



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnscc.ro

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

DECIZIE

Nr. ... / / ...

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... depusă de ... cu sediul în
... CUI ... privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea acordului-cadru de furnizare ..., cod CPV ..., organizată de ... cu sediul în județul ... în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,01% zi prevăzut de 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 și de a emite documentația aferentă procedurii de atribuire cu respectarea condițiilor stabilite de dispozițiile legale în materie și prin remedierea actelor care afectează această procedură....

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

DECIDE:

În conformitate cu dispozițiile art. 278 alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite în parte contestația ... în

contradictoriu cu ... și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de zece zile de la data primirii prezentei decizii, să prevadă la clauzele 9.4, 9.5, 10.1 și 10.2 din modelul de contract subsecvent de furnizare o penalitate cel puțin egală cu dobânda legală penalizatoare. Măsura de remediere luată va fi adusă la cunoștința operatorilor economici, prin publicarea ei în Sistemul Electronic de Achiziții Publice.

În temeiul art. 278 alin. (5) din ordonanță, respinge solicitarea de obligare a autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,01%/zi cu un cuantum de penalitate cel puțin egal cu 0,036%/zi.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația în analiză, ... reclamă conținutul documentației de atribuire utilizată de ... în cadrul procedurii de atribuire menționată mai sus.

În motivarea demersului său, ... învederează că autoritatea contractantă, la art. 9.4 și 9.5, 10.1. și 10.2. din contractul subsecvent de furnizare, a prevăzut o pondere a penalităților de 0,01% zi.

Este invocată 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 ... și a ..., privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale și care se aplică și contractelor de achiziție publică încheiate în temeiul Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

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

Potrivit art. 3 alin. (2) din Ordonanța Guvernului nr. 13/2011, dobânda legală penalizatoare pentru obligații bănești se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință a Băncii Naționale a României plus 8 puncte procentuale, care la data prezentei este în cuantum de 0,036%/zi de întârziere, astfel cum rezultă din aplicarea actului normativ invocat, respectiv $5,25$ (dobânda de referință ... aplicabilă la data de astăzi) + 8 puncte = $13,25/365 = 0,036\%/zi$ întârziere.

Din simpla lecturare a dispozițiilor legale prezentate se poate observa, în mod clar, 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 (dispozițiile se aplică atât raporturilor dintre profesioniști cât și raporturilor dintre autoritățile contractante și profesioniști).

De asemenea, prin dispozițiile art. 1535 alin. (1) Codul civil, 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.

Dispozițiile art. 14 lit. a)¹ 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, astfel că orice clauză care stabilește dobânda penalizatoare, respectiv clauza penală sub minimul dobânzii legale, este abuzivă și nelegală. Or, clauzele contractuale indicate 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.

Contestatoarea consideră că modificarea privind înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,01% cu un quantum de penalitate cel puțin egal cu dobânda legală penalizatoare, respectiv 0,036%/zi de întârziere, aplicat pentru ambele părți la valoarea obligației neexecutate, este corectă și motivată de prevederile legale prezentate.

În încheiere, contestatoarea invocă decizia Consiliului nr. 2126/C4/2372 din 18.06.2013, pronunțată într-o speță similară, prin care s-a dispus *„obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,01%/zi cu o penalitate/zi întârziere cel puțin egală cu dobânda legală penalizatoare”* motivând prevederile legale aplicabile, respectiv art. 4, 8, 14 și 15 din Legea nr. 72/2013.

În punctul său de vedere asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 28750/28.08.2013, ... apreciază solicitarea contestatoarei de modificare a cuantumului cu privire la sancțiunile aplicate pentru întârzierea în executarea obligațiilor contractuale (art. 9.4, 9.5 și 10.1, 10.2 din formularul de contract) ca fiind

nefondată, întrucât dispozițiile Ordonanței Guvernului nr. 13/2001 – dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar, ale Ordonanței Guvernului nr. 119/2007 privind măsurile pentru combaterea întârzierii executării obligațiilor de plată rezultate din contracte între profesioniști, precum și dispozițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 92/2003, nu sunt aplicabile în speța de față, întrucât nu au incidență în materie de achiziții publice, ci în materie comercială. Astfel, art. 1 din Ordonanța Guvernului nr. 13/2011 prevede 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 operatorul economic, cu atât mai mult cu cât s-a optat pentru stabilirea de penalități și nu dobânzi.

Clauza penală reprezintă o 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 sau îndeplinirii în mod necorespunzător a obligațiilor asumate, actul în cauză, respectiv 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.

În încheiere, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată întrucât nu a solicitat un anumit nivel al dobânzii, ci a optat pentru aplicarea de penalități, acestea neputând fi cumulate sau confundate cu dobânda, iar quantumul acestora nu produce un dezechilibru contractual, drept pentru care contestatoarea consideră că nu este oportună înlocuirea quantumului penalităților cu quantumul dobânzii legale penalizatoare. Legislația în vigoare nu interzice stabilirea unui alt quantum al penalităților decât dobânda legală. Numai în cazul în care nu este expres prevăzut în contract, penalitățile se calculează prin raportarea la dobânda legală, dar fără a se confunda cu aceasta.

Dosarul achiziției și documentele necesare soluționării cauzei au fost atașate punctului de vedere, fiind înregistrate la Consiliu sub nr. 28750/28.08.2013.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ... publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 13.08.2013, autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare ..., estimate valoric la 6.241.474,2, fără TVA. Documentația de

atribuire a fost postată în SEAP la 13.08.2013, alături de anunțul de participare. Ulterior consultării acestei documentații, considerând că ea nu corespunde prevederilor legale, ... a atacat-o la Consiliu, în termenul legal, prin contestația ce formează obiectul prezentei cauze.

Asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul observă că, în modelul de contract subsecvent de furnizare, la art. 9 - Obligațiile principale ale achizitorului și art. 10 - Sancțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor, cuprins în secțiunea "Clauze obligatorii", autoritatea contractantă a prevăzut, între altele:

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

Conform art. 33 alin. (2) din ordonanța privind achizițiile publice, documentația de atribuire cuprinde:

- a) fișa de date;
- b) caietul de sarcini sau documentația descriptivă, aceasta din urmă fiind utilizată în cazul aplicării procedurii de dialog competitiv ori de negociere;
- c) informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii, iar clauzele mai sus citate, au fost declarate obligatorii de către autoritatea contractantă.

Potrivit art. 8 - "Dobânda penalizatoare" alin. (1) 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, *"în raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști, creanța de plată constând în prețul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate produce dobânzi penalizatoare [...]"*. La art. 4 se arată că, 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. 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.

Legea nr. 72/2013, la art. 14 lit. a), califică drept abuzivă acea clauză contractuală care stabilește dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare.

Potrivit prevederilor art. 1535 alin. 1 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.

Față de dispozițiile legale mai sus invocate, autoritatea contractantă avea obligația de a prevedea în modelul contractului 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 de la pct. 9.4, 9.5 10.1 și 10.2 prevăd obligația autorității contractate, respectiv a furnizorului, de a plăti penalități în cuantum de 0,01% pe zi de întârziere, din plata neefectuată, respectiv din prețul contractului, însă acest cuantum este inferior celui prescris imperativ de legiuitor.

Potrivit Circularei ..., nivelul ratei dobânzii de referință a ... este de 4,50 la sută pe an. La acest nivel al ratei dobânzii de referință se adaugă 8 puncte procentuale, rezultând o dobândă penalizatoare de 12,50 la sută pe an, ceea ce înseamnă, la un număr de 365 zile pentru un an calendaristic, un nivel al dobânzii penalizatoare de 0,034 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).

Contrar celor susținute de ..., încă din titlul Legii nr. 72/2013 se desprinde concluzia că această lege se aplică autorităților contractante. Acestea au obligația de a include, în contractele cu operatorii economici, clauze specifice privind penalitățile, iar cuantumul acestora din urmă nu le este lăsat la discreție, ci trebuie să acopere pragul minim la care face trimitere aceeași lege. Altminteri, dispoziția legală ar rămâne fără efecte juridice, dacă orice autoritate ar aprecia că nu se impune să prevadă penalități în contractele sale ori să le fixeze într-un cuantum derizoriu, aproape de zero.

Regimul juridic al *dobânzii penalizatoare* și respectiv al *dobânzii legale penalizatoare* este cel reglementat prin legea amintită, act normativ emis în scopul transpunerii ... a ... privind combaterea

întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale. Potrivit art. 1 alin. (1) din Legea nr. 72/2013 *“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*.

De altfel, în partea introductivă a Directivei ... privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale s-a prevăzut că *“În cadrul tranzacțiilor comerciale între operatori economici sau între operatori economici și autorități publice, numeroase plăți sunt efectuate mai târziu decât a fost stabilit în contract sau menționat în condițiile comerciale generale. Deși mărfurile sunt livrate sau serviciile sunt prestate, numeroase facturi corespunzătoare acestora sunt achitate mult după scadență. Astfel de întârzieri în efectuarea plăților afectează lichiditățile întreprinderilor și complică situația financiară a acestora. Acestea afectează, de asemenea, competitivitatea și rentabilitatea întreprinderilor, odată ce creditorul trebuie să obțină finanțări externe din cauza efectuării cu întârziere a plăților. Riscul apariției acestor efecte negative crește în mod considerabil în perioadele de încetinire a creșterii economice, când accesul la finanțare este mai dificil.”*

În considerarea celor expuse, Consiliul consideră că este necesar ca autoritatea să pună de acord clauzele din documentația de atribuire privind penalitățile cu dispozițiile legale evocate, astfel încât documentația să răspundă exigențelor de legalitate și de informare corectă a operatorilor economici. Aceasta fiind situația faptică și de drept, în temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite în parte contestația ... în contradictoriu cu ... și va obliga autoritatea contractantă să aducă remedierile necesare în privința documentației de atribuire, conform motivării de mai sus.

Redactată în patru exemplare, conține opt pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

.....

MEMBRU COMPLET,