

D E C I Z I E
BO2012_0162
Data: ■.2012

Prin contestația nr. ■/18.05.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/18.05.2012, depusă de SC ■ SA, cu sediul în ■, având număr de înregistrare la ORC ■ și CIF ■, împotriva documentației de atribuire elaborată de ■, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ■, în cadrul procedurii de „cerere de oferte”, organizată pentru încheierea acordului-cadru de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „Furnizare medicamente pentru sânge, organele hematopoietice și sistemul cardiovascular”, s-a solicitat:

1. obligarea autorității contractante de a modifica termenul de plată de 240 zile al facturilor prezentat în documentația de atribuire și în cuprinsul art. 10.2 din contractul subsecvent de furnizare medicamente în termen de plată de 180 zile de la emiterea facturii;
2. obligarea autorității contractante la eliminarea dispozițiilor cu privire la sancțiunile aplicate pentru întârzierea în executarea obligațiilor prevăzute în cuprinsul art. 11.1 și 11.2 din contractul subsecvent de furnizare medicamente, întrucât acestea au fost emise cu încălcarea nivelului minim al penalităților garantat de legiuitor prin Ordonanța nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar și de dispozițiile OUG 119/2007 privind măsurile pentru combaterea întârzierii executării obligațiilor de plată rezultate din contracte între profesioniști;
3. în subsidiar, obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalități de 0,01%/zi prevăzut în cuprinsul art. 11.1. și 11.2. din contractul subsecvent de furnizare medicamente cu dobânda legală/zi întârziere;
4. pe cale de consecință, 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, CNSC

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC ■ SA, în contradictoriu cu ■.

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

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

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 formulată, SC ■ SA contestă documentația de atribuire elaborată de către ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „cerere de oferte”, organizată pentru încheierea acordului-cadru de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „Furnizare medicamente pentru sânge, organele hematopoietice și sistemul cardiovascular”, solicitând:

1. obligarea autorității contractante de a modifica termenul de plată de 240 zile al facturilor prezentat în documentația de atribuire și în cuprinsul art. 10.2 din contractul subsecvent de furnizare medicamente în termen de plată de 180 zile de la emiterea facturii;
2. obligarea autorității contractante la eliminarea dispozițiilor cu privire la sancțiunile aplicate pentru întârzierea în executarea obligațiilor prevăzute în cuprinsul art. 11.1 și 11.2 din contractul subsecvent de furnizare medicamente, întrucât acestea au fost emise cu încălcarea nivelului minim al penalităților garantat de legiuitor prin Ordonanța nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar și de dispozițiile OUG 119/2007 privind măsurile pentru combaterea întârzierii executării obligațiilor de plată rezultate din contracte între profesioniști;
3. în subsidiar, obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalități de 0,01%/zi prevăzut în cuprinsul art. 11.1. și 11.2. din contractul subsecvent de furnizare medicamente cu dobânda legală/zi întârziere;
4. pe cale de consecință, 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.

SC ■ SA face precizarea că autoritatea contractantă a inserat, atât în Fișa de date, cât și în cuprinsul art. 10.2 din contractul subsecvent de furnizare medicamente clauza prin care achizitorul se obligă să plătească prețul produselor către furnizor în termen de 240 zile de la data emiterii facturii.

Totodată, în cuprinsul art. 11.1 și art. 11.2 din același contract de furnizare, autoritatea contractantă a inserat ca sancțiune civilă pentru neîndeplinirea ori îndeplinirea cu întârziere a obligațiilor de plată o clauză penală al cărei quantum este de 0.01% din quantumul acestei obligații. Astfel ca, la art. 11.1 respectiv 11.2 al contractului subsecvent de furnizare medicamente propus de către autoritatea contractantă este arătat că în cazul în care una dintre părți nu își va îndeplini obligația întocmai și la termen va plăti aceste penalități derizorii.

În acest context, contestatorul arată că autoritatea contractantă este emitentul documentației de atribuire și are puterea de a decide cu privire la condițiile impuse operatorilor economici, însă emiterea acestei documentații trebuie să se facă cu respectarea dispozițiilor minime garantate de legiuitor și a principiilor prevăzute de art. 2 din OUG 34/2006.

De asemenea, contestatorul precizează că, în conformitate cu prevederile art. 3 lit. f din OUG 34/2006, toate contractele de achiziție publică sunt contracte comerciale. Contractelor de achiziție publică le sunt incidente prevederile OUG 119/2007 privind măsurile pentru combaterea întârzierii executării obligațiilor de plată rezultate din contracte comerciale și Directiva 2000/35/CE.

În acest sens, contestatorul învederează că, potrivit dispozițiilor art. 17 al. 1 din Anexa 30 la Normele metodologice de aplicare în anul 2012 a Contractului Cadru privind condițiile acordării asistentei medicale în cadrul sistemului de asigurări sociale de sănătate pentru anii 2011-2012, aprobat prin HG 1389/2010:

"Decontarea pentru activitatea curentă a anului 2012 se efectuează în ordine cronologică până la 180 zile calendaristice de la data validării facturilor".

Astfel, contestatorul arată că termenul legal de decontare a contravalorii medicamentelor este de maxim 180 zile, iar autoritatea contractantă încalcă acest termen statuat de legiuitor întrucât impune furnizorilor de medicamente să încaseze sumele de bani aferente medicamentelor livrate în termen de 240 zile, iar acest fapt determină autoritatea contractantă să încalce principiul proporționalității și principiul asumării răspunderii, principii statuate de art. 2 al. 2 lit. e și g din OUG 34/2006.

Ofertantul contestator apreciază că autoritatea contractantă nu a indicat și motivat impunerea termenului de plată de 240 zile, având în vedere că termenul de plată al medicamentelor impus de legiuitor este de 180 zile. Emiterea documentației de atribuire

trebuie să se facă cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile în vigoare.

Față de cele relatate, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la eliminarea dispozițiilor cu privire la sancțiunile aplicate pentru întârzierea în executarea obligațiilor prevăzute în cuprinsul art. 11.1 și 11.2 din contractul de furnizare medicamente, întrucât acestea au fost emise cu încălcarea nivelului minim al penalităților garantat de legiuitor prin Ordonanța 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar și de dispozițiile OUG 119/2007 privind măsurile pentru combaterea întârzierii executării obligațiilor de plată rezultate din contracte între profesioniști.

Potrivit art. 3 lit. f din OUG 34/2006, toate contractele de achiziție publică sunt contracte comerciale, astfel că, în speță sunt aplicabile prevederile Codului Civil, Ordonanței nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar și OUG 119/2007 privind măsurile pentru combaterea întârzierii executării obligațiilor de plată rezultate din contracte între profesioniști, completată cu modificările ulterioare.

De asemenea, contestatorul amintește că din interpretarea prevederilor art. 1535 al. 1 din C.P.Civil rezultă că legiuitorul a stabilit că debitorul în cazul în care nu-și execută obligația de plată scadentă, să plătească un quantum minim de penalitate, prevăzut de dobânda legală.

Totodată prevederile art. 1 al. 3 din Ordonanța nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar, stabilesc că dobânda datorată de debitorul obligației bănești pentru neîndeplinirea obligației respective la scadență se numește dobânda penalizatoare.

Contestatorul face mențiunea că este un vădit dezechilibru contractual prin prisma penalităților de întârziere prevăzute de autoritatea contractanta la art. 11.1 și 11.2 din contractul subsecvent de furnizare medicamente, în quantum de 0.01%/zi; aplicarea acestui procent derizoriu nu duce la atingerea scopului aplicării acestora, în sensul descurajării debitorului în a achita cu întârziere și/sau a nu achita la timp sumele datorate, quantumul sancțiunii respective fiind derizorie la rându-i.

În continuare, ofertantul contestator susține că, așa cum este prevăzută clauza penală în cuprinsul contractului propus în caietul de sarcini, aceasta nu își va produce și nu își poate produce

menirea existenței sale, referindu-se aici la conștientizarea de către partea care nu își îndeplinește obligația asumată a faptului că, prin aceasta este dator să suporte o sancțiune materializată într-o sumă de bani determinată ori determinabilă.

Contestatorul afirmă că nu poate fi de acord cu această cuantificare derizorie a penalităților de întârziere, astfel încât autoritatea contractantă să nu fie sancționată în nici un fel în momentul achitării cu întârziere și/sau a neachitării facturilor emise și asumate la plată.

De altfel aceste daune convenționale sunt profund disproportionale față de daunele reale pe care întârzierile la plată le produc, și mai mult, crează o situație profund inechitabilă între părțile contractante.

Contestatorul susține că este important de reținut că în stabilirea prețurilor pentru produsele oferite s-a avut în vedere și termenul de plată la care autoritatea se obligă să plătească produsele astfel că, în cazul nerespectării de către aceasta a termenului de plată, prejudiciul suferit de ofertantul contestator este cu mult mai mare față de prejudiciul suferit de autoritate în cazul aplicării penalităților derizorii de 0,01%/zi de întârziere.

În final, SC ■ SA consideră solicitările sale întemeiate și fundamentate pe dispoziții legale imperative, aplicabile speței de față.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. ■/07.06.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/08.06.2012, ■, în calitate de autoritate contractantă, menționează că în art. 10.2 din contractul subsecvent de furnizare medicamente a prevăzut că achizitorul se obligă să plătească prețul produselor către furnizor în termen de 240 de zile de la data emiterii facturii.

Autoritatea contractantă precizează că, acest mod de decontare a facturilor a fost acceptat de toți partenerii privați furnizori de medicamente, deși termenul de 180 zile este un termen general valabil, însă operatorii economici parteneri au fost de acord cu termenul de 240 zile

De asemenea, autoritatea contractantă face mențiunea că în cursul anului 2011, ofertantul contestator a acceptat termenul de plată a medicamentelor la 240 zile, fapt pe care-l poate proba cu copie după contractele semnate între autoritate și SC ■ SA

Astfel autoritatea contractantă învederează că, pe lângă cele 180 de zile, aceasta mai are nevoie de minim 30 zile pentru perioada de prestare efectivă a serviciilor și încă aproximativ 30 zile impuse de procedura reală de întocmire a situațiilor, transmiterea

acestora, analiza și validarea lor, toate acestea impunând un termen de plată de minim 240 zile.

Cu privire la capătul de cerere referitor la obligarea autorității de a elimina dispozițiile privitoare la sancțiunile aplicate pentru întârziere în executarea obligațiilor prevăzute în cuprinsul art. 11.1 și 11.2 din contractul subsecvent de furnizare, aceasta solicită Consiliului respingerea cererii contestatorului de obligare a autorității la includerea unui quantum al penalităților de nivelul celui arătat în contestație.

Față de cele relatate, autoritatea contractantă afirmă că în cursul anului 2011, ofertantul contestator a participat cu oferte la proceduri similare organizate de aceasta, fiindu-i atribuite contracte de furnizare medicamente, însușindu-și termenul de 240 zile și penalități de întârziere în quantum de 0,01%.

În ce privește dispozițiile prevăzute de Ordonanța nr. 13/2001 și ale OG 119/2007, autoritatea apreciază că acestea nu sunt incidente în prezenta cauză, întrucât nu reglementează materia achizițiilor publice.

Privind situația de fapt, autoritatea contractantă constată că valoarea penalităților precizate în clauzele contractuale puse la dispoziția ofertanților, justifică obiectiv precizarea unei astfel de clauze contractuale obligatorii, care trebuie să sancționeze întârzierea la prestația reciprocă asumată de părți, astfel că respectiva clauză de penalitate amintită induce fiecăreia dintre părți garanția efectivă a îndeplinirii obligației contractuale reciproce.

Incluzând în clauzele contractuale nivelul de penalitate la valoarea de 0,01%, autoritatea a dorit uniformizarea respectivului procent pe parcursul desfășurării acordului cadru de furnizare medicamente, nivel care este foarte apropiat de cel publicat de BNR, aplicând astfel un tratament egal tuturor operatorilor economici participanți cu oferte în cadrul procedurilor de achiziție desfășurate de ■.

În lumina celor expuse, autoritatea contractantă susține că ofertantul contestator are la dispoziție calea asigurată de prevederile OUG 119/2007, pentru obținerea eventualelor daune rezultând din neplata la scadență a sumelor ce i-ar fi datorate, prin promovarea unei cereri în instanță, iar quantumul penalităților de 0,01% inserate în conținutul documentației de atribuire nu sunt contrare nici legislației specifice domeniului achizițiilor publice, nici celei privind combaterea întârzierii executării obligațiilor de plată rezultate din contractele comerciale.

Prin adresa nr. ■/12.06.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/12.06.2012, SC ■ SA formulează precizări la contestație.

Urmare a punctului de vedere comunicat de autoritatea contractantă, contestatorul înțelege să modifice capătul 1 de cerere din contestație, solicitând obligarea autorității la înlocuirea termenului de plată de 240 zile al facturilor prezentat în fișa de date și în cuprinsul art. 10.2 din contractul subsecvent de furnizare medicamente în termen de plată de maxim 90 zile de la emiterea facturii.

Contestatorul învederează că decontarea serviciilor medicale pentru unitățile sanitare prevăzute cu paturi, se face de către Casa Județeană de Asigurări de Sănătate ■ în conformitate cu prevederile art. 15 al. (2) din Anexa 17 la Normele metodologice aprobate de Ministerul Sănătății prin Ordinul nr. 1723/20.12.2011.

De asemenea, contestatorul afirmă că autoritatea nu a indicat în documentația de atribuire și nici nu a motivat impunerea termenului de plată de 240 zile, având în vedere că termenul de plată al medicamentelor este stabilit de legiuitor potrivit dispozițiilor legale anterior amintite.

Contestatorul face precizarea că după cum propune autoritatea contractantă, livrarea se va face în maxim 72 ore (3 zile) cu plata peste 240 zile, ceea ce semnifică încălcarea principiului proporționalității, cu atât mai mult cu cât autoritatea nu a justificat respectivul termen.

În final contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

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

■, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „cerere de oferte”, pentru încheierea acordului-cadru de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „Furnizare medicamente pentru sânge, organele hematopoietice și sistemul cardiovascular”. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP în ■.05.2012 invitația de participare nr. ■, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Referitor la critica societății contestatoare precizată prin adresa nr. ■/12.06.2012 înregistrată la Consiliu sub nr. ■/12.06.2012, cu privire la „obligarea autorității contractante de a modifica termenul de plată de 240 zile al facturii prezentat în fișa de date și în cuprinsul art. 10.2 din contractul subsecvent de furnizare medicamente în termen de plată de maxim 90 de zile de la emiterea facturii”, Consiliul reține următoarele aspecte:

- autoritatea contractantă este o unitate spitalicească cu paturi astfel potrivit prevederilor art. 15 al. 2 din anexa 17 – „Condițiile acordării serviciilor medicale în unitățile sanitare cu paturi și

modalitățile de plată ale acestora”, la Norma metodologică cuprinzând Anexele 1-40 la Ordinul ministrului sănătății și al președintelui Casei Naționale de Asigurări de Sănătate nr. 1723/950/2011 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare în anul 2012 a Contractului-cadru privind condițiile acordării asistenței medicale în cadrul sistemului de asigurări sociale de sănătate pentru anii 2011-2012, aprobat prin HG 1389/2010, care dispun următoarele *„Casa de asigurări de sănătate decontează, în primele 10 zile ale lunii următoare celei pentru care se face plata, contravaloarea serviciilor medicale acordate asiguraților în luna precedentă, pe baza facturii și a documentelor justificative depuse până la data prevăzută în contractul de furnizare de servicii medicale spitalicești, cu încadrarea în sumele contractate. Pentru fiecare lună, casele de asigurări de sănătate pot efectua până la data de 20 decontarea lunii curente pentru perioada 1-15 a lunii, în baza indicatorilor specifici realizați și în limita sumelor contractate, pe baza facturii și a documentelor justificative depuse până la data prevăzută în contractul de furnizare de servicii medicale spitalicești.”*

- al. (4) ale aceluiași articol, dispune că *„trimestrial, până la data de 5 a lunii următoare expirării unui trimestru, spitalele vor raporta realizarea indicatorilor trimestriali comparativ cu cei contractați și până la data de 10 a lunii curente pentru luna precedentă, ordonatorul de credite ierarhic superior, în funcție de subordonare, și al caselor de asigurări de sănătate execuția bugetului de venituri și cheltuieli. Regularizarea și decontarea trimestrială se fac în primele 25 zile ale lunii următoare trimestrului încheiat, cu excepția trimestrului IV pentru care regularizarea se face până la data de 20 decembrie a anului în curs pentru serviciile medicale realizate și raportate conform contractului de furnizare de servicii medicale până la 30 noiembrie a anului în curs, conform facturilor însoțite de documentele justificative, urmând ca regularizarea finală a trimestrului IV să se efectueze în luna ianuarie a anului următor.”*

Din interpretarea celor două texte de lege antementionate, serviciile medicale se vor deconta spitalelor, de către casa de asigurări de sănătate, nu doar în *„primele 10 zile ale lunii următoare celei pentru care se face plata”*, cum reține contestatorul, ci și trimestrial, *„regularizarea și decontarea trimestrială se fac în primele 25 zile ale lunii următoare trimestrului încheiat”*, excepție făcând trimestrul IV.

Față de aceste aspecte, Consiliul urmează să respingă ca nefondată solicitarea contestatorului având în vedere faptul că un *„termen de plată de maxim 90 zile de la emiterea facturii”*, nu

poate să fie acoperitor ținând cont de regularizarea trimestrială și decontarea acesteia în primele 25 zile ale lunii următoare de către casa de asigurări de sănătate (90 zile + 25 zile).

Mai mult, trebuie ținut cont de faptul că aceste dispoziții legale antemenționate reglementează raporturile juridice dintre spital și casa de asigurări de sănătate, motiv pentru care vor putea fi avute în vedere în mod orientativ, termenul de plată contestat neputând fi confundat cu termenul de decontare, de către casa de asigurări de sănătate, a facturilor emise de autoritatea contractantă.

Termenul de plată criticat de contestator și avut în vedere în documentația de atribuire este mai mare decât cel de decontare a facturii emisă de spital, deoarece primul termen cuprinde, pe lângă termenul de decontare, și intervalele de timp necesare prestării de servicii medicale către pacienți, concluzie ce rezultă din prevederile legale antemenționate, servicii în cadrul cărora sunt utilizate medicamente deja existente, dar și întocmirea documentației necesare și transmiterea ei către casa de asigurări de sănătate în termenul stabilit în contractul încheiat între aceste ultime entități.

Consiliul reține faptul că casa de asigurări de sănătate decontează facturile emise de spital, în care sunt incluse și costurile medicamentelor, astfel cum rezultă din art. 61 al. 5 din Normele metodologice antemenționate, și nu facturile emise de furnizorul de medicamente așa cum este contestatorul.

Referitor la criticile contestatorului cu privire la nivelul penalităților de întârziere de 0,01% pe zi de întârziere, impuse prin clauzele 11.1 și 11.2 din modelul de contract subsecvent acordului-cadru anexat la documentația de atribuire, Consiliul reține următoarele:

- art. 2 OG 13/2001 prevede că *„în cazul în care, potrivit dispozițiilor legale 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”*;
- art. 3 al. 2 din același act normativ prevede că *„rata dobânzii legale penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință plus 4 puncte procentuale”*;
- art. 2 al. 1 OUG 119/2007 – *„Prezenta ordonanță de urgență se aplică creanțelor certe lichide și exigibile ce reprezintă obligații de plată a unor sume de bani care rezultă din contracte încheiate între profesioniști”*;
- art. 3 al. 1-3 din OUG 119/2007 dispun următoarele: *„Creanța produce dobânzi după cum urmează:*

a) în cazul contractelor încheiate între profesioniști, potrivit art. 1.535 din Codul civil;

b) în cazul contractelor încheiate între profesioniști și o autoritate contractantă, fără a fi necesară punerea în întârziere a debitorului:

(i) dacă în contract a fost fixat un termen de plată, din ziua următoare acestui termen; (...)

(2) Creditorul poate să pretindă daune-interese suplimentare pentru toate cheltuielile făcute pentru recuperarea sumelor ca urmare a neexecutării la timp a obligațiilor de către debitor;

(3) Este nulă orice convenție prin care se fixează o obligație de punere în întârziere pentru a opera curgerea dobânzilor sau un termen, de la care creanța produce dobânzi, mai mare decât cel prevăzut la al. 1”;

- art. 4 din același act normativ „Părțile sunt libere să stabilească rata dobânzii pentru întârzierea în plata prețului. În cazul în care rata dobânzii nu este stabilită prin contract, se va aplica rata dobânzii de referință stabilită de BNR. Rata de referință stabilită pentru prima lună a semestrului se aplică în următoarele 6 luni”;

- art. 5 al. 1 din actul normativ antemenționat „cererea privind creanța de plată a prețului se depune la instanța competentă pentru judecarea fondului cauzei în primă instanță”.

Având în vedere aceste aspecte, Consiliul reține că dobânda legală care poate fi solicitată de creditor pentru neîndeplinirea unei obligații de plată la termen, a unei sume de bani, dobândă care poate fi stabilită și prin contract de către părți, ori la dobânda pe care un creditor care deține o creanță, certă, lichidă și exigibilă, o poate solicita pe cale judecătorească.

Modalitatea de evaluare anticipată a despăgubirilor pe care urmează să le primească creditorul, în speța furnizorul, pentru prejudiciul suferit ca urmare a neexecutării, executării cu întârziere sau necorespunzătoare a obligației de către autoritatea contractantă, corespunde unei evaluări convenționale a despăgubirilor, ceea ce în literatura de specialitate poartă denumirea și de clauză penală.

Noțiunile de *dobândă legală* și *penalități de întârziere* sunt, însă, noțiuni distincte, autoritatea contractantă neputând fi obligată să modifice prevederea din contract astfel cum dorește contestatorul. În acest sens, se are în vedere și faptul că, deși clauza penală este o convenție accesorie prin care părțile determină anticipat quantumul prejudiciului, contractul de achiziție publică are natura unui contract de adeziune, respectiv cu clauze impuse de către autoritatea contractantă.

Analizând prevederea în discuție prin prisma dispozițiilor din domeniul achizițiilor publice și ținând cont de aspectele de mai sus, Consiliul reține că nimic nu poate împiedica operatorul economic nemulțumit de clauzele contractului să propună prin ofertă modificarea clauzei, propunere pe care autoritatea contractantă urmează să o analizeze și în cazul în care o apreciază ca fiind dezavantajoasă, să propună ofertantului renunțarea la aceasta (aspect care rezultă din interpretarea art. 36 al. 2 lit. b din HG 925/2006 cu modificările ulterioare).

Chiar dacă contractul de achiziție publică este un contract comercial, acest fapt nu justifică solicitarea contestatorului de a se impune celeilalte părți asumarea unui risc mai mare decât poate ea să suporte, în demersul său contestatorul plecând de la premisa că autoritatea contractantă nu-și va îndeplini obligațiile asumate.

Contestatorul nu ține cont de faptul că, în caz de neîndeplinire a obligațiilor, are și alte modalități pentru a obține executarea obligațiilor și repararea prejudiciului, în condițiile în care în cauză nici nu s-a dovedit că eventuala întârziere a plăților ar avea consecințe „extrem de inechitabile pentru creditor”, situație reglementată de Directiva 2000/35/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 29.06.2000.

Astfel autorității contractante nu i se poate crea o situație dezavantajoasă, doar pentru că un operator economic apreciază că este posibilă o neexecutare a obligațiilor de către cealaltă parte și că penalitățile propuse nu acoperă integral prejudiciul estimat a se produce în acest mod.

Având în vedere cele de mai sus, se constată că prin stabilirea clauzei contractuale în discuție, autoritatea contractantă nu a încălcat prevederile legale privind achizițiile publice și nu a îngreunat accesul la procedură al operatorilor economici, iar, pe de altă parte, nu există vreun temei legal în baza căruia autoritatea contractantă să fie obligată la înlocuirea penalităților de întârziere din contractul subsecvent de furnizare cu dobânda legală propusă de contestator.

Referitor la deciziile CNSC, aduse în sprijinul său de către contestator, Consiliul reține că acestea sunt relative la pricinile judecate anterior, nu constituie izvor de drept și nici nu pot obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc. Potrivit OUG 34/2006, în activitatea sa, Consiliul se supune numai legii, deciziile acestuia fiind pronunțate în temeiul legii. În aceeași direcție sunt și normele art. 26 din Regulamentul de organizare și funcționare al CNSC, aprobat prin HG 782/2006, care statuează la art. 26 al. 2: „*completul de soluționare a*

contestației este independent, deciziile pronunțate fiind bazate pe stricta aplicare și respectare a legii”, iar nu pe deciziile pronunțate anterior, situațiile de fapt pe care au fost bazate respectivele decizii nu sunt identice cu cele din speță

Mai mult trebuie ținut cont de faptul că valoarea penalităților stabilite de autoritatea contractantă în cadrul prezentei proceduri, de 0,01%/zi de întârziere, impusă în mod egal pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor fiecăreia dintre părți, nu poate fi considerată inechitabilă, cu atât mai mult cu cât oricare dintre părți are la îndemână calea reglementată prin dispozițiile art. 1 al. 2 din OG 5/2001 potrivit cărora „*suma ce reprezintă obligația prevăzută la al. 1, precum și dobânzile, majorările sau penalitățile datorate potrivit legii se actualizează în raport cu rata inflației aplicabilă la data plății efective*”.

În situația în care contestatorul nu a probat existența vreunei situații din care să rezulte că s-au produs cazuri de vădit dezechilibru contractual prin prisma penalităților de întârziere de 0,01%, eliminarea clauzelor criticate sau înlocuirea cuantumului de penalități de 0,01%/zi de întârziere cu dobânda legală/zi de întârziere nu are nicio justificare, doar în baza unor simple prezumții ale contestatorului potrivit cărora autoritatea contractantă ar putea efectua plățile cu întârziere.

De altfel, o astfel de clauză este conținută și de modelul de contract de furnizare postat pe site-ul ANRMAP, din conținutul căruia, se observă a fi fost preluate identic, de către autoritatea contractantă, clauzele criticate.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 al. 5 și 6 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ■ SA, în contradictoriu cu ■ și va dispune continuarea procedurii de atribuire.

PREȘEDINTE COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 12 (douasprezece) pagini