



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 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. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din ... depusă de către ... cu sediul în ... str. ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având C.U.I. RO ... reprezentantă prin ... împotriva documentației de atribuire, emisă de către cu sediul în ... str. ... județul ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată pe loturi, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „*Achiziție medicamente necesare pentru Programul Național de Oncologie*”, cod CPV 33652100-6 Antineoplazice (Rev.2), se solicită „*1. Obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,01%/zi prevăzut în documentația de atribuire - clauzele art. 11.1 și 11.2 din contractul subsecvent de furnizare, cu un cuantum de penalitate cel puțin egal cu dobânda legală penalizatoare, de 0,036%/zi întârziere, aplicat pentru ambele părți la valoarea obligației neexecutată. 2. 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 depusă de către ... cu sediul în ... str. în contradictoriu cu cu sediul în ... str. ... județul ...

Constata nulitatea absoluta a clauzei penale contestate și dispune inlaturarea din cadrul cap. "*Clauze obligatorii*" al modelului de contract subsecvent acordului-cadru din componența documentației de atribuire a subclauzelor 11.1 și 11.2., prin care a fost impusă CLAUZA PENALĂ prin care cuantumul penalităților de întârziere a fost impus la cota procentuală din prețul contractului in cuantum de 0,01%/zi intarziere, respectiv 0,01%/zi intarziere din plata neefectuată.

Rectificarea documentației de atribuire se va efectua în termen de max. 11 zile de la primirea prezentei decizii, termen înlăuntru cărui rectificarea dispusă va fi publicată și în SEAP.

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Obligatorie.

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. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din critică documentația de atribuire, emisă de către în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată pe loturi, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „*Achiziție medicamente necesare pentru Programul Național de Oncologie*”, solicitând „*1. Obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,01%/zi prevăzut în documentația de atribuire - clauzele art. 11.1 și 11.2 din contractul subsecvent de furnizare, cu un cuantum de penalitate cel puțin egal cu dobânda legală penalizatoare, de 0,036%/zi întârziere, aplicat pentru ambele părți la valoarea obligației neexecutate. 2. 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*”.

Astfel, arată petenta, prin Cap. 11 „Sanțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor” al modelului contractului subsecvent de furnizare, parte componentă a secțiunii documentației de atribuire „clauze contractuale obligatorii”, autoritatea contractantă a impus următoarele clauze contractuale obligatorii:

„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 contractului in cuantum de 0,01%/zi intarziere. 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.”.

Susținând că emiterea documentației de atribuire trebuie să se facă cu respectarea dispozițiilor minime garantate de legiuitor și a principiilor prevăzute de art. 2 din ordonanța de urgență, ... precizează că, în data de 05.04.2013, 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 care se aplică și contractelor de achiziții publice încheiate în temeiul O.U.G. nr. 34/2006.

Scopul legii, se arată în contestație, este promovarea competitivității mediului de afaceri și consolidarea pieței interne a Uniunii Europene prin crearea unor mecanisme eficiente pentru combaterea întârzierilor la plată, sens în care se aduc limitări, în principal, referitoare la termenele de plată, termenul de emitere sau primire a facturii, precum și la dobânzi și daune-interese.

Contestatoarea susține că legea susmenționată reglementează, prin art. 8, „Dobânzi penalizatoare”, din capitolul III „Contracte între profesioniști și autorități contractante”, coroborat cu dispozițiile art. 4 din aceeași lege penalitățile pentru neîndeplinirea obligațiilor. Invocă, cu privire la aspectul în discuție, și dispozițiile art. 3 alin. 2 din Ordonanța nr. 13/2011, potrivit cărora dobânda legală penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință a B.N.R., plus 8 puncte procentuale, care, la data contestației, este de 0,036%/zi întârziere.

Astfel, susține petenta, dispozițiile legale invocate relevă faptul 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 Ordonanța Guvernului nr. 13/2011 pentru situația în care părțile nu au stabilit, în contract, dobânda penalizatoare.

De asemenea, autoarea contestației invocă dispozițiile art. 1535 alin. 1 din N.C. Civil, prin care legiuitorul a stabilit că, în cazul obligațiilor bănești, creditorul are dreptul, fără dovedirea vreunui prejudiciu, la o penalitate minimă prevăzută de dobânda legală penalizatoare, calculată conform dispozițiilor legale, precum și pe cele ale art. 14¹ lit. a)¹ 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 a clauzei nelegale, care stabilește dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare.

Având în vedere cele prezentate, contestatoarea consideră că sancțiunea minimă garantată de legiuitor pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale este dobânda legală penalizatoare și orice clauză care stabilește dobânda penalizatoare, respectiv clauza penală, sub minimul dobânzii legale este abuzivă și nelegală.

În concret, petenta arată că penalitatea de 0,01%/zi, precizată în clauzele contractuale obligatorii, atrage după sine caracterul abuziv al respectivelor clauze, care sunt lovite de nulitate, deoarece dobânda penalizatoare stabilită pe aceste clauze este sub dobânda legală penalizatoare de 0,036%/zi întârziere.

Raportat la cele prezentate, contestatoarea susține că modificarea privind înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,01% cu unul cel puțin egal cu dobânda legală penalizatoare, respectiv 0,036%/zi întârziere, aplicat pentru ambele părți, la valoarea obligației neexecutate, este corectă și motivată de prevederile legale invocate.

În sprijinul susținerilor sale, autoarea contestației invocă Deciziile C.N.S.C. nr. 2126/C4/2372 din 18.06.2013 și nr. 2976/C1/3376 din 21.08.2013 pronunțate în spețe similare, prin care s-a dispus obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire în sensul în care se solicită și în prezenta cauză.

În probațiune, a fost depus în copie, un set de documente.

Cu adresa nr. 2848 din 27.08.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 28659 din 28.08.2013, ... a transmis punctul de vedere referitor la contestație, prin care solicită respingerea acesteia, ca nefondată.

Autoritatea contractantă opinează că „nu pot fi reținute susținerile” petentei cu privire la prevederile O.G. 13/2011 privind nivelul dobânzii legale și cele ale Legii nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii executării obligațiilor de plată, întrucât, potrivit acestor acte normative părțile sunt libere să stabilească cuantumul dobânzii în cadrul producerii, atât a daunelor moratorii în cazul obligațiilor bănești, cât și în cazul obligațiilor de a face.

Astfel, susține organizatoarea procedurii, în ipoteza în care rata dobânzii nu este stabilită prin contract, se va aplica rata dobânzii de referință stabilită de Banca Națională a României.

Față de cele prezentate, spitalul concluzionează că, prin introducerea clauzei penale în cuprinsul draftului de contract, evaluarea anticipată a prejudiciului pe care l-ar suferi creditorul ar fi una convențională, lipsa acestuia îndreptățind creditorul la o evaluare legală prin solicitarea despăgubirilor la nivelul dobânzii de referință prevăzut în actele normative menționate anterior.

În sprijinul susținerilor sale, autoritatea contractantă invocă și redă dispozițiile Legii nr. 287/2009, respectiv art. 1535 alin. (1) potrivit căruia „în cazul în care o sumă de bani nu este plătită la scadență, creditorul are dreptul la daune moratorii, de la scadență până în momentul plății, în cuantumul convenit de părți sau, în lipsă, în cel prevăzut de lege, fără a trebui să dovedească vreun prejudiciu”, art. 1536 care prevede că, „În cazul altor obligații decât cele având ca

*obiect plata unei sume de bani, executarea cu întârziere dă întotdeauna dreptul la daune-interese egale cu dobânda legală, calculată de la data la care debitorul este în întârziere asupra echivalentului în bani al obligației, cu **excepția cazului în care s-a stipulat o clauză penală ori creditorul poate dovedi un prejudiciu mai mare cauzat de întârzierea în executarea obligației***", art. 1538 alin. (1) și (2), art. 1, 2 din O.G. 13/2011 conform căruia „În cazul în care, potrivit dispozițiilor 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”.

În același sens, autoritatea contractantă redă dispozițiile art. 3 și art. 4 din Legea nr. 72/2013, potrivit căroră „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”. 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”.

Având în vedere cele prezentate, organizatoarea procedurii apreciază că, 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 îndeplinirii necorespunzătoare a obligațiilor asumate, contractul ce urmează a fi atribuit are caracterul unuia administrativ, iar astfel de contracte au anumite caracteristici speciale, impuse de interesul public care stă la baza încheierii și executării acestora, fiind considerate contracte publice.

Autoritatea contractantă precizează că, întrucât formularea clauzei la care face referire urmărește interesul public, ... nu poate să-și însușească solicitarea contestatoarei.

În același sens, organizatoarea procedurii învederează faptul că 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 refuza încheierea contractului în aceste condițiuni, precum și principiile speciale cu privire la executarea lor (rezilierea, sancțiuni, decăderi).

Cu privire la caracterul documentului contestat, respectiv modelul de contract anexat documentației de atribuire, autoritatea contractantă susține „caracterul administrativ al acestuia”, motivat de faptul că, în această etapă a procedurii, draftul de contract reprezintă un act unilateral, o ofertă de a contracta, după semnarea contractului, prin exprimarea consimțământului celor două părți cu privire la forma și clauzele acestuia.

În sprijinul susținerilor sale, autoritatea contractantă invocă și redă dispozițiile art. 3 lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006.

Mai mult, susține organizatoarea procedurii, întrucât modelul de contract este inclus în documentația de atribuire, operatorii economici trebuie să respecte dispozițiile art. 170 din O.U.G. nr. 34/2006, context în care apreciază că acceptarea pretențiilor contestatoarei, prin încercarea de impunere, în mod unilateral și fără temei legal a unui procent a penalităților, ar determina o situație inechitabilă cu efecte lezionare pentru unitatea spitalicească și ar nesocoti interesul public avut în vedere prin organizarea procedurii.

Având în vedere cele expuse, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, precizând totodată că a menționat același procent de penalizare pentru ambele părți, nu numai pentru furnizor.

În susținerea afirmațiilor sale, autoritatea contractantă invocă Deciziile C.N.S.C. nr. 2281/... 72479/03.06.2011, nr. 1163/C1/28.03.2013, nr. 1007/C3/987/17.3.2011 și nr. 3032/C8/3332/... despre care apreciază că se referă la spețe identice.

În probațiune, au fost depuse, în copie, documente din dosarul achiziției publice.

Din înscrisurile aflate la dosarul achiziției publice transmis de către autoritatea contractantă, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

..... .. a inițiat, în calitate de autoritate contractantă, o procedură de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată pe loturi, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „*Achiziție medicamente necesare pentru Programul Național de Oncologie*”, cod CPV 33652100-6 Antineoplazice (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. ... în data de 13.08.2013.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a acordului-cadru este între 9.519,65 lei și 775.117,08 lei, fără TVA.

Împotriva documentației de atribuire, ... a depus, în termen legal, contestația ce constituie obiect al prezentei analize.

Examinând susținerile părților, probatoriul administrat și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

În analiza solicitării contestatoarei de „1. *Obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,01%/zi prevăzut în documentația de atribuire - clauzele art. 11.1 și 11.2 din contractul subsecvent de furnizare, cu un cuantum de penalitate cel puțin egal cu dobânda legală penalizatoare, de 0,036%/zi întârziere, aplicat pentru ambele părți la valoarea obligației neexecutate. 2. 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, prin clauza 11. „*Sanțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor*” din cadrul cap. „*Clauze obligatorii*” al modelului de contract subsecvent acordului-cadru din componența documentației de atribuire, subclauzele 11.1 și 11.2., a

fost impusă CLAUZA PENALĂ cu conținutul: "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 contractului în cuantum de 0,01%/zi intarziere. 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 intarziere din plata neefectuată".

Această clauză penală, în cuantum de "0,01%/zi intarziere în îndeplinirea obligațiilor contractuale/0,01%/zi de intarziere din plata neefectuată", este contestată de către petenta din cauză, prin invocarea prevederilor 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, care se aplică și contractelor de achiziții publice încheiate în temeiul O.U.G. nr. 34/2006, în sensul că, în opinia contestatoarei, sancțiunea minimă garantată de legiuitor pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale **este dobânda legală penalizatoare**, iar orice clauză care stabilește dobânda penalizatoare (în speță clauza penală) sub nivelul minim al dobânzii legale este abuzivă și nelegală, în conformitate cu prevederilor art. 14¹ lit. a)¹ din Legea nr. 72/2013.

Spre a determina temeinicia solicitării contestatoarei ... de „Obligare a autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,01%/zi, prevăzut în documentația de atribuire, cu un cuantum de penalitate cel puțin egal cu dobânda legală penalizatoare, de 0,036%/zi întârziere, aplicat pentru ambele părți la valoarea obligației neexecutată”, se impune clarificarea noțiunilor de „CLAUZĂ PENALĂ”, astfel cum aceasta a fost precizată la pct. 11. „Sanțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor” din cadrul cap. „Clauze obligatorii” al modelului de contract subsecvent acordului-cadru din componența documentației de atribuire, concomitent cu cea a noțiunii de „DOBÂNDA LEGALĂ PENALIZATOARE”, invocată de contestatoare ca fiind expres impusă prin legislația care reglementează domeniul, respectiv 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.

a) Regimul juridic al clauzei penale este reglementat în textul articolelor 1538-1543 (cartea V, titlul V, capitolul IV, secțiunea a IV-a din noul Cod civil), referiri la aceasta institutie regasindu-se si in cuprinsul altor articole: art. 1757 al. 2, art. 267 etc., astfel că, după cum îi spune și numele, **clauza penală** este o clauza contractuală prin care **partile stabilesc anticipat, de comun acord**, o valoare

forfetara (sau o alta prestatie) care sa fie platită de către partea care nu-si va respecta o anumită obligatie din contractul respectiv, aspecte esentiale privind clauza penala fiind constituite de:

- poate fi stabilita de catre parti la incheierea contractului (fiind integrata in continutul acestuia) sau ulterior (printr-un document separat, ex. act aditional);

- trebuie agreata de catre parti intotdeauna inainte de producerea prejudiciului;

- are rol compensatoriu (de evaluare anticipata a prejudiciului creditorului in caz de neexecutare din partea debitorului) si rol sanctionator (pedeapsa contractuala a debitorului pentru nerespectarea obligatiei). Scopul clauzei penale este protectia creditorului din contract, adica a aceluia care va fi prejudiciat de cealalta parte contractanta pentru neexecutarea, executarea cu intarziere sau executarea defectuoasa de catre aceasta, a obligatiilor asumate prin respectivul contract;

- il scuteste pe creditorul prejudiciat de dovedirea prejudiciului; adica, simpla existenta a clauzei penale in contract face posibila executarea clauzei penale, fara a fi nevoie ca respectivul prejudiciu sa fie demonstrat de partea prejudiciata (creditor);

- nu dă debitorului (celui care si-a incalcat obligatia) dreptul sa aleaga intre clauza penala si executarea obligatiei principale, însă dă creditorului (partea prejudiciata de incalcarea obligatiei) dreptul de a alege intre solicitarea executarii in natura a obligatiei principale si executarea clauzei penale;

- nu elibereaza debitorul de obligatie daca acesta a ales, fara consimtamantul creditorului, sa execute clauza penala in locul executarii in natura a obligatiei

- devine aplicabila daca neexecutarea sau executarea cu intarziere/defectuoasa a obligatiei este din culpa debitorului si nu a fost determinata de o situatie exterioara vointei debitorului (ex. forta majora);

- nu poate fi diminuata de instanta decat in anumite situatii exceptionale.

În concluzie, clauza penala este acea prevedere contractuala prin care partile stipuleaza ca debitorul se obliga la o anumita prestatie in caz ca nu va executa obligatia principala pe care si-a asumat-o.

Asadar, prin clauza contractuala partile determina anticipat echivalentul prejudiciului pe care l-ar suferi creditorul ca urmare a neexecutarii, executarii cu intarziere sau necorespunzatoare a obligatiei de catre debitorul sau.

Caracteristicile clauzei penale constau în aceea că aceasta are caracter accesoriu, dat fiind ca existenta ei este justificata de existenta unei obligatii principale. Ca urmare, nulitatea obligatiei principale o atrage pe aceea a clauzei penale, dar nu si invers. Clauza penala intervine ca sanctiune pentru neexecutarea obligatiei principale, pentru executarea ei cu intarziere sau necorespunzatoare. Creditorul nu poate

cere atât executarea în natură a obligației principale, cât și plata penalității, afară de cazul în care penalitatea a fost stipulată pentru **neexecutarea obligațiilor la timp sau în locul stabilit**. În acest din urmă caz, creditorul poate cere atât executarea obligației principale, cât și a penalității, dacă nu renunță la acest drept sau dacă nu acceptă, fără rezerve, executarea obligației.

b) Regimul juridic al **dobânzii penalizatoare** și respectiv al **dobânzii legale penalizatoare** este cel reglementat prin *Legea 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 nr. 72/2013*, act normativ emis în scopul transpunerii Directivei 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale și prin al cărui art. 1 alin. (1) se reglementează astfel: "**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**".

Prin urmare, tratamentul întârzierilor în efectuarea plăților în cadrul tranzacțiilor comerciale dintre **profesioniști și o autoritate contractantă**, derulate în cadrul contractelor de achiziție publică de furnizare, servicii și lucrări, constituie obiect al 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, aceasta fiind legea specială care reglementează domeniul și care, în raport de principiul de drept *specialia generalibus derogant*, prevalează față de dreptul comun.

Astfel, în raport de dispozițiile art. 8 din Legea nr. 72/2013 potrivit căroră "(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*", în condițiile în care legea specială face trimitere expresă la **daunele moratorii** reglementate de art. 1535 din NCC de maniera: "(1) **În cazul în care o sumă de bani nu este plătită la scadență, creditorul are dreptul la daune moratorii, de la scadență până în momentul plății, în cuantumul convenit de părți sau, în lipsă, în cel prevăzut de lege, fără a trebui să dovedească vreun prejudiciu.**

*În acest caz, debitorul nu are dreptul să facă dovada că prejudiciul suferit de creditor ca urmare a întârzierii plății ar fi mai mic. (2) **Dacă, înainte de scadență, debitorul datoră dobânzi mai mari decât dobânda legală, daunele moratorii sunt datorate la nivelul aplicabil înainte de scadență.** (3) **Dacă nu sunt datorate dobânzi moratorii mai mari decât dobânda legală, creditorul are dreptul, în afara dobânzii legale, la daune-interese pentru repararea integrală a prejudiciului suferit**".*

Regula curgerii de drept a dobânzilor în materie comercială este astfel extinsă de NCC, art. 1535, asupra tuturor raporturilor de drept privat pentru toate obligațiile bănești. Astfel, dacă obligația bănească nu este achitată la termenul stabilit pentru scadență, creditorul are dreptul la daune moratorii (daune pentru efectuarea cu întârziere a plății datorate) de la scadență până în momentul plății sau, în lipsă, în cel prevăzut de lege (dobânda legală), fără să fie să fie ținut să dovedească vreun prejudiciu, corelația dintre daunele-interese și dobânda legală fiind expres statuată și impusă în relațiile dintre profesioniști și autoritățile contractante de Legea nr. 72/2013 și prevederile art. 1535 alin. 3 din NCC.

Astfel, impunerea, de către autoritatea contractantă, a unei CLAUZE PENALE inferioare dobânzii legale penalizatoare este o clauză calificată de art. 14 lit. a) din Legea nr. 72/2013 ca fiind o clauză ABUZIVĂ, care conform art. 15 din același act normativ este supusă sancțiunii de nulitate absolută.

În raport de cele constatate, Consiliul reține ca fiind incidente în cauză următoarele prevederile 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, unde se 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, care 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**”.

Se va raporta Consiliul și la prevederile art. 3 alin. (2) din O.G. 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.

(2¹) 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”.

Potrivit prevederilor art. 1535 alin. (1) din Noul Cod Civil, 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 precitate la cazul concret deferit Consiliului, se constată că autoritatea contractantă avea obligația de a prevedea, în modelele de acord-cadru, respectiv 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**.

Clauzele în cauză însă, așa cum s-a arătat, consacră obligația autorității de a plăti furnizorului creditor penalități în cuantum de 0,01% pe zi de întârziere, din plata neefectuată, însă acest cuantum se vedește a fi inferior celui prescris imperativ de legiuitor.

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, care reprezintă un nivel minim pentru autoritatea contractantă. Consecința nesocotirii acestui minim legal, este, potrivit art. 14 lit. a) din Legea nr. 72/2013, nulitatea absolută a clauzei nelegale (care stabilește dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare).

Față de împrejurarea că, așa cum rezultă din cele prezentate, legiuitorul a ales să disciplineze autoritățile contractante pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a sumelor de

bani rezultând din contractele de achiziție publică, impunându-le suportarea, către beneficiari, de dobânzi penalizatoare al căror quantum nu poate fi mai mic decât cel al dobânzii legale penalizatoare, se desprinde concluzia că autoritățile contractante au obligația de a include, în contractele cu operatorii economici, clauze specifice privind penalitățile, iar quantumul acestora din urmă nu le este lăsat la discreție, ci trebuie să acopere pragul minim la care face trimitere legea invocată ca fiind aplicabilă.

Nu vor fi reținute, în soluționare, apărările autorității contractante potrivit cărora *"deși clauza penală reprezintă o stipulație sau prevedere contractuală, prin care părțile stabilesc, de comun acord, anticipat și prin apreciere, quantumul și modul de calcul al despăgubirilor ce vor fi datorate de partea în culpă, în cazul neîndeplinirii ori îndeplinirii necorespunzătoare a obligațiilor asumate, contractul ce urmează a fi atribuit are caracterul unuia administrativ, iar astfel de contracte au anumite caracteristici speciale, impuse de interesul public care stă la baza încheierii și executării acestora, fiind considerate contracte publice"*, deoarece, după cum s-a menționat, regimul creanțelor certe, lichide și exigibile din cadrul **„contractului având ca obiect furnizarea de bunuri sau prestarea de servicii, inclusiv proiectarea și execuția lucrărilor publice, a clădirilor și a lucrărilor de construcții civile”**, încheiat între profesioniști și o autoritate contractantă este cel reglementat de Legea nr. 72/2013.

Față de cele prezentate, Consiliul determină că se impune ca autoritatea contractantă să pună de acord clauzele aflate în discuție, din documentația de atribuire, privind penalitățile în sarcina ei, cu dispozițiile legale evocate, astfel încât documentația de atribuire să respecte dispozițiile legale și să asigure informarea corectă a operatorilor economici, potrivit dispozițiilor art. 33 din ordonanța de urgență.

Pentru toate acestea, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. 2, 4 și 6 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită contestația formulată de către ... în contradictoriu cu și, determinând încadrarea clauzei penale contestate în categoria clauzelor abuzive reglementate de art. 14 lit. a) din Legea nr. 72/2013, va constata nulitatea absoluta a respectivei clauze penale și va dispune inlaturarea ei din contract, pentru plata cu întârziere ***urmând a se 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.

Rectificarea documentației de atribuire se va efectua în termen de max. 11 zile de la primirea prezentei decizii, termen înlăuntrul căruia rectificarea va publica și în SEAP, procedura de atribuire urmând a fi astfel continuată.

În conformitate cu prevederile art. 280 alin. 1 din ordonanța de urgență, decizia este obligatorie.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

.....

.....