



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleus nr.6 Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, formulată de SC SRL, cu sediul în, str., nr., ..., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., având cod unic de înregistrare, împotriva documentației de atribuire, emisă de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, ..., cod poștal, jud., în cadrul procedurii de licitație deschisă, în vederea atribuirii acordului cadru, cu un singur agent economic, cu o durată de 22 luni, având ca obiect : „Medicamente substituenți de plasmă sanguină și soluții pentru perfuzii; Antibacterieni de uz sistemic; Analgezice; Medicamente contra tulburărilor gastro-intestinale funcționale; Medicamente pentru tractul digestiv și metabolism; Medicamente contra tulburărilor legate de hiperaciditate; Vitamine; Medicamente folosite în cardiologie; Psiholeptice; Alte medicamente pentru sistemul nervos; Diverse medicamente; Beta-blocanți; Medicamente oftalmologice”, cod CPV: 33621400-3, 33610000-9, s-a solicitat:

1. *Obligarea autorității contractante la modificarea art. 9.5 din acordul cadru în sensul stabilirii aplicării cotei de penalitate la valoarea obligației neîndeplinită, așa cum a prevăzut autoritatea contractantă în art. 18.1 din modelul de contract subsecvent prezentat în documentația de atribuire. Eliminarea art. 9.2 din contractul subsecvent ca fiind nelegale.*

2. *Obligarea autorității contractante la eliminarea art. 9.2 din contractul subsecvent ca fiind nelegal;*

3. *Obligarea autorității contractante la modificarea cuantumului de penalitate prevăzut de art. 10.2 din acordul cadru de la 0,01% cu*

dobânda legală penalizatoare /zi întârziere prevăzută și la art. 18.2 din modelul contractului subsecvent prezentat în documentația de atribuire.

4. *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 luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

SC SRL formulează contestația nr./....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr./....., împotriva documentației de atribuire, emisă de către, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, în vederea atribuirii acordului cadru, cu un singur agent economic, cu o durată de 22 luni, având ca obiect : „Medicamente substituente de plasmă sanguină și soluții pentru perfuzii; Antibacterieni de uz sistemic; Analgezice; Medicamente contra tulburărilor gastro-intestinale funcționale; Medicamente pentru tractul digestiv și metabolism; Medicamente contra tulburărilor legate de hiperaciditate; Vitamine; Medicamente folosite în cardiologie; Psiholeptice; Alte medicamente pentru sistemul nervos; Diverse medicamente; Beta-blocanți; Medicamente oftalmologice”, cod CPV: 33621400-3, 33610000-9, s-a solicitat:

1. *Obligarea autorității contractante la modificarea art. 9.5 din acordul cadru în sensul stabilirii aplicării cotei de penalitate la valoarea obligației neîndeplinită, așa cum a prevăzut autoritatea contractantă în art. 18.1 din modelul de contract subsecvent prezentat în documentația de atribuire. Eliminarea art. 9.2 din contractul subsecvent ca fiind nelegale.*

2. *Obligarea autorității contractante la eliminarea art. 9.2 din contractul subsecvent ca fiind nelegal;*

3. *Obligarea autorității contractante la modificarea cuantumului de penalitate prevăzut de art. 10.2 din acordul cadru de la 0,01% cu dobânda legală penalizatoare /zi întârziere prevăzută și la art. 18.2 din modelul contractului subsecvent prezentat în documentația de atribuire.*

4. *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 fapt, cu privire la prezenta procedură de atribuire, contestatorul precizează următoarele aspecte:

- în data de, autoritatea contractantă a publicat pe SEAP anunțul de participare nr., documentația de atribuire cu privire la procedură, inclusiv modelul de acord cadru și contract subsecvent;
- prin art. 10.2 din contract, s-a stabilit următoarea clauză penală aplicată achizitorului: „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 din plata neefectuată. Cota procentuală pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor este de 0,01%";

- prin art. 9.5 din contract s-a stabilit următoarea clauză penală aplicată furnizorului: „9.5 - 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 cota procentuală din prețul contractului. Cota procentuală pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor este de 0,01%";

- prin art. 9.2 din contractul subsecvent, s-au stabilit următoarele dispoziții: „9.2. Achizitorul se obligă să elibereze garanția pentru participare numai după ce furnizorul a făcut dovada constituirii garanției de bună execuție”.

Astfel, urmare a celor mai sus menționate, în conformitate cu dispozițiile art. 6 și urm. din Legea nr. 101/....., contestatorul precizează că în data de 14.11..... a comunicat autorității contractante, în termenul legal, notificarea prealabilă nr. 2612 prin care a solicitat acesteia modificarea clauzelor contractuale mai sus indicate respectiv: „1. Modificarea art. 9.5 din acordul cadru în sensul stabilirii aplicării cotei de penalitate la valoarea obligației neîndeplinită, așa cum a prevăzut autoritatea contractantă în art. 18.1 din modelul de contract subsecvent prezentat în documentația de atribuire. 2. Eliminarea art. 9.2 din contractul subsecvent ca fiind nelegale. 3. Modificarea cuantumului de penalitate prevăzut de art. 10.2 din acordul cadru de la 0,01% la cuantumul de penalitate minim legal prevăzut la art. 18.2 din modelul contractului subsecvent prezentat în documentația de atribuire, respectiv dobânda legală /zi întârziere”. În acest sens, autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 20440/18.11....., prin care, în principal, a invocat excepția tardivității formulării Notificării prealabile, iar în subsidiar, prin răspunsurile formulate, nu a fost de acord cu modificările solicitate.

În ceea ce privește tardivitatea notificării, invocată de autoritatea contractantă, contestatorul formulează următoarele argumente:

- documentația de atribuire a fost publicată în SEAP în data de
- potrivit documentației de atribuire, valoarea maximă estimată a acordului cadru este de 384.865 lei (fără TVA);
- în raport cu valoarea maximă a acordului cadru și data publicării documentației de atribuire, SC SRL avea obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere în termenul de 5 zile, prevăzut de art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/....., calculat de la - data publicării documentației de atribuire, respectiv până sâmbăta 12.11.....;
- potrivit art. 181 alin. (2) Noul Cod de Procedura Civilă: „Când ultima zi a unui termen cade într-o zi nelucrătoare, termenul se prelungește până în prima zi lucrătoare care urmează”, în speță, prima zi lucrătoare după

termenul împlinit sâmbătă - 12.11..... - s-a împlinit luni, 14.11.....;

- prin urmare, având în vedere cele mai sus prezentate, rezultă că notificarea prealabilă a fost comunicată autorității contractante cu respectarea termenului legal conform art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/....., coroborat cu art. 181 alin. (2) Noul Cod de Procedură Civilă, respectiv în data de 14.11.....

Pe fondul cauzei, cu privire la solicitarea de modificare a art. 9.5 din acordul cadru, în sensul stabilirii aplicării cotei de penalitate la valoarea obligației neîndeplinită, așa cum a prevăzut aceasta și prin art. 18.1 din modelul de contract subsecvent prezentat în documentația de atribuire, contestatorul menționează că:

- prin art. 18.1 din contractul subsecvent, autoritatea contractantă a prevăzut următoarea clauză penală aplicată furnizorului: *„Art. 18.1 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, dobânda legală/zi întârziere din valoarea obligației neexecutată în baza ratei de referință BNR”;*

- potrivit art. 18.1 din contractul subsecvent, în cazul furnizorului, cota procentuală de penalitate se aplică la valoarea obligației neexecutată;

- prin art. 9.5 din acordul cadru s-a prevăzut următoarea clauză penală aplicată furnizorului: *„9.5 - 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 cota procentuală din prețul contractului;*

- cota procentuală pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor este de 0,01%”;

- potrivit art. 9.5 din acordul cadru, în cazul furnizorului, cota procentuală de penalitate se aplică la valoarea contractului;

- prin art. 10.2 din acordul cadru autoritatea contractantă a stabilit următoarele dispoziții aplicate achizitorului: *„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 din plata neefectuată. Cota procentuală pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor este de 0,01%”.*

În opinia contestatorului, aplicarea penalităților conform art. 9.5 și 10.2 din acordul cadru este inechitabilă și generează un vădit dezechilibru contractual, întrucât penalitățile suportate de furnizor sunt raportate la valoarea contractului, iar penalitățile suportate de achizitor sunt raportate la plata neefectuată. De asemenea, la art. 9.5 din acordul cadru furnizorul plătește penalități de întârziere pentru întregul preț al contractului, respectiv și față de obligațiile contractuale executate în termen sau neajunse la scadență. Or, o astfel de clauză contractuală ar fi nulă de drept, deoarece ar însemna ca furnizorul va plăti penalități și pentru obligațiile contractuale executate în termen și/sau pentru cele neajunse la scadență. Potrivit principiului privind tratamentul egal

prevăzut de Legea nr. 98/....., clauzele contractuale privind achizițiile publice trebuie să fie echitabile, să asigure un echilibru părților contractante, cu respectarea tratamentului egal, neputând insera condiții diferite pentru părțile contractante, în avantajul autorității contractante și în dezavantajul operatorilor economici. Clauzele vor fi echitabile și cu respectarea principiilor ce guvernează materia achizițiilor publice, numai dacă penalitățile se vor aplica pentru ambele părți contractante la valoarea obligației neexecutate.

În susținerea celor de mai sus, contestatorul subliniază că prin modificarea prevederilor art. 9.5 solicită ca penalitățile suportate de furnizor să fie aplicate la valoarea obligației neexecutate. Modificarea solicitată stabilește un echilibru contractual cu privire la penalitățile în caz de neexecutare culpabilă a obligațiilor contractuale, atât în ceea ce privește obligațiile achizitorului, cât și pe cele ale furnizorului și nu impune o situație pe care autoritatea contractantă să o considere dezavantajoasă. Mai mult decât atât, solicitarea privind modificarea acestui articol corespunde întocmai cu dispozițiile prevăzute în clauza penală aplicată furnizorului conform art. 18.1 din contractul subsecvent.

Cu privire la obligarea autorității contractante la eliminarea art. 9.2 din contractul subsecvent ca fiind nelegal, contestatorul arată că prin art. 9.2 din contractul subsecvent, autoritatea contractantă a stabilit următoarele dispoziții: „9.2. Achizitorul se obligă să elibereze garanția pentru participare numai după ce furnizorul a făcut dovada constituirii garanției de bună execuție”. În cazul încheierii unui acord cadru, modalitatea de restituire a garanției de participare este reglementată de dispozițiile art. 38. alin. (2) din HG nr. 395 din, potrivit cărora „în cazul unei proceduri de atribuire a unui acord-cadru, precum și în cazul atribuirii unui contract pentru care nu este obligatorie constituirea garanției de bună execuție, garanția de participare constituită de ofertantul a cărei ofertă a fost stabilită câștigătoare se restituie de către autoritatea contractantă în cel mult 3 zile lucrătoare de la data semnării acordului- cadru/contractului”.

Prin urmare, în considerarea dispozițiilor legale mai sus prezentate, contestatorul apreciază că articolul 9.2 din contractul subsecvent este nelegal, întrucât nu respectă condițiile legale de restituire a garanției de participare stabilite de legiuitor, respectiv termenul pentru eliberarea garanției de participare. Dispozițiile legale indicate de autoritatea contractantă, respectiv art. 38 alin. (1) din HG nr. 395/....., nu sunt aplicabile în prezenta procedură.

În ceea ce privește solicitarea de modificare a cuantumului de penalitate prevăzut de art. 10.2 din acordul cadru de la 0,01% cu dobânda legală penalizatoare /zi întârziere prevăzută și la art. 18.2 din modelul contractului subsecvent prezentat în documentația de atribuire, contestatorul arată că la art. 18.2 din contractul subsecvent autoritatea contractantă a prevăzut următoarea clauză penală aplicată achizitorului: „Art. 18.2. 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 dobânda legala/zi întârziere din valoarea obligației de plată neefectuată în baza ratei de referință BNR". Cu toate acestea, la art. 10.2 din acordul cadru s-a stabilit următoarea clauză penală aplicată achizitorului: „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 din plata neefectuată. Cota procentuală pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor este de 0,01%".

În raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști penalitatea pentru neîndeplinirea obligațiilor este prevăzută de Legea 72/2013, art. 8 „Dobânzi penalizatoare”, din 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, creanță de plată constând în prețul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate produce dobânzi penalizatoare (...)”. Totodată, 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. (2¹), din Ordonanța nr. 13/2011, dobânda legală penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință a BNR plus 8 puncte procentuale, care la data prezentei este în cuantum de 0,030%/zi întârziere.

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. De asemenea, prin dispozițiile art. 1535 alin. (1) și 1536 din NCC 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. Prin urmare, sancțiunea minimă garantată de legiuitor pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate este dobânda legală penalizatoare, iar orice clauză care stabilește dobânda penalizatoare, respectiv clauza penală sub minimul dobânzii legale este abuzivă și nelegală. Or, în speță clauza contractuală prevăzută de art. 10.2 din acordul cadru este abuzivă și lovită de nulitate, întrucât dobânda penalizatoare stabilită de autoritatea contractantă prin aceasta clauză este de 0,01%/zi întârziere, respectiv sub dobânda legală penalizatoare de 0,030%/zi întârziere. Astfel, la analiza situației prezentate, contestatorul solicită Consiliului să țină cont de deciziile CNSC emise cu privire la acest aspect în baza cărora

Consiliul a dispus obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,01% și/sau 0,02% 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. De asemenea, solicită Consiliului să aibă în vedere și Decizia Curții de Apel Craiova - Secția Contencios Administrativ și Fiscal nr./2013 prin care instanța a stabilit că „(...) în raporturile dintre autorități contractante și profesioniști, este obligatoriu ca nivelul dobânzii penalizatoare să nu fie sub nivelul dobânzii legale penalizatoare”.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 36174/.....-...../....., potrivit dispozițiilor art. 18 și 20 din Legea nr. 101/..... în termen de 5 zile lucrătoare de la data primirii prezentei sub sancțiunea reglementată de art. 20 alin. (5) din actul normativ antemenționat, Consiliul solicită autorității contractante, următoarele:

- dosarul achiziției potrivit art. 236 alin. (2) din Legea nr. 98/..... coroborat cu art. 148 din HG nr. 395/.....;

- dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/.....

- în situația în care s-a adoptat vreo măsură de remediere după primirea contestației, transmiterea dovezii respectării prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/.....

Documentele solicitate se vor depune la CNSC în copie certificată în conformitate cu dispozițiile art. 150 coroborat cu art. 206 din CPC și art. 68 din Legea nr. 101/.....,

Prin adresa nr. 21098/29.11....., înregistrată la CNSC sub nr. 37255/07.12....., autoritatea contractantă transmite documentele solicitate, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Pe cale de excepție, autoritatea contractantă invocă tardivitatea contestației, din următoarele considerente:

- potrivit art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/....., persoana care se consideră vătămată într-un drept al său, înainte de a se adresa Consiliului, are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretensei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, în termen de 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii;

- or, anunțul de participare a fost publicat în SEAP în data de, moment în care toți operatorii economici interesați au putut lua la cunoștință de conținutul documentației de atribuire, cât și draft-ul de acord-cadru/contract subsecvent de furnizare de produse;

- potrivit dispozițiilor legale ale art. 5 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 101/.....: „(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.”;

- astfel, raportat la valoarea maximă estimată fără TVA, de 384.865 lei, calculând termenul de 5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, respectiv data de 08.11....., ar însemna că termenul se împlinește în ziua de 12.11..... Cum aceasta zi s-a împlinit într-o zi nelucrătoare, termenul s-a încheiat la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare, respectiv ziua de 14.11.....;

- contestatorul a formulat notificarea prealabilă în data de 15.11....., fiind înregistrată sub nr. 20224/15.11..... În mod eronat susține contestatorul că a formulat notificarea prealabilă în termen, susținând că s-a încadrat în termen, formulând-o în data de 14.11....., însă înregistrată la autoritatea contractantă în data de 15.11.....; astfel, a priori, nu s-a respectat termenul procedural de notificare, contestatorul nu a făcut dovada înregistrării la autoritatea contractantă a notificării prealabile trimise; esențial și deosebit de important fiind numărul de înregistrare la autoritatea contractantă și nu numărul de înregistrare/ieșire la contestator.

Raportat la cele mai sus menționate, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate faptul că nu a fost respectat termenul procedural de transmitere a notificării prealabile, în consecință, urmând a fi respinsă ca inadmisibilă contestația.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă arată că raportat la solicitările din cuprinsul Notificării, prin răspunsul la Notificare autoritatea contractantă a procedat la corelarea dispozițiilor acordului-cadru cu cele din contractul subsecvent aferent acordului-cadru în ceea ce privește cuantumul penalităților de întârziere, atât pentru achizitor, cât și pentru furnizor, astfel dispozițiile art. 18.1 și art. 18.2 vor avea următorul conținut: „Art.18.1 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. Cota procentuală pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor este de 0,01%. Art.18.2 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 cota procentuală din plata neefectuată. Cota procentuală pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor este 0,01 %”. S-a precizat de asemenea, că: „(..) cuantumul penalităților atât pentru achizitor, cât și pentru furnizor vor rămâne în același cuantum prevăzut în formularul de acord-cadru. Astfel, potrivit

art. 4 din cuprinsul Legii nr. 72/2013 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 OG nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizările pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar, aprobată prin Legea nr. 43/2012. Astfel, după cum se poate observa, penalitățile în caz de neexecutare culpabilă a obligațiilor contractuale au fost stabilite atât în ceea ce privește obligațiile achizitorului, cât și pe cele ale furnizorului. Cât privește solicitarea de eliminare a dispozițiilor art. 9.2 din modelul de contract subsecvent, considerate ca fiind nelegale, potrivit cărora: „Achizitorul se obliga să elibereze garanția pentru participare numai după ce furnizorul a făcut dovada constituirii garanției de buna execuție”, subscriem că aceste dispoziții sunt în deplină concordanță cu prevederile legislației în domeniul achiziție publice. Or, potrivit art. 38 alin. (1) din HG nr. 395/.....: „Garanția de participare, constituită de ofertantul a căruia ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, se restituie de către autoritatea contractantă în cel mult 3 zile lucrătoare de la data constituirii garanției de bună execuție”.

Autoritatea contractantă subliniază că, contractul de achiziție publică a fost recalificat dintr-un act pur comercial într-un contract asimilat, potrivit legii actului administrativ potrivit art. 2 lit. (c) din Legea nr. 554/2004. Actul administrativ este actul unilateral cu caracter individual sau normativ emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice. Clauzele contractuale obligatorii sunt acele prevederi pe care orice contract de achiziție publică trebuie să le conțină și care fac referire la obiectul principal al contractului, preț și modalități de plată, durata contractului, sancțiuni pentru neexecutarea culpabilă a obligațiilor, documentele contractului și obligațiile principale ale părților. Aceste prevederi au rolul de a fixa cadrul absolut necesar implementării și derulării contractului, astfel încât să fie garantată apărarea interesului public asociat implementării/executării contractului. Prin încheierea contractului de achiziție publică, părțile admit faptul că aceste clauze urmează să le plaseze, ca și poziție contractuală, în afara orbitei clasice a raportului juridic civil.

Având în vedere faptul că aceasta procedură este organizată legal, autoritatea contractantă subliniază că draft-ul de acord - cadru/contract subsecvent nu conține clauze abuzive, abateri de la normele legislative care să determine modificarea acestuia, solicitând Consiliului ca prin decizia ce o va pronunța să dispună respingerea contestației ca inadmisibilă, precum și continuarea procedurii de atribuire astfel cum a fost inițiată.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,
CONSILIUL constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, în vederea atribuirii acordului cadru, cu un singur agent economic, cu o durată de 22 luni, având ca obiect : „Medicamente Substituenți de plasmă sanguină și soluții pentru perfuzii; Antibacterieni de uz sistemic; Analgezice; Medicamente contra tulburărilor gastro-intestinale funcționale; Medicamente pentru tractul digestiv și metabolism; Medicamente contra tulburărilor legate de hiperaciditate; Vitamine; Medicamente folosite în cardiologie; Psiholeptice; Alte medicamente pentru sistemul nervos; Diverse medicamente; Beta-blocanți; Medicamente oftalmologice”, cod CPV: 33621400-3, 33610000-9, în acest sens, elaborând documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr./....., potrivit căruia valoarea estimată fără TVA, este cuprinsă între: 19.696,9 și 384.865 lei, criteriul de atribuire ales fiind „prețul cel mai scăzut”.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/....., Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției inadmisibilității contestației invocată de autoritatea contractantă pe care urmează să o respingă ca neîntemeiată având în vedere considerentele ce urmează.

În conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/....., SC SRL transmite Notificarea prealabilă nr.2612/14.11..... împotriva prevederilor documentației de atribuire publicate în SEAP sub nr...../.....

În speță sunt incidente următoarele dispoziții legale:

- art. 6 alin. (1) lit. b), alin. (2) și alin. (3) din Legea nr.101/..... „Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretensei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, în termen de: (...) b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(2) Notificarea prealabilă se face în scris și conține cel puțin datele de identificare ale persoanei care se consideră vătămată, neregulile sesizate și măsurile de remediere pe care le consideră necesare a fi luate, după caz.

(3) În cazul în care notificarea prealabilă privește conținutul documentației de atribuire, publicată în sistemul electronic de achiziții

publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”;

- art. 11 alin. (2) din Legea nr. 101/.....: *„Contestatorul atașează la contestație dovada notificării prealabile a autorității contractante și copia răspunsului autorității contractante, dacă există, dovada înaintării contestației către autoritatea contractantă, copia actului atacat, după caz, precum și mijloacele de probă de care dispune”;*

- art. 5 alin. (2) din Legea nr. 101/.....: *„Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”;*

- art. 183 din Codul de Procedură Civilă - *„(1) Actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen. (...) (3) În cazurile prevăzute la alin. (1) și (2), recipisa oficiului poștal, precum și înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, de unitatea militară sau de administrația locului de deținere, pe actul depus, servesc ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată”.*

Raportat la prevederile legale mai sus reiterate, și ținând seama de faptul că anunțul de participare a fost publicat în SEAP în data de iar notificarea prealabilă a fost transmisă de contestator, conform recipisei poștale nr. în data de 14.11....., rezultă fără putință de tăgadă, faptul că societatea contestatoare a ales să îndeplinească obligația legală de transmitere a notificării prealabile către autoritatea contractantă în termenul legal prevăzut la art. 6 din Legea nr. 101/.....

Procedând la analiza fondului cauzei, Consiliul va reține următoarele referitor la solicitările contestatorului de *„obligare a autorității contractante la modificarea art. 9.5 din acordul cadru în sensul stabilirii aplicării cotei de penalitate la valoarea obligației neîndeplinite și de modificare a cuantumului de la 0,01% cu dobânda legală penalizatoare/zi întârziere, astfel cum prevede și modelul de contract subsecvent la art. 18.1, anexă la documentația de atribuire”:*

- la art. 9.5 din cadrul modelului de Acord-cadru de furnizare anexă la documentația de atribuire autoritatea contractantă a prevăzut faptul că *„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. Cota procentuală pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor este 0,01%”,* iar la art. 10.2 se menționează că *„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 din plata neefectuată. Cota*

procentuală pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor este 0,01%”.

În ceea ce privește prima critică respectiv stabilirea aplicării cotei de penalitate la valoarea obligației neîndeplinite și nu la valoarea contractului, Consiliul constată că această prevedere este vădit discriminatorie și încalcă principiul tratamentului egal consacrat de Legea nr. 98/....., în condițiile în care pentru furnizori stabilirea cotei de penalitate se face prin raportare la valoarea contractului, iar în cazul autorității contractante aceasta se face prin raportare la plata neefectuată. Prin urmare se impune modificarea acesteia prin raportare la valoarea obligației neexecutate atât pentru furnizor cât și pentru autoritatea contractantă; această modificare fiind de altfel în consonanță cu prevederile art. 18.1 și 18.2 din modelul de contract subsecvent de furnizare produse, anexă la documentația de atribuire.

În soluționarea celeilalte critici ce formează obiectul prezentei cauze, Consiliul are în vedere prevederile 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 Legii nr. 98/..... în sensul că 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 prevederile art. 14 lit. a) din Legea nr. 72/2013.

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 această instituție regăsindu-se și în cuprinsul altor articole: art. 1757 alin. (2) etc., astfel clauza penală este o clauză contractuală prin care părțile stabilesc anticipat, de comun acord, o valoare forfetară (sau o alta prestație) care să fie plătită de către partea care nu își va respecta o anumită obligație din contractul respectiv.

De asemenea prevederile art. 1 alin. (1) din aceeași Legea nr. 72/2013 reglementează: *„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 căreia „(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 datora 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 unor penalități 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 cadrul răspunsului la notificarea prealabilă și a punctului de vedere formulat, autoritatea contractantă a invocat prevederile art. 3, fără să țină cont de prevederile art. 3 alin. (2¹) din O.G. nr. 13/2011, prevederi introduse prin cap. VIII - Completarea unor acte normative incidente, art. 20 din Legea nr. 72/2013 începând cu 05.04.2013, și care

prevede în mod expres și imperative faptul că „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 precizate 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 vădește a fi inferior celui prescris imperativ de legiuitor.

Față de aceste aspecte, Consiliul va admite și această critică.

Raportat la cele reținute în motivare, Consiliul, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr.101/..... va admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu, urmând ca pe cale de consecință, să dispună modificarea documentației de atribuire potrivit celor reținute în motivare, în termen de 10 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată excepția inadmisibilității, invocată de autoritatea contractantă.

Consiliul admite contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu

Obligă la modificarea documentației de atribuire potrivit celor reținute în motivare, în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

PREȘEDINTE

Consilier de soluționare

.....

.....

.....

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