



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

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

DECIZIE

Nr. /...

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... depusă de către S.C. ... cu sediul în ... Str. având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și CIF RO ..., împotriva documentației de atribuire elaborată de către în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în județul ... în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea acordului-cadru de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „Antibacterieni pentru uz sistemic”, s-a solicitat:

1. anularea parțială a adresei nr. .../07.06.2013, emisă de autoritatea contractantă, cu referire la pct. 1 și 2, ca fiind nelegală și netemeinică;
2. obligarea autorității contractante de a modifica termenul prevăzut de documentația de atribuire de la 150 de zile la 60 de zile de la data emiterii facturii;
3. obligarea autorității contractante la modificarea cuantumului de penalitate din cuprinsul dispozițiilor art. 10.1. și 10.2. din contractul subsecvent de furnizare medicamente din 0,01% cu dobânda legală penalizatoare calculată potrivit art. 3 alin. (2¹) din Ordonanța nr. 13/2011;
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 baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de către S.C. ...
în contradictoriu cu

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

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

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere:

Prin contestația formulată, S.C. ... contestă documentația de
atribuire elaborată de către în calitate de autoritate
contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată
pentru atribuirea acordului-cadru de achiziție publică de furnizare,
având ca obiect „Antibacterieni pentru uz sistemic”, solicitând:

1. anularea parțială a adresei nr. .../07.06.2013, emisă de
autoritatea contractantă, cu referire la pct. 1 și 2, ca fiind nelegală
și netemeinică;
2. obligarea autorității contractante de a modifica termenul
prevăzut de documentația de atribuire de la 150 de zile la 60 de
zile de la data emiterii facturii;
3. obligarea autorității contractante la modificarea cuantumului de
penalitate din cuprinsul dispozițiilor art. 10.1. și 10.2. din contractul
subsecvent de furnizare medicamente din 0,01% cu dobânda legală
penalizatoare calculată potrivit art. 3 alin. (2¹) din Ordonanța nr.
13/2011;
4. obligarea autorității contractante de a emite documentația
afereantă procedurii de achiziție cu respectarea condițiilor stabilite
de dispozițiile legale în materie și prin remedierea actelor care
afectează această procedură.

Contestatorul precizează că la data de 31.05.2013 a fost
publicată documentația de atribuire cu privire la procedura de
achiziție în cauză, respectiv caietul de sarcini și dispozițiile art. 7.1
din acord cadru și art. 9.3 din contractul subsecvent de furnizare,

documentație în cuprinsul căreia autoritatea contractantă a prevăzut că termenul de plată pentru produsele achiziționate este de „150 de zile de la recepția produselor”.

De asemenea, la art. 10.1 și 10.2 din cuprinsul contractului subsecvent de furnizare, autoritatea contractantă a prevăzut următoarele dispoziții:

„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 din prețul contractului, respectiv 0,01 %/zi.

10.2 - 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 0.01%/zi din plata neefectuată.”

În data de 05.06.2013, prin adresa nr. 1284, contestatorul a solicitat autorității contractante „modificarea termenului de plată prevăzut de documentația de atribuire, respectiv caietul de sarcini și dispozițiile art. 7.1 din acord cadru și art. 9.3 din contractul subsecvent de furnizare de la 150 de zile la 60 de zile de la data livrării produselor” și „modificarea cuantumului de penalitate prevăzut la art. 10.1 și art. 10.2 din contractul subsecvent de furnizare de la 0,01%/zi întârziere la 0,036%/zi întârziere”.

În data de 07.06.2013, autoritatea contractantă a transmis contestatorului adresa nr. 18933 prin care a modificat termenul de plată prevăzut de art. 7.1 din acordul cadru și art. 9.3 din contractul subsecvent în conformitate cu Protocolul nr. E.N. .../20.03.2013 între ... și cu Procolul de cooperare nr. E.N. .../09.05.2013 între ... din România, după cum urmează:

„Dispozițiile art. 7.1 din acordul cadru, respectiv Promitentul-achizitor se obligă să plătească prețul produselor către furnizor în termenul convenit, respectiv 150 de zile de la recepția produselor pentru facturile emise în 2013, 90 de zile pentru cele emise în perioada ianuarie-iunie 2014 și 60 de zile pentru cele emise după data de 30 iunie 2014 și art. 9.3 din contractul subsecvent, astfel:

- Achizitorul se obligă să plătească prețul produselor către furnizor în termenul convenit de la emiterea facturii de către acesta, respectiv 150 zile pentru cele emise în 2013, 90 de zile pentru cele emise în perioada ianuarie-iunie 2014 și 60 de zile pentru cele emise după data de 30 iunie 2014.”

De asemenea, prin adresa mai sus indicată, autoritatea contractantă a precizat că, cuantumului de penalitate prevăzut de

art. 10.1 și 10.2 din contractul subsecvent va rămâne neschimbat, respectiv 0,01%/zi.

Contestatorul arată că autoritatea contractantă a înțeles să justifice modificarea termenului de plată de la 150 de zile de la recepția produselor pentru facturile emise în 2013, 90 de zile pentru cele emise în perioada ianuarie-iunie 2014 și 60 de zile pentru cele emise după data de 30 iunie 2014 funcție de Protocolul E.N. nr. 2719/20.03.2013 semnat între ... și de Protocolul de cooperare nr. .../09.05.2013 semnat între ... din România.

Justificarea autorității contractante privind modificarea termenului de plată funcție de protocoalele antemenționate este nelegală și netemeinică având în vedere următoarele considerente:

Cele două protocoale nu sunt opozabile relațiilor contractuale dintre autoritatea contractantă și furnizorul de medicamente deoarece acesta din urma nu este parte în contractul dintre autoritatea contractantă (în calitate de furnizor de servicii medicale) și Ministerul Sănătății, ci este un terț față de acest contract și pe cale de consecință nu este opozabil furnizorului de medicamente acest raport contractual.

Furnizorul de medicamente nu reprezintă o derogare de la norma generală prevăzută de Legea nr. 72/2013 și normele speciale prevăzute de H.G. nr. 117 din 27.03.2013 pentru aprobarea Contractului-cadru privind condițiile acordării asistenței medicale în cadrul sistemului de asigurări sociale de sănătate pentru anii 2013-2014.

Contestatorul invocă dispozițiile ... nr. ... și ... nr. ... din 29.03.2013 privind aprobarea normelor metodologice de aplicare în anul 2013 a Contractului-cadru privind condițiile acordării asistenței medicale în cadrul sistemului de asigurări sociale de sănătate pentru anii 2013 - 2014 - art. 15 alin. (2) din Anexa 17.

Prin Protocolul .../20.03.2013 semnat între .../09.05.2013 semnat între ... și ..., părțile semnatare ale acestor Protocoale au avut în vedere convenirea unui calendar de plăți pentru facturile emise în baza contractelor semnate înainte de transpunerea Directivei Uniunii Europene nr. 7/2011.

Mai mult, prin adresa nr. .../24.04.2013,pune în vedere instituțiilor subordonate următoarele: „contractele, inclusiv contractele cadru ce vor fi încheiate de către autoritățile contractante după data intrării în vigoare a legii de transpunere nu pot conține clauze ce contravin Directivei (de ex. Termene de plată mai mari de 60 de zile).”

De asemenea, în contractele de achiziție publică încheiate cu operatorii economici pentru achiziția de medicamente,are în vedere un termen de plată de 60 de zile de la recepția produselor, respectând astfel termenul de plată statuat prin Legea nr. 72/2013 și ... și ... din 29.03.2013 privind aprobarea normelor metodologice de aplicare în anul 2013 a Contractului-cadru privind condițiile acordării asistenței medicale în cadrul sistemului de asigurări sociale de sănătate pentru anii 2013-2014.

Contestatorul consideră că este nelegală și neîntemeiată justificarea autorității contractante privind modificarea termenului de plată în conformitate cu/20.03.2013 semnat întreși ... și Procolul de cooperare nr. .../09.05.2013 semnat întreși Asociația Producătorilor de Medicamente Generice din România și încalcă atât termenul de plată prevăzut de Legea nr. 72/2013 cât și termenul de plată stabilit de H.G. nr. 117 din 27.03.2013 pentru aprobarea Contractului-cadru privind condițiile acordării asistenței medicale în cadrul sistemului de asigurări sociale de sănătate pentru anii 2013 - 2014, precum și prevederile ... și ... din 29.03.2013 privind aprobarea normelor metodologice de aplicare în anul 2013 a Contractului-cadru privind condițiile acordării asistenței medicale în cadrul sistemului de asigurări sociale de sănătate pentru anii 2013 - 2014 - art. 15 alin. (2) din Anexa 17.

Referitor la obligarea autorității contractante de a modifica termenul prevăzut de documentația de atribuire de la 150 de zile la 60 de zile de la data emiterii facturii, contestatorul arată că, potrivit O.U.G. nr. 34/2006, 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 Ordonanța invocată.

Contestatorul invocă dispozițiile art. 3, art. 4 și art. 5 din H.G. nr. 117 din 27.03.2013 pentru aprobarea Contractului-cadru privind condițiile acordării asistenței medicale în cadrul sistemului de asigurări sociale de sănătate pentru anii 2013 - 2014.

În speță, decontarea serviciilor medicale pentru autoritatea contractantă se face de către în conformitate cu prevederile art. 15 alin. (2) din Anexa 17 - „condițiile acordării serviciilor medicale în unități sanitare cu paturi și modalitățile de plată ale acestora” la Normele metodologice (aprobat prin Ordinul ... și ... din 29.03.2013) de aplicare în anul 2013 a Contractului-cadru

privind condițiile acordării asistenței medicale în cadrul sistemului de asigurări sociale de sănătate pentru anii 2013 – 2014.

Așadar, termenul de decontare al fondurilor și al contravalorii medicamentelor achiziționate prin prezenta procedură este de maximum 10 de zile.

Or, în speță, autoritatea contractantă își încasează fondurile într-un termen de 10 de zile și solicită ca furnizorii de medicamente să încaseze sumele de bani pentru produsele furnizate într-un termen excesiv și abuziv de 150 de zile, iar acest fapt determină autoritatea contractantă să încalce principiul proporționalității și principiul asumării răspunderii, principii statuate de art. 2 alin. (2) lit. e) și g) din O.U.G. nr. 34/2006.

La 5 aprilie 2013 a intrat în vigoare Legea nr. 72/2013, privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante.

Această Lege transpune Directiva 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului, privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale.

Legea definește noțiunile de profesionist și autoritate contractantă care intră în domeniu său de aplicare.

Legea nr. 72/2013 se aplică contractelor de achiziție publică încheiate în temeiul O.U.G. nr. 34/2006.

Prin dispozițiile art. 6 alin. (4) coroborate cu dispozițiile art. 7 alin. (1) din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea executării obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, legiuitorul a statuat că în cazul instituțiilor publice din domeniul sănătății termenul legal de plată pentru obligațiile bănești rezultând din contracte încheiate cu profesioniști să fie de cel mult 60 de zile calendaristice de la data emiterii facturii.

Contestatorul invocă și dispozițiile art. 14 lit. d) din Legea nr. 72/2013 potrivit cărora clauzele contractuale care fixează un termen de plată mai mare decât cel prevăzut la art. 7 alin. (1)¹, respectiv mai mare de 60 de zile calendaristice de la data facturării, sunt considerate clauze abuzive și sunt lovite de nulitate absolută potrivit art. 15 alin. (1)².

Potrivit O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă este emitentul acestei documentații 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 ordonanța invocată.

Contestatorul consideră că termenul de plată de 60 de zile pe care l-a propus este un termen de plată corect, legal, motivat și echitabil în raport cu furnizorul și prevederile legale aplicabile.

Contestatorul invocă dispozițiile art. 1170 din Codul Civil.

Referitor la obligarea autorității contractante la modificarea quantumului de penalitate din cuprinsul dispozițiilor art. 10.1. și 10.2. din contractul subsecvent de furnizare medicamente din 0,01% cu dobânda legală penalizatoare calculată potrivit art. 3 alin. (2¹) 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, contestatorul arată că prin dispozițiile art. 1535 alin. (1) și 1536 din Noul Cod Civil, legiuitorul a stabilit ca, 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.

Așa cum se poate observa din analiza dispozițiilor art. 10.1 și 10.2 din contractul subsecvent de furnizare medicamente, este un vădit dezechilibru contractual prin prisma acestor penalități de întârziere 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.

Contestatorul invocă dispozițiile art. 1538 din Nou Cod Civil.

Așa cum este prevăzută clauza penală în cuprinsul contractului propus de autoritatea contractantă, aceasta nu își va produce și nu își poate produce menirea existenței sale, respectiv conștientizarea de către partea care nu își îndeplinește obligația asumată a faptului că, prin aceasta este datoare să suporte o sancțiune materializată într-o sumă de bani determinată ori determinabilă.

Contestatorul arată că nu poate fi de acord cu această cuantificare derizorie a penalităților de întârziere, așa fel 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, creează o situație profund inechitabilă între părțile contractante. La 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. Această Lege transpune Directiva 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului, privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale.

Legea nr. 72/2013 se aplică și contractelor de achiziție publică încheiate în temeiul O.U.G. nr. 34/2006.

De asemenea, potrivit art. 3 alin. (2¹) 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, dobânda legală penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință a B.N.R. plus 8 puncte procentuale.

Așa fiind, la data de astăzi dobânda legală penalizatoare este de 0,036%/zi întârziere, astfel cum rezultă din aplicarea art. 3 alin. (2¹) din Ordonanța nr. 13/2011 - respectiv $5,25$ (dobânda de referință BNR aplicabilă la data de astăzi) + 8 puncte = $13,25/365 = 0.036\%$ / zi întârziere.

Prin dispozițiile art. 14 lit. a) din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea executării obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, legiuitorul a statuat că, clauzele contractuale care stabilesc dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare sunt considerate clauze abuzive și sunt lovite de nulitate absolută potrivit art. 15 alin. (1).

Or, în speță, clauzele contractuale prevăzute de art. 10.1 și 10.2 din contractul subsecvent de furnizare sunt abuzive și lovite de nulitate, întrucât dobânda penalizatoare stabilită de aceste clauze este de 0,01%/zi întârziere, respectiv sub dobânda legală penalizatoare de 0,036%/zi întârziere. Minimul garantat de legiuitor este dobânda legală penalizatoare și orice dobândă penalizatoare prevăzută sub minimul dobânzii legale este abuzivă și nelegală.

Potrivit O.U.G. nr. 34/2006, 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 Ordonanța invocată.

Contestatorul consideră că solicitarea sa privind înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,01% prevăzut de art. 10.1. și 10.2. din contractul subsecvent de furnizare medicamente cu dobanda legală penalizatoare calculată potrivit art. 3 alin. (2¹) din Ordonanța nr. 13/2011 este corectă și motivată și de prevederile legale mai sus prezentate.

În drept, contestatorul invocă dispozițiile art. 255-256 și următoarele din O.U.G. nr. 34/2006.

Prin adresa nr. .../13.06.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. .../13.06.2013, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, în care solicită respingerea contestației ca fiind lipsită de interes și nefondată pentru următoarele motive:

Contestatorul nu face dovada interesului legitim în legătură cu procedura de atribuire în cauză, iar din contestație nu reiese faptul că are intenția de a participa și de a depune ofertă în această procedură.

Contestatorul nu a suferit, nu suferă și nici nu riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante și nu îndeplinește condiția de persoană vătămată.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă consideră contestația nefondată și precizează următoarele:

Autoritatea contractantă consideră adresa nr. .../ 07.06.2013 legală și temeinică.

La data de 31.05.2013 a fost publicată documentația de atribuire în SEAP. Contestatorul a formulat la data de 05.06.2013 clarificări și completări la documentația depusă, care fac obiectul prezentei contestații.

Prin adresa nr. .../07.06.2013, autoritatea contractantă a formulat răspuns la clarificările depuse de contestator, care au fost clare, pertinente și la obiect.

Adresa .../09.05.2013, transmisă prin face referire expresă la transpunerea .../2011 și, de asemenea, Protocolul întreși Asociația Producătorilor de Medicamente Generice din România este încheiat tocmai în vederea evitării dificultăților apărute în aplicarea prevederilor Legii nr. 72/2013.

Acest protocol este încheiat legal și trebuie respectat în totalitate de unitățile sanitare publice.

Autoritatea contractantă consideră că a respectat întocmai prevederile Protocolului antemenționat având în vedere că la punctul 2 precizează că „facturile emise după data implementării Directivei 2011/7/UE vor avea ca termen de plată 150 zile pentru

cele emise în 2013, 90 zile pentru cele emise în perioada ianuarie-iunie 2014, 60 zile pentru cele emise după data de 30 iunie 2014.

De asemenea, și prevederile art. 7 coroborat cu art. 5 alin. (2) din Legea nr. 72/2013 precizează clar că prin excepție de la termenul de plată stabilit prin lege, dacă acesta este stabilit expres în contract și în documentația achiziției și este obiectiv justificat, părțile pot conveni efectuarea plății în mod eșalonat.

Cu privire la obligarea autorității contractante de a modifica termenul prevăzut în documentația de atribuire - de la 150 zile la 60 zile de la data emiterii facturii, autoritatea contractantă arată că a respectat prevederile .../09.05.2013.

Referitor la prevederile H.G. nr. 117/27.03.2013, acestea nu pot fi luate în considerare motivat de faptul că nu fac referire la contractele încheiate de autoritatea contractantă cu furnizorii în baza O.U.G. nr. 34/2006 și nici la prevederile Legii nr. 72/2013.

Referitor la obligarea autorității contractante la modificarea cuantumului de penalitate de 0,01% din contract, autoritatea contractantă consideră că a respectat prevederile art. 8 din Legea nr. 72/2013. Contestatorul este în eroare pentru faptul că nu face diferența dintre dobânda legală și dobânda contractuală.

Așa cum se prevede la art. 8 coroborat cu art. 4, numai în cazul în care nu este stabilit nivelul dobânzii pentru plata la întârziere prin contract, numai atunci se va aplica dobânda legală calculată conform art. 3 din O.G. nr. 13/2011.

Față de cele arătate, autoritatea contractantă consideră contestația ca fiind nefondată și lipsită de interes.

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

... .. în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „licitație deschisă”, pentru atribuirea acordului-cadru de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „Antibacterieni pentru uz sistemic”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ... din data de 31.05.2013, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Referitor la critica societății contestatoare, cu privire la „obligarea autorității contractante de a modifica termenul prevăzut de documentația de atribuire de la 150 de zile la 60 de zile de la data emiterii facturii”, Consiliul reține următoarele aspecte:

- autoritatea contractantă este o unitate spitalicească cu paturi astfel potrivit prevederilor art. 15 alin. (2) din anexa 17 -

„Condițiile acordării serviciilor medicale în unitățile sanitare cu paturi și modalitățile de plată ale acestora”, la Norma metodologică cuprinzând Anexele 1-41 la Ordinul ministrului sănătății și al președintelui Casei Naționale de Asigurări de Sănătate nr. 423/191/2013 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare în anul 2013 a Contractului-cadru privind condițiile acordării asistenței medicale în cadrul sistemului de asigurări sociale de sănătate pentru anii 2013 - 2014, aprobat prin H.G. nr.117/2013, 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.”*

- alin. (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 pe data de 10 a lunii curente pentru luna precedentă, ordonatorului de credite ierarhic superior, în funcție de subordonare, și caselor de asigurări de sănătate execuția bugetului de venituri și cheltuieli. Regularizarea și decontarea trimestrială se fac în primele 25 de 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 data de 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 antemenționate, 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 de 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 60 de zile de la data livrării produselor*”, nu poate să fie acoperitor ținând cont de regularizarea trimestrială și decontarea acesteia în primele 25 de 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 decontarea facturilor emise de spital, în care sunt incluse și costurile medicamentelor, se face de casa de asigurări de sănătate, astfel cum rezultă din Normele metodologice antemenționate, și nu facturile emise de furnizorul de medicamente așa cum este contestatorul.

Mai mult prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 18933/07.06.2013 autoritatea contractantă a răspuns contestatorului, răspuns care a fost postat pe SEAP la data de 07.06.2013 orele 12:13 modificând termenul de plată conform Protocolului nr. E.N. nr. 2791/20.03.2013 întreși Asociația Româna a Producătorilor Internaționali de Medicamente și Protocolul de cooperare nr. E.N.2719/09.05.2013 întreși Asociația Producătorilor de Medicamente Generice din România „*facturile emise după data implementării Directivei 2001/7/UE vor avea ca termen de plată 150 de zile pt cele emise în 2013, 90 zile pentru cele emise în perioada ianuarie-iunie 2014 și 60 zile pentru cele emise după data de 30 iunie 2014*” ,

Referitor la criticile contestatorului cu privire la nivelul penalităților de întârziere de 0,01% pe zi de întârziere, impuse prin clauzele 10.1 și 10.2 din modelul de contract subsecvent acordului-

cadru anexat la documentația de atribuire, Consiliul reține următoarele:

- art. 2 din O.G. nr. 13/2011 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 alin. (2) din același act normativ prevede că „rata dobânzii legale penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință plus 4 puncte procentuale.”

- 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”

- art. 3 alin. (1) „în raporturile dintre profesioniști, creanța constând în prețul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate produce dobânzi penalizatoare în cazul în care:

a) creditorul, inclusiv subcontractații acestuia, și-au îndeplinit obligațiile contractuale;

b) creditorul nu a primit suma datorată la scadență, cu excepția cazului în care debitorului nu îi este imputabilă întârzierea.

(2) 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.

(3) Dacă termenul de plată nu a fost prevăzut în contract, dobânda penalizatoare curge de la următoarele termene:

a) după 30 de zile calendaristice de la data primirii de către debitor a facturii sau a oricărei alte asemenea cereri echivalente de plată;

b) dacă data primirii facturii ori a unei cereri echivalente de plată este incertă sau anterioară primirii bunurilor sau prestării serviciilor, după 30 de zile calendaristice de la recepția mărfurilor sau prestarea serviciilor;

c) dacă legea sau contractul stabilește o procedură de recepție ori de verificare, permițând certificarea conformității mărfurilor sau serviciilor, iar debitorul a primit factura ori cererea echivalentă de plată la data recepției sau verificării ori anterior acestei date, după 30 de zile calendaristice de la această dată”.

- Art. 4 din același act normativ „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 alin. (2) din același act normativ „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”.

Având în vedere aceste aspecte, Consiliul reține faptul că în cadrul contractului se poate stabili nivelul dobânzii penalizatoare care curge de la termenul de plată stabilit în contract în situația în care întârzierea este imputabilă debitorului și doar în situația în care în cadrul contractului aceasta nu este stabilită se poate aplica dobânda legală penalizatoare calculată conform O.G. nr. 13/2011.

Astfel în speță 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 cuantumul 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 alin. (2) lit. b) din H.G. nr.925/2006 cu modificările ulterioare).

Contractul de achiziție publică este un contract administrativ, iar 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 data de 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 îngrădit 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.

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.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și (6) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de către S.C. ... în contradictoriu cu ... și va dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 16 (șaisprezece) pagini.