



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, ... România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, 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 Consiliu sub nr. ... S.C. ... S.A., cu sediul în municipiul înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI ... a contestat documentația de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă” online a acordului-cadru având ca obiect „Acord cadru de furnizare medicamente antineoplazice”, cod CPV 33652100-6 (Rev.2), organizată de autoritatea contractantă ... cu sediul în localitatea județul ... și a solicitat obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,01%/zi prevăzut în documentația de atribuire, respectiv de dispozițiile art. 9.4, 9.5, 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, 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.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR
DECIDE

Admite contestația formulată de S.C. ... S.A., cu sediul în municipiul în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... cu sediul în localitatea județul ..., obligă autoritatea contractantă ca în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să prevadă în conținutul pct. pct. 9.4, 9.5, 10.1 și 10.2 ale contractului subsecvent de furnizare, un quantum al dobânzilor penalizatoare cel puțin egal cu dobânda legală penalizatoare, după care procedura de atribuire va continua.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliu sub nr. ... formulată de S.C. ... S.A., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... împotriva documentației de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă” online a acordului-cadru având ca obiect „Acord cadru de furnizare medicamente antineoplazice”, cod CPV 33652100-6 (Rev.2), s-a solicitat obligarea autorității contractante la înlocuirea quantumului de penalitate de 0,01%/zi prevăzut în documentația de atribuire, respectiv de dispozițiile art. 9.4, 9.5, 10.1 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, 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.

Contestatoarea arată că la data de 08.08.2013 a fost publicată documentația de atribuire cu privire la procedura de achiziție ce face obiectul cauzei, în cuprinsul căreia autoritatea contractantă a inserat, la art. 9.4, 9.5, 10.1 și 10.2 din contractul subsecvent, dispoziții potrivit cărora penalitățile aplicate furnizorului și achizitorului pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate sunt de 0,01% /zi.

Astfel, contestatoarea exemplifică faptul că la art. 9.4, 9.5, 10.1 și 10.2 din modelul contractului subsecvent, autoritatea contractantă a stabilit următoarele:

9.4. – Dacă achizitorul nu onorează facturile în termen de 28 de zile de expirarea perioadei convenite, atunci furnizorul are dreptul de a percepe penalități de 0,01% pe zi întârziere;

9.5. – Dacă furnizorul nu onorează comenzile în termenul stabilit (3 zile), achizitorul are dreptul de a considera contractul încetat de plin drept, fără alte formalități, sau de a percepe penalități de 0,01% din valoarea comenzii neonorate;

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 de 0,01% pe zi de întârziere din prețul contractului;

10.2. – 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%/zi de întârziere din plata neefectuată.

Față de aceste aspecte de mai sus, contestatoarea învederează că la 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 nr. OUG nr. 34/2006, iar scopul principal al legii este să promoveze competitivitatea în mediul de afaceri și să consolideze piața internă a Uniunii Europene, prin crearea unor mecanisme eficiente pentru combaterea întârzierilor la plată, sens în care aduce anumite limitări libertății contractuale, principalele limitări referindu-se la termenele de plată, termenul de emiterie sau primire a facturii, dobânzi și daune-interese.

De asemenea, contestatoarea susține că în raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști, penalitatea pentru neîndeplinirea obligațiilor este reglementată de Legea 72/2013 prin art. 8 „Dobânzi penalizatoare” din cap. 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 quantum de 0,036%/zi întârziere, astfel cum rezultă din aplicarea Ordonanței nr. 13/2011, respectiv $5,25$ (dobânda de referință BNR aplicabilă la data de astăzi) + 8 puncte = $13,25/365 = 0,036\%/zi$ întârziere.

Astfel, contestatoarea arată că legiuitorul a statuat că în raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști, dobânda penalizatoare reprezintă sancțiunea stabilită de părți prin contract, iar dobânda legală penalizatoare reprezintă sancțiunea stabilită de legiuitor, potrivit art. 3 din OG nr. 13/2011, pentru situația în care părțile nu au stabilit în contract dobânda penalizatoare.

De asemenea, contestatoarea amintește faptul că prin dispozițiile art. 1535 alin. (1) și art. 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.

Contestatoarea invocă și dispozițiile art. 14 lit. a¹) din Legea nr. 72/2013 care 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, contestatoarea apreciază că 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 respectivele clauze contractuale care au prevăzut penalități de 0,01 % /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, contestatoarea dă ca exemplu și decizia CNSC nr. 2126/C4/2372/18.06.2013, în baza căreia Consiliul a dispus „obligarea autorității contractante la înlocuirea quantumului 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 dovedirea contestației sale, S.C. ... S.A. a depus, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 16251/21.08.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. 28980/30.08.2013, autoritatea contractantă ... a comunicat punctul de vedere referitor la contestație, precum și dosarul achiziției publice, necesar soluționării acesteia.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de modificare a cuantumului cu privire la sancțiunile aplicate pentru întârzierea în executarea obligațiilor contractuale, autoritatea contractantă solicită respingerea acesteia, motivat de faptul că dispozițiile OG nr. 119/2007 privind măsurile pentru combaterea întârzierii executării obligațiilor de plată rezultate din contracte între profesioniști, precum și cele ale OUG nr. 92/2003, nu sunt aplicabile în speța de față, întrucât nu au incidența în materia achizițiilor publice, ci în materia comercială, astfel că la art. 1 din OG nr. 13/2011 se prevede faptul că „părțile sunt libere să stabilească în convenții, rata dobânzii atât pentru restituirea unui împrumut, cât și pentru întârzierea la plata unei obligații bănești”, prin urmare, autoritatea contractantă nu poate fi obligată la plata unui quantum al dobânzii impus de contestatoare, cu atât mai mult cu cât s-a optat pentru stabilirea de penalități și nu dobânzi.

Clauza penală, susține autoritatea contractantă, reprezintă o 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 sau îndeplinirii în mod corespunzător a obligațiilor asumate, astfel că draftul de contract are caracter administrativ, având anumite caracteristici specifice impuse de interesul public care stă la baza încheierii și executării acestuia, operatorul economic trebuind să sacrifice interesul său privat interesului public, cu rezerva dreptului la despăgubiri prin formularea unei acțiuni de drept comun.

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă solicită respingerea ca nefondată a contestației, apreciind că nu a solicitat un anumit nivel al dobânzii, ci a optat pentru aplicarea de penalități, acestea neputând fi cumulate sau confundate cu dobânda, iar cuantumul acestora neproducând vreun dezechilibru contractual.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

Autoritatea contractantă ... a inițiat procedura de atribuire „licitație deschisă” online a acordului-cadru având ca obiect „Acord cadru de furnizare medicamente antineoplazice”, cod CPV 33652100-6 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de

participare nr. ... stabilind data de deschidere a ofertelor la 24.09.2013, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și o valoare estimată fără TVA cuprinsă între 2.259.947,82 lei și 3.322.407,72 lei.

Analizând actul atacat, respectiv contractul subsecvent de furnizare, Consiliul constată că într-adevăr, pct. 9.4, 9.5, 10.1 și 10.2 conțin clauze nelegale sub aspectul cuantumului penalităților stabilite în sarcina contractanților.

Potrivit art. 14 din Legea nr. 72/2013 „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, conform prevederilor art. 3 alin. (2¹) din OG nr. 13/2011 „Rata dobânzii legale penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință plus 4 puncte procentuale. 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”, iar conform art. 8 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 dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 3 alin. (1). 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”.

Din coroborarea textelor citate rezultă că în contractele încheiate între profesioniști și autoritățile contractante „dobânda penalizatoare nu poate fi mai mică decât la nivelul dobânzii de referință plus 8 puncte procentuale”.

Pe de altă parte, indicarea de către contestatoare a nivelului dobânzii de referință de 5% este eronată, întrucât potrivit Circularei Băncii Naționale a României nr. 72/2013, publicată în Monitorul Oficial al României Partea I nr. 495/06.08.2013, această dobândă a fost stabilită la nivelul de 4,5% pe an, începând cu data de 06 august 2013.

În aceste condiții, clauza penalizatoare este de 0,034% pe zi de întârziere și nu 0,036% pe zi de întârziere, cum greșit a calculat contestatoarea.

În raport de dispozițiile legale citate, este evident că apărările autorității contractante nu pot fi primite, deoarece OG nr. 13/2011 este ea însăși modificată prin Legea nr. 72/2013 care face trimitere directă la conținutul său, iar OUG nr. 119/2007 este abrogată prin Legea nr. 76 din 15 februarie 2012, astfel încât, în prezent, legislația prevede obligația ca în contractele autorității contractante cu profesioniștii să se stipuleze dobânda penalităților în cuantumul determinat potrivit dispozițiilor legale arătate.

Pentru motivele reținute și în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2), (4) și (6) din OUG nr. 34/2006, Consiliul va admite contestația formulată de contestatoarea S.C. ... S.A., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... va obliga autoritatea contractantă ca în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să prevadă în conținutul pct. pct. 9.4, 9.5, 10.1 și 10.2 ale contractului subsecvent de furnizare, un cuantum al dobânzilor penalizatoare cel puțin egal cu dobânda legală penalizatoare, după care procedura de atribuire va continua.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

Redactată în 4 exemplare originale, conține 7 pagini.