziției, criteriul de atribuire al acordului – cadru este: „prețul cel mai scăzut”.

De asemenea, potrivit documentației de atribuire, acordul – cadru este divizat pe 9 (nouă ) loturi.

Conform art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, Consiliul trebuie să se pronunțe mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când se constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei.

Față de norma juridică anterior invocată, Consiliul va lua în considerare faptul că, referitor la contestația formulată de către ... autoritatea contractantă invocă excepția tardivității respectivei contestații, pe motiv că *„invitația de participare nr. ... din data de 01.08.2013, aferentă documentației de atribuire, a fost publicată în SEAP la data de 01.08.2013, contestatorul putând depune contestație până în ... Întrucât contestația acestuia este înregistrată la CNSC sub nr. 33557 din data de ... autoritatea contractantă consideră contestația tardivă”*.

Analizând contestația depusă de ... Consiliul constată că actul contestat de acesta este documentația de atribuire elaborată de autoritatea contractantă și adusă la cunoștința operatorilor economici prin publicare în SEAP în data de 01.08.2013.

Având în vedere faptul că în litigiul dedus judecății este vorba despre un contract de furnizare, valoarea estimată a acordului – cadru fiind de 223.883,4 lei fără TVA (echivalent a 50211.58 euro), Consiliul constată că sunt incidente prevederile art. 256<sup>2</sup> alin. (1) lit. b) din același act normativ, potrivit căruia: *„b) 5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență, despre un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit, estimată conform prevederilor art. 23 și ale cap. II secțiunea a 2-a, este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2)”*.

Potrivit art. 55 alin. (2) din OUG nr. 34/2006: *„Publicarea în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene este obligatorie în toate situațiile în care:a) autoritatea contractantă se încadrează în una dintre categoriile prevăzute la art. 8 lit. a) -c), iar valoarea estimată a contractului de furnizare sau de servicii care urmează să fie atribuit este egală ori mai mare decât echivalentul în lei al sumei de 130.000 euro”*.

De asemenea, art. 3 lit. z) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, stipulează că: *„termenul exprimat în zile începe să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului; ziua în cursul*

*căreia a avut loc evenimentul sau s-a realizat un act al autorității contractante nu este luată în calculul termenului”.*

În acest sens, Consiliul reține că ... a înaintat contestația înregistrată la CNSC cu nr. ... în data de ... prin nota de transport Express nr. FFS18249128R, în condițiile în care a luat la cunoștință de conținutul actului contestat în data de 01.08.2013, aceasta fiind de altfel, potrivit dispozițiilor legale sus enunțate, ultima zi când documentația de atribuire putea fi contestată.

Astfel, ținând cont că data luării la cunoștință a conținutului respectivului document contestat de către ... este 01.08.2013, iar contestația în cauză a fost transmisă către CNSC în data de ... termenul de 5 zile în care se putea contesta documentația de atribuire este evident respectat.

Pe cale de consecință, în conformitate cu dispozițiile art. 278 alin. (1), (5) și (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge excepția invocată de către autoritatea contractantă, urmând a proceda la soluționarea pe fond a cauzei.

Analizând fondul cauzei deduse judecății, Consiliul reține că, ulterior luării la cunoștință a prevederilor documentației de atribuire, .... a formulat în contestația dedusă soluționării, critici vizând art. 12.3 alin. (1) din modelul de acord - cadru și art. 10.2 din modelul de contract subsecvent de furnizare, susținând că *„clauzele contractuale care au prevăzut penalități de 0,02 % /zi sunt abuzive și lovite de nulitate întrucât dobânda penalizatoare stabilită de aceste clauze este de 0,02%/zi întârziere, respectiv sub dobânda legală penalizatoare de 0,036%/zi întârziere”*, solicitând obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,02%/zi prevăzut de documentație de atribuire, respectiv de dispozițiile art. 12.3 alin. (1) din acordul cadru și art. 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; emiterea documentației de atribuire cu respectarea condițiilor stabilite de dispozițiile legale în materie; remedierea actelor care afectează procedura.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul va soluționa contestația analizând modalitatea în care a elaborat autoritatea contractantă documentația de atribuire, luând în considerare, în acest sens, legislația incidentă, din domeniul achizițiilor publice.

În acest sens, Consiliul va lua în considerare, ca un prim aspect, că, potrivit secțiunii II.1.1) din fișa de date a achiziției, denumirea dată contractului de autoritatea contractantă este: *„Medicamente pentru sistemul genito – urinar și hormoni”*, potrivit secțiunii II.1.2) din același document, tipul contractului este *„furnizare”*.

Totodată, Consiliul va reține că, potrivit art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, „*autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire*”.

Din analiza conținutului documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă, Consiliul va reține faptul că la cap. 12.3. (1) din modelul de Acord – cadru de furnizare, se precizează următoarele: „*În cazul în care, din vina sa, Promitentul - achizitor nu-și respectă obligația de plată conform prevederilor Acordului - cadru și contractului subsecvent Promitentul - furnizor are dreptul de a solicita rezilierea acordului cadru și a contractului subsecvent din vina Promitentului-achizitor și de a pretinde cu titlul de penalități de întârziere, o sumă echivalentă cu o cotă de 0,02 % din plata neefectuată, pentru fiecare zi de întârziere în îndeplinirea aceste obligații.*”

De asemenea, în modelul de contract subsecvent de furnizare, la art. 10.2., se precizează că: „*În cazul în care achizitorul nu onorează facturile în termenul prevăzut la clauza 8.3, acesta are obligația de a plăti ca penalități, pentru fiecare zi de întârziere, o sumă echivalentă cu o cotă de 0,02 % din plata neefectuată. Totalul penalităților nu poate depăși suma asupra căreia sunt calculate.*”

Față de contextul legal invocat anterior, Consiliul apreciază că sunt aplicabile următoarele dispoziții 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:

- Art. 4 - Dobânda legală penalizatoare, stipulează: „*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 – Dobânda penalizatoare, prevede următoarele: „*(1) În raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști, creanța de plată constând în prețul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate produce dobânzi penalizatoare dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 3 alin. (1).*”

*(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”.*

*Art. 14 - Clauze calificate de lege ca abuzive: „Sunt calificate ca abuzive, nefiind necesară verificarea existenței circumstanțelor prevăzute la art. 13 sau a altor circumstanțe specifice cauzei, clauzele contractuale care: a) exclud posibilitatea aplicării de dobânzi penalizatoare sau stabilesc dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare”.*

De asemenea, sunt incidente și prevederile de la art. 3 alin. (2) din OG nr. 13/2011: *„(1) Rata dobânzii legale remuneratorii se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință a Băncii Naționale a României, care este rata dobânzii de politică monetară stabilită prin hotărâre a Consiliului de administrație al Băncii Naționale a României.*

*(2) Rata dobânzii legale penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință plus 4 puncte procentuale.*

*(2<sup>1</sup>) 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”.*

Consiliul va lua în considerare și faptul că prin dispozițiile art. 1535 alin. (1) din Noul Cod Civil, legiuitorul a stabilit că, în cazul obligațiilor bănești, creditorul are dreptul, fără dovedirea vreunui prejudiciu, la o penalitate minimă prevăzută de dobândă legală penalizatoare, calculată conform dispozițiilor legale.

Prin urmare, din transpunerea normelor legale citate anterior la cazul concret deferit Consiliului, acesta constată că autoritate contractantă avea obligația de a prevedea în modelul de acord cadrul și de contract 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.

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 acest 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 impună autorităților contractante, prin Legea nr. 72/2013, pentru a combate întârzierea în executarea obligațiilor de plată a sumelor de bani rezultând din contractele de achiziție publică, suportarea de dobânzi penalizatoare al căror quantum nu poate fi mai mic decât cel al dobânzii legale penalizatoare.

Totodată, Consiliul nu va lua în considerare alegațiile autorității contractante, potrivit cărora „s-ar crea o situație dezavantajoasă pentru sine, în cazul în care ar stabili dobânda solicitată de contestator”, întrucât acesta are obligația de a respecta dispozițiile legale aflate în vigoare, atunci când elaborează documentația de atribuire.

În contextul de fapt și de drept anterior menționat, Consiliul consideră că este necesar ca autoritatea contractantă să pună de acord clauza din documentația de atribuire privind penalitățile în sarcina ei, cu dispozițiile legale evocate, astfel încât documentația de atribuire să asigure informarea corectă a operatorilor economici, potrivit dispozițiilor art. 33 din ordonanța de urgență.

Cu toate acestea, constatând, din răspunsul autorității contractante nr. 12366/20.08.2013, înregistrată la CNSC cu nr. 27816/20.08.2013, că autoritatea contractantă a continuat procedura de atribuire, prin deschiderea ofertelor în data de 20.08.2013 (conform proces – verbal nr. 12413), Consiliul apreciază că nu se pot adopta măsuri corective, fără ca acest lucru să conducă la nerespectarea principiilor statuate la art. 2 alin. (2) din OUG 34/2006; situație în care constată că față de procedura de atribuire în cauză sunt incidente dispozițiile art. 209 alin. (1) litera c) din OUG nr. 34/2006, coroborat cu art. 209 alin. (4) litera b) din același act normativ.

Prin urmare, Consiliul urmează ca, în temeiul art. 278 alin. (2), (4) și (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să admită contestația formulată de ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... și, pe cale de consecință, să oblige autoritatea contractantă la anularea procedurii de atribuire prin aplicarea prevederilor art. 209 alin. (1) litera c) din OUG nr. 34/2006, coroborat cu art. 209 alin. (4) litera b) din același act normativ.

**PREȘEDINTE COMPLET**

...

**MEMBRU COMPLET**

...

...

**MEMBRU COMPLET**

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 14 (paisprezece) pagini.