



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. ... și precizată prin adresa nr. 930/29.08.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. 28888/29.08.2013, S.C. ... S.A., cu sediul în ... înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI RO ... a contestat documentația de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă” online a acordului-cadru având ca obiect „Acord cadru furnizare medicamente diverse”, coduri CPV 33611000-6 și altele (Rev.2), organizată de autoritatea contractantă ... cu sediul în localitatea ... str. ..., județul ... și a solicitat obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,02%/zi prevăzut în documentația de atribuire, respectiv de dispozițiile 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.

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

DECIDE

Admite contestația formulată de S.C. ... S.A., cu sediul în ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... cu sediul în localitatea ... str. ..., județul ..., obligă autoritatea contractantă ca în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să prevadă în conținutul pct. 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. ... și precizată prin adresa nr. 930/29.08.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. 28888/29.08.2013, 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 furnizare medicamente diverse”, coduri CPV 33611000-6 și altele (Rev.2), s-a solicitat obligarea autorității contractante la înlocuirea quantumului de penalitate de 0,02%/zi prevăzut în documentația de atribuire, respectiv de dispozițiile art. 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, 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.

Contestatoarea arată că la data de 15.08.2013 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. 10.1 și art. 10.2 din contractul subsecvent, dispoziții potrivit cărora penalitățile aplicate furnizorului și achizitorului pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate sunt de 0,02% /zi.

Astfel, contestatoarea exemplifică faptul că la art. 10.1 și art. 10.2 din modelul contractului subsecvent, autoritatea contractantă

a stabilit următoarele: „În cazul în care, din vina sa, furnizorul nu reușește să-și execute obligațiile asumate prin contract, atunci achizitorul are dreptul de a deduce ca penalități, o sumă echivalentă cu 0,02% pentru fiecare zi de întârziere din prețul total al contractului”, respectiv „În cazul în care achizitorul nu onorează facturile în termen de 28 de zile de la expirarea perioadei convenite, atunci acesta are obligația de a plăti ca penalități o sumă echivalentă cu 0,02% pentru fiecare zi de întârziere din valoarea facturii rămasă neonorată”.

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 cuantum de 0,036%/zi întârziere, astfel cum rezultă din aplicarea Ordonanței nr. 13/2011, respectiv 5,25 (dobânda de referința 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 0,02 % /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, contestatoarea dă ca exemplu și decizia CNSC nr. .../18.06.2013, 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, respectiv Decizia nr. .../21.08.2013, având aceeași soluție.

În dovedirea contestației sale, S.C. ... S.A. a depus, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. N2/38016/28.08.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. 28666/28.08.2013, autoritatea contractantă a

comunicat „Întâmpinare” referitoare la contestație, precum și dosarul achiziției publice, necesar soluționării acesteia.

Astfel, autoritatea contractantă arată că la art. 10.1 și art. 10.2 din contractul subsecvent, a stabilit ca și penalități, o sumă echivalentă cu 0,02% pentru fiecare zi de întârziere din prețul total al contractului, iar temeiul legal reprezentând-l art. 120¹ alin. (2) din OUG nr. 50/2013 privind reglementarea unor măsuri fiscale.

De asemenea, autoritatea contractantă apreciază că în speță nu sunt aplicabile prevederile OG nr. 13/2011, întrucât aceasta face referire la dobânda legală remuneratoare și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale, în domeniul bancar.

Față de cele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației și menținerea cuantumului penalităților, așa cum au fost acestea propuse.

Prin adresa nr. 930/29.08.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. 28888/29.08.2013, contestatoarea a formulat punct de vedere față de întâmpinarea comunicată de autoritatea contractantă.

Contestatoarea susține că prin OUG nr. 50/2013 privind reglementarea unor măsuri fiscale au fost modificate, printre altele, și dispozițiile Codului de Procedură Fiscală, respectiv dispozițiile art. 120 „Penalitățile de întârziere pentru neachitarea în termen legal a obligațiilor fiscale”, astfel că începând cu data de 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.

De asemenea, contestatoarea precizează că potrivit Codului de procedură fiscală „Penalitatea de întârziere nu înlătură obligația de plată a dobânzilor, care rămân aplicabile în proporție de 0,04% pentru fiecare zi de întârziere”, prin urmare, pentru obligațiile scadente după 1 iulie 2013, nivelul cumulat de dobânzi și penalități va fi de 0,06%/zi de întârziere, ori, în speță, obligațiile de plată nu au natura unor obligații fiscale, prin urmare dispozițiile arătate nu sunt aplicabile.

Din documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Autoritatea contractantă a inițiat procedura de atribuire „licitație deschisă” online a acordului-cadru având ca obiect „Acord Cadru furnizare medicamente diverse”, coduri CPV 33611000-6 și altele (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... stabilind data de deschidere a ofertelor la 01.10.2013, criteriul

de atribuire „prețul cel mai scăzut” și o valoare estimată fără TVA cuprinsă între 1.141.457,68 lei și 2.282.915,36 lei.

Analizând actul atacat, respectiv contractul subsecvent de furnizare, Consiliul constată că într-adevăr, pct. 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 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.

Susținerile autorității contractante privind dispozițiile art. 120^{^1} din Codul de procedură fiscală, așa cum a fost modificat prin OUG nr. 50/2013, nu pot fi reținute, deoarece, potrivit art. 120 din

același cod „Dobânzile reprezintă echivalentul prejudiciului creat titularului creanței fiscale ca urmare a neachitării de către debitor a obligațiilor de plată la scadență /.../”, fiind evident că actele normative în discuție (Codul de procedură fiscală pe de o parte și Legea nr. 72/2013 pe de altă parte) au obiect de reglementare diferită și nu pot fi „asimilate”, așa cum susține autoritatea contractantă, raporturile juridice dintre autorități contractante și profesioniști.

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. 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.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...-...

MEMBRU COMPLET

...

Redactată în 4 exemplare originale, conține 7 pagini.