



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... din ... înaintată de ... cu sediul în având CUI ... formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de ... cu sediul în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Medicamente pentru Programul național de oncologie și Programul național de hemofilie, talasemie și alte boli rare”, s-a solicitat:

„1. Obligarea autorității contractante de a modifica termenul de plată prevăzut de documentația de atribuire, respectiv de dispozițiile art. 8.1 din acordul-cadru și art. 3.3 din contractul subsecvent de la termenul de 120 de zile *“...convenit de către H.G. 1388 din 28.12.2010 art.9 alin (7) lit.b) (termen de maximum 90 zile calendaristice de la data validării facturilor depuse în vederea decontării de către casa de asigurari de sănătate, validare care se realizează în termen de 30 zile de la data depunerii documentelor justificative)”* la 60 de zile de la data primirii facturii.

2. Obligarea autorității contractante la modificarea dispozițiilor prevăzute de art. 3.7 din modelul de contract subsecvent de furnizare, prin aplicarea cotei procentuale de penalitate la valoarea obligației neexecută.

3. 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 legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (2), (4) și (6) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, I admite în parte contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și dispune continuarea procedurii de atribuire după modificarea documentației de atribuire în sensul stabilirii termenului de plată a facturilor conform prevederilor Legii nr. 72/2013, conform celor precizate în motivare, în maximum 10 zile de la primirea prezentei decizii.

Respinge ca rămas fără obiect capătul de cerere referitor la modificarea clauzei 3.7 din contractul subsecvent.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ... și precizată prin adresa nr. ... înregistrată la Consiliu cu nr. 30808/13.09.2013, S.C. ... SA, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura licitație deschisă organizată de ... critică o serie de prevederi ale acordului-cadru și contractului subsecvent (componentă a documentației de atribuire), solicitând:

„1. Obligarea autorității contractante de a modifica termenul de plată prevăzut de documentația de atribuire, respectiv de dispozițiile art. 8.1 din acordul-cadru și art. 3.3 din contractul subsecvent de la termenul de 120 de zile *“....convenit de către H.G. 1388 din 28.12.2010 art.9 alin (7) lit.b) (termen de maximum 90 zile calendaristice de la data validării facturilor depuse în vederea decontării de către casa de asigurari de sănătate, validare care se realizează în termen de 30 zile de la data depunerii documentelor justificative)”* la 60 de zile de la data primirii facturii.

2. Obligarea autorității contractante la modificarea dispozițiilor prevăzute de art. 3.7 din modelul de contract subsecvent de furnizare, prin aplicarea cotei procentuale de penalitate la valoarea obligației neexecută.

3. 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 fapt, contestatoarea arată că la data de 30.08.2013 a fost publicată odată cu anunțul de participare nr. ... documentația de atribuire aferentă procedurii de achiziție pentru încheierea unui acord

cadru în vederea achiziției de medicamente pentru Programul național de oncologie și Programul național de hemofilie, talasemie și alte boli rare. Prin documentația de atribuire, respectiv dispozițiile art. 8.1 din acordul cadru și art. 3.3 din contractul subsecvent de furnizare produse, autoritatea contractantă a impus operatorilor economici un termen de plată pentru produsele achiziționate **de 120 de zile** *"....convenit de către H.G. 1388 din 28.12.2010 art. 9 alin. (7) lit. b) (termen de maximum 90 zile calendaristice de la data validării facturilor depuse în vederea decontării de către casa de asigurari de sănătate, validare care se realizează în termen de 30 zile de la data depunerii documentelor justificative)"*.

Potrivit Ordonanței 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.

În documentația de atribuire autoritatea contractantă a stabilit că achizitorul se obligă să plătească prețul produselor către furnizor în termen de maximum 120 de zile de la recepționarea produselor, iar pentru acest termen a invocat dispozițiile H.G. 1388 din 28.12.2010 art.9 alin (7) lit. b).

În acest sens, precizează că dispozițiile HG nr. 1388/2010 sunt aplicabile contractelor încheiate de către Casa Națională de Asigurări de Sănătate sau Ministerul Sănătății prin unitățile sale subordonate pentru asigurarea implementării și coordonării la nivel național a programelor naționale de sănătate cu unitățile de specialitate care derulează programe naționale de sănătate (în speță autoritatea contractantă).

Mai mult, arată că aplicabilitatea dispozițiilor H.G. nr. 1388 din 2010 pentru aprobarea programelor naționale de sănătate pentru anii 2011 și 2012 a încetat la data de 01.04.2013, dată la care a intrat în vigoare Hotărâre Guvernului nr. 124 din 27/03/2013 privind aprobarea programelor naționale de sănătate pentru anii 2013 și 2014.

Astfel, prin art. 20 alin. (7) din HG nr. 124/2013 s-a stabilit că termenul de decontare pentru activitatea curentă a anilor 2013-2014 se efectuează în limita sumelor disponibile aprobate cu această destinație pentru facturile emise în baza contractelor încheiate între furnizorii de servicii medicale și Ministerul Sănătății/CAS este:

„a) până la 60 de zile calendaristice de la data depunerii facturilor pentru decontarea activităților din cadrul programelor naționale de sănătate contractate de către direcțiile de sănătate publică, instituții publice sau Ministerul Sănătății, după caz;

b) până la 60 de zile calendaristice de la data depunerii facturilor în vederea decontării de către casele de asigurări de sănătate și acordării vizei de "bun de plată";

Prin urmare, dispozițiile legale mai sus indicate NU SUNT APLICABILE și contractelor de achiziție publică încheiate între autoritățile contractante și profesioniștii.

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.

Este important de reținut că Legea nr. 72/2013 „*introduce un regim mai sever al obligațiilor autorităților contractante, scopul instrumentului european fiind cel de a crea mecanisme suficient de persuasive pentru ca instituțiile statelor membre să execute, în termen cât mai scurt, obligația de plată a prețului bunurilor/prestațiilor*” (extras din expunerea de motive pentru adoptarea Legii nr. 72/2013).

Scopul principal al legii este să promoveze competitivitatea în mediul de afaceri și să consolideze piața internă a Uniunii Europene, prin crearea unor mecanisme eficiente pentru combaterea întârzierilor la plată, sens în care aduce anumite limitări libertății contractuale. Principalele limitări se referă la termenele de plată, termenul de emisie sau primire a facturii, dobânzi și daune - interese.

Legea definește noțiunile de profesionist și autoritate contractantă care intra în domeniul său de aplicare, astfel:

- prin profesionist - se înțelege orice persoană fizică sau juridică ce exploatează o întreprindere în sens lucrativ, iar

- prin autoritate contractantă - se înțelege orice autoritate publică a statului român, care acționează la nivel central, regional sau local; orice organism de drept public, cu personalitate juridică, înființat pentru a satisface nevoi de interes general, fără scop lucrativ și care este controlat (prin finanțare, coordonare sau administrare) de o autoritate publică; sau o asocieră formată de una sau mai multe autorități contractante.

Prin urmare, dispozițiile Legii nr. 72/2013 se aplică contractelor de achiziție publică încheiate în temeiul Ordonanței de Urgență nr. 34/2006.

În raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști termenul legal de plată este reglementat de Legea nr. 72/2013 prin art. 6 „Termen legal de plată” din cap. III Contracte între-profesioniști și autorități contractante.

Prin dispozițiile art. 6 alin. (4) din Legea nr. 72/2013 legiuitorul a statuat că „în cazul instituțiilor publice din domeniul sănătății și entităților publice care furnizează servicii medicale de sănătate, termenul legal de plată pentru obligațiile bănești rezultând din contracte încheiate cu profesioniști este de cel mult 60 de zile calendaristice.”

Consideră importante și dispozițiile art. 14 lit. d) din Legea nr. 72/2013 potrivit cărora clauzele contractuale care fixează un termen de plată mai mare de 60 de zile de la data recepționării facturilor/produselor **SUNT CONSIDERATE CLAUZE ABUZIVE SI SUNT LOVITE DE NULITATE ABSOLUTA** potrivit art. 15 alin. (1).

Prin urmare, în speță termenul legal pentru obligația de plată rezultată din contractul de furnizare încheiat în baza prezentei proceduri este de maximum 60 de zile.

Or, autoritatea contractantă solicită ca furnizorii de medicamente SA-SI ÎNCASEZE SUMELE DE BANI PENTRU PRODUSELE FURNIZATE INTR-UN TERMEN EXCESIV, ABUZIV SI NELEGAL DE 120 DE ZILE, iar acest fapt duce la încălcarea atât a principiului proportionalității și a principiului asumării răspunderii, principii statuate de art. 2 alin 2 lit e) și g) din OUG nr. 34 din 2006, cât și dispozițiile art. 6 alin. (4) din Legea nr. 72/2013.

În conformitate cu dispozițiile art. 2 din HG nr. 925/2006 autoritatea contractantă, în elaborarea documentației de atribuire, trebuie să țină seama la stabilirea clauzelor contractuale și la atribuirea contractului de achiziție publică de principiul tratamentului legal, al proportionalității și al asumării răspunderii.

Totodata, contestatoarea invocă și dispozițiile art. 1170 din noul cod civil potrivit cărora "*părțile trebuie să acționeze cu bună credință, atât la negocierea și încheierea contractului, cât și pe tot parcursul executării sale. Ele nu pot înlătura sau limita această obligație*".

În concluzie, consideră că termenul de plată de 60 de zile propus de ea este un termen de plată legal și motivat de prevederile legale mai sus prezentate.

Referitor la cea de-a doua cerere privind obligarea autoritatii contractante la modificarea dispozițiilor prevăzute de art. 3.7 din modelul de contract subsecvent de furnizare, prin aplicarea cotei procentuale de penalitate la valoarea obligației neexecută, contestatoarea precizează:

Potrivit principiului tratamentului egal prevăzut de OUG 34/2006, clauzele contractuale privind achizițiile publice trebuie să fie echitabile, să asigure un echilibru părților contractante, neputând insera condiții diferite pentru părțile contractante, în avantajul autorității contractante și în dezavantajul operatorilor economici.

La art. 3.6 și 3.7 din contractul subsecvent prezentat în cadrul documentației de atribuire, autoritatea contractantă a prevăzut următoarele dispoziții:

„3.6. în cazul în care ACHIZITORUL nu achită facturile în termen de 28 zile de la expirarea perioadei convenite la art. 3.5., acesta are obligația de a plăti, ca penalități o sumă echivalentă cu o cotă procentuală de 0,1%/zi din plata neefectuată, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor contractuale. Penalitățile nu pot depăși suma asupra căreia au fost calculate.

3.7. în cazul în care FURNIZORUL nu reușește să-și îndeplinească obligațiile asumate la art. 4.1.2, atunci achizitorul are dreptul de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală de 0,1%/zi din prețul contractului pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor contractuale. Penalitățile nu pot depăși suma asupra careia au fost calculate”.

Modalitatea de aplicare a penalitatilor de întârziere prevăzută de autoritatea contractantă în cuprinsul articolelor 3.6 și 3.7 din contractul subsecvent de furnizare este inechitabil stabilită și generează un vădit dezechilibru contractual în situația neefectuării contraprestațiilor de către una din părți, întrucât penalitățile stabilite într-o modalitate inechitabilă se calculează la valoarea contractului pentru întârzieri datorate de

furnizori în livrare, iar pentru întârzieri datorate la plata penalitățile sunt raportate la valoarea plății neexecutate.

De asemenea, arată că în urma celor stipulate de autoritatea contractanta la art. 3.7 prin care s-ar percepe penalități pentru întregul preț al contractului, furnizorul ar fi obligat să suporte penalități și față de obligațiile contractuale deja executate sau neajunse la scadență, iar o astfel de clauză contractuală ar fi nulă de drept, deoarece, ar însemna că furnizorul va plăti penalități și pentru obligațiile contractuale executate în termen și/sau pentru cele neajunse încă la scadență.

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.

Prin adresa nr. 17921/...-... Consiliul a solicitat autorității contractante transmiterea punctului de vedere la contestație și documentele din achiziției.

Prin adresa nr. 14348/12.09.2013 înregistrată la Consiliu cu nr. 30733/13.09.2013 autoritatea contractantă a comunicat punctul său de vedere la contestație. Ulterior, prin adresa nr. 14386/13.09.2013, înregistrată la Consiliu cu nr. 31151/17.09.2013 a transmis și dosarul achiziției în forma existentă la acel moment.

Prin punctul de vedere autoritatea contractantă susține că „ipotezele invocate de contestatoare nu subzistă sub aspectul argumentelor expuse întrucât necesitatea interpretării normei juridice rezidă din împrejurarea că s-a stabilit conținutul exact al normei prin clarificarea și lămurirea sensului normei legale din care a fost extrasă esența aplicabilă cazului concret (concept contractual)”.

În acest sens, subliniază că, în pofida celor expuse de către contestatoare, a întreprins de fiecare dată măsuri în vederea optimizării fluxului și practicii relaționale, în susținerea acestora fiind însăși acceptul și disponibilitatea unității sanitare care pot fi confirmate favorabil inclusiv de către reprezentanții firmei dar și prin documentele relaționale motiv pentru care, apreciază că, clauzele contractuale exemplificate (implicit cele generatoare de obligații), au fost întotdeauna rezultatul voinței implicite a părților la încheierea contractului respectiv.

Totodată, consideră că, materialul probator administrat (Decizii CNSC), nu este relevant, unicul scop al firmei fiind acela de a-și favoriza propriile interese în detrimentul ansamblului instituțiilor sanitare, astfel, fiind de fapt evidențiat caracterul excesiv al exercitării drepturilor conferite de legislație, cu atât mai mult cu cât, spitalul nu a cauzat niciun prejudiciu operatorului economic SC ... SA. Drept pentru care, invocă „criteriul” de inadmisibilitate a contestației dar și excepția de prematuritate deoarece contractul se perfectează ulterior finalizării procedurii.

Astfel, menționează că, inclusiv în situația pronunțării în cauze similare, operează particularitățile fiecărei cauze care determină înlăptuirea actului de justiție în concret și nu în abstract, particularitățile fiecărei spețe fiind evidente.

În susținerea celor de mai sus, precizează că, operatorul economic SC Farmexim DCI SA a omis cu rea credință prezentarea cadrului legal aplicabil, și anume, adresa Ministerului Sănătății nr. CN 942719 din 09.05.2013 care stipulează că pentru facturile emise în anul 2013, termenul de plată va fi 150+30 zile iar pentru facturile emise în perioada ianuarie - iunie 2014, termenul de plată va fi de 90+30 zile, facturile emise după 30.06.2014 având un termen de plată de 60+30 zile (anexată prezentei).

Față de aprecierile contestatoarei vis a vis de Ministerul Sănătății, precizează că, este absurd se se minimalizeze forța obligatorie a unui act valabil, inoculându-se ideea că, acesta ar fi lipsit de valoare în raport cu terții, însăși actul și situațiile juridice care iau naștere prin acesta fiind realități sociale care, într-o ordine de drept, impun tuturor o atitudine de respect, cunoscându-se că un act/contract este opozabil tuturor inclusiv terților care nu au calitatea de părți, motiv pentru care, se poate concluziona că, orice contract, fie ca act juridic, fie ca fapt juridic, trebuie respectat.

În vederea realizării echilibrului contractual, autoritatea contractantă, va învedera și conexa inclusiv clauzele contractuale ale contractului perfectat pentru finanțarea programelor/subprogramelor din cadrul PNS curative în anii 2013 -2014 coroborate cu celelalte prevederi legale în vigoare.

În ceea ce privește cuantumul penalităților de întârziere, autoritatea contractantă a dispus măsuri de remediere astfel încât acestea vor fi calculate la valoarea contractuală neexecutată într-un coeficient de 0,05%.

Față de cele supuse atenției, consideră că, la momentul actual, cele sesizate sunt aprecieri fără temei, menite să distorsioneze datele reale și să obstrucționeze (printr-un copy-paste - precizare nr. 1025 din 12.09.2013) o procedură legal organizată care, contrar celor sesizate, asigură respectarea cadrului legal de care ceilalți operatori economici de profil au luat act fiind în asentimentul unității sanitare și nu numai.

Analizând documentele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

Pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect „Medicamente pentru Programul național de oncologie și Programul național de hemofilie, talasemie și alte boli rare”, ... în calitate de autoritate contractantă a inițiat procedura licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... din 30.08.2013, dată la care a postat și documentația de atribuire. Nemulțumită de conținutul documentației de atribuire (referitor la anumite clauze contractuale), ... înaintat Consiliului prezenta contestație, solicitând:

„1. Obligarea autorității contractante de a modifica termenul de plată prevăzut de documentația de atribuire, respectiv de dispozițiile art. 8.1 din acordul-cadru și art. 3.3 din contractul subsecvent de la termenul de 120 de zile ”....convenit de către H.G. 1388 din 28.12.2010 art.9 alin (7) lit.b) (termen de maximum 90 zile calendaristice de la data validării facturilor depuse în vederea decontării de către casa de asigurari de sănătate, validare care se realizează în termen de 30 zile de la data

depunerii documentelor justificative)" la 60 de zile de la data primirii facturii.

2. Obligarea autorității contractante la modificarea dispozițiilor prevăzute de art. 3.7 din modelul de contract subsecvent de furnizare, prin aplicarea cotei procentuale de penalitate la valoarea obligației neexecută.

3. 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".

Potrivit prevederilor art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, Consiliul, cercetând cu înțâietate excepțiile inadmisibilității și prematurității contestației invocate autoritatea contractantă prin punctul de vedere, constată netemeinicia acestora.

Referitor la excepția inadmisibilității bazată pe faptul că până la acest moment contestatoarea nu a suferit niciun prejudiciu din partea autorității contractantă, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 255 din OUG nr. 34/2006 care prevăd:

(1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență.

(2) În sensul prevederilor alin. (1), prin persoană vătămată se înțelege orice operator economic care:

a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire;

b) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedura de atribuire.

În acest context, nu numai persoana care a suferit un prejudiciu poate fi persoană vătămată ci și acel operator economic care riscă să sufere în viitor un prejudiciu ca urmare a unui act emis de autoritatea contractantă care produce efecte juridice. Prejudiciul nu trebuie să fie doar actual, putând fi și viitor.

În ceea ce privește excepția prematurității contestației, motivat de faptul că contractul se perfectează după finalizarea procedurii, Consiliul are în vedere următoarele dispoziții legale:

- art. 33 alin. (2) din OUG nr. 34/2006: *Documentația de atribuire cuprinde:*

a) fișa de date;

b) caietul de sarcini sau documentația descriptivă, aceasta din urmă fiind utilizată în cazul aplicării procedurii de dialog competitiv ori de negociere;

c) informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii.

- art. 78 alin. (1) din OUG nr. 34/2006: *Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire.*

- art. 36 alin. (2) din HG nr. 925/2006: *Oferta este considerată neconformă în următoarele situații:*

b) conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective;

Din coroborarea acestor texte rezultă cu prisosință că operatorii economici au dreptul de a solicita clarificări asupra clauzelor contractuale, pe de o parte, deoarece sunt componentă a documentației de atribuire. Pe de altă parte, odată cu depunerea ofertei au dreptul de a propune și modificarea clauzelor contractuale.

Din aceste considerente nu se poate aprecia că demersul contestatoarei este prematur, deoarece nu se atacă viitorul contract de achiziție publică ci actuala documentație de atribuire care cuprinde modelul de acord-cadru și de contract subsecvent.

Critica contestatoarei formulată împotriva prevederilor de la art. 8.1 din acordul-cadru și art. 33 din contractul subsecvent, este considerată de Consiliu întemeiată. În motivare Consiliul are în vedere că prin modelul de acord-cadru, componentă a documentației de atribuire, la cap. 8 „Obligațiile achizitorului” autoritatea contractantă a precizat:

8.1 - Achizitorul se obligă să plătească prețul produselor către furnizor în termenul convenit de către H.G. 1388 din 28.12.2010 art. 9 alin (7) lit.b) (termen de maximum 90 zile calendaristice de la data validării facturilor depuse în vederea decontării de către casa de asigurari de sanatate, validare care se realizeaza in termen de 30 zile de la data depunerii documentelor justificative).

De asemenea, prin modelul de contract subsecvent, la art. 3. „Prețul și condițiile de plată”, punct 3.3, autoritatea contractantă a precizat: *FURNIZORUL este de acord ca plata să se facă în termenul convenit de către H.G. 1388 din 28.12.2010 art. 9 alin (7) lit. b) (termen de maximum 90 zile calendaristice de la data validării facturilor depuse în vederea decontării de către casa de asigurari de sanatate, validare care se realizeaza in termen de 30 zile de la data depunerii documentelor justificative).*

Preliminar, Consiliul constată că dispozițiile HG nr. 1388/2010 invocate de autoritatea contractantă ca temei legal în cadrul art. 8.1 mai sus citat nu mai sunt de actualitate. Așa cum se precizează la art. II din HG nr. 1280/2013 de modificare a HG nr. 1388/2010, *Termenul de aplicare a prevederilor Hotărârii Guvernului nr. 1.388/2010 privind aprobarea programelor naționale de sănătate pentru anii 2011 și 2012, cu modificările și completările ulterioare, se prelungește până la data de 31 martie 2013, inclusiv.* Astfel că la momentul inițierii procedurii de atribuire (30.08.2013) prevederile acesteia nu mai erau valabile.

Totodată, Consiliul are în vedere că prin clarificarea postată în SEAP la ... autoritatea contractantă a modificat cerința în sensul:

1. Referitor la propunerea dumneavoastră de modificare a termenului de plată prevăzut model acordul-cadru la art. 8.1, respectiv în contractul subsecvent art. 3.3, de la 120 de zile la maxim 60 de zile;

Vă aducem la cunoștință că potrivit Protocolului Ministerului Sănătății cu nr. CN 942719 din 09.05.2013, încheiat cu Asociația Română a Producătorilor Internaționali de Medicamente, în vederea evitării unor dificultăți în aplicarea Legii nr. 72/2013, s-au convenit următoarele termene de plată, astfel:

- pentru facturile emise în anul 2013, termenul de plată va fi de 150+30 de zile;

- pentru facturile emise în perioada ianuarie - iunie 2014, termenul de plată va fi de 90+30 de zile;

- pentru facturile emise după 30 iunie 2014, termenul de plată va fi de 60+30 de zile.

Prin urmare,

- la punctul 8.1.(model acord cadru) se modifică astfel:

8.1 - Achizitorul se obligă să plătească prețul produselor către furnizor în termenul stabilit prin Adresa Ministerului Sănătății nr. CN 942719 din 09.05.2013 (pentru facturile emise în anul 2013, termenul de plata va fi de 150+30 de zile ;pentru facturile emise în perioada ianuarie - iunie 2014, termenul de plată va fi de 90+30 de zile;-pentru facturile emise dupa 30 iunie 2014, termenul de plată va fi de 60+30 de zile).

- la punctul 3.3. (model contract subsecvent de furnizare) se modifică astfel:

3.3. - FURNIZORUL este de acord ca plata să se facă în termenul convenit prin Adresa Ministerului Sănătății nr. CN 942719 din 09.05.2013 (pentru facturile emise în anul 2013, termenul de plată va fi de 150+30 de zile; pentru facturile emise în perioada ianuarie - iunie 2014, termenul de plată va fi de 90+30 de zile; pentru facturile emise dupa 30 iunie 2014, termenul de plata va fi de 60+30 de zile).

Trecând la analiza pe fond a criticii contestatoarei, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 6 din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, care prevăd:

(1) Autoritățile contractante execută obligația de plată a sumelor de bani rezultând din contractele încheiate cu profesioniști cel târziu la:

a) 30 de zile calendaristice de la data primirii facturii sau a oricărei altei cereri echivalente de plată;

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

c) 30 de zile calendaristice de la recepție sau verificare, dacă prin lege sau prin contract se stabilește o procedură de recepție ori de verificare pentru certificarea conformității mărfurilor sau serviciilor, iar autoritatea contractantă a primit factura ori cererea echivalentă de plată la data recepției sau verificării ori anterior acestei date.

(2) Procedura de recepție sau verificare prevăzută la alin. (1) lit. c) nu poate depăși 30 de zile calendaristice de la data primirii bunurilor sau

prestării serviciilor. Prin excepție, în cazuri justificate în mod obiectiv de natura sau caracteristicile contractului, procedura de recepție sau verificare poate avea o durată mai mare de 30 de zile calendaristice, dacă sunt stabilite expres în contract și în documentația achiziției atât termenul de recepție, cât și motivele obiective, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul art. 12.

(3) Părțile nu pot conveni cu privire la data emiterii/primirii facturii. Orice clauză prin care se stipulează un termen de emiterie/primire a facturii este lovită de nulitate absolută.

(4) În cazul instituțiilor publice din domeniul sănătății și entităților publice care furnizează servicii medicale de sănătate, termenul legal de plată pentru obligațiile bănești rezultând din contracte încheiate cu profesioniști este de cel mult 60 de zile calendaristice, care se calculează potrivit prevederilor alin. (1).

De asemenea, conform dispozițiilor art. 7 alin. (1) din aceeași lege, Termenele de plată stabilite în contract pentru executarea obligațiilor autorităților contractante nu pot fi mai mari decât termenele stabilite potrivit art. 6 alin. (1). În mod excepțional, părțile pot stipula un termen de plată de maximum 60 de zile calendaristice, dacă acesta este stabilit expres în contract și în documentația achiziției și este obiectiv justificat, ținând cont de natura sau caracteristicile specifice ale contractului, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul art. 12.

În același context, la art. 12 – Noțiune, din același act normativ, legiuitorul a stabilit că: „Practica sau clauza contractuală prin care se stabilește în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al daunelor-interese suplimentare este considerată abuzivă”.

Consiliul constată că autoritatea contractantă invocă în mod eronat prevederile din adresa Ministerului Sănătății în justificarea alegerii termenelor de plată. Astfel, prin adresa nr. CN942719 emisă de Ministerul Sănătății și publicată de autoritatea contractantă se precizează:

Având 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 unitățile contractante, adoptată în scopul transpunerii Directivei Uniunii Europene nr. 7/2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților comerciale, supunem atenției dumneavoastră următoarele aspecte:

Potrivit reglementării recent adoptate, termenul legal de plată în raporturile între operatorii economici și autoritățile publice (autorități contractante, în sensul legislației achizițiilor publice) este de 30 zile calendaristice de la:

- data primirii facturii sau a oricărei alte cereri echivalente de plată (data primirii facturii nu poate face obiectul unei clauze contractuale, sub sancțiunea nulității absolute);
- data recepției bunurilor sau prestărilor de servicii, dacă data primirii facturii este incertă sau anterioară recepției bunurilor/prestării serviciilor;

data finalizării procedurii de recepție/verificare a bunurilor achiziționate/ serviciilor prestate,

Termenele de plată mai sus menționate sunt aplicabile dacă părțile nu au stabilit, prin contract, un termen diferit. Termenul de plată stipulat în contract nu poate fi mai mare de 60 de zile.

Legea prevede un termen de plată derogatoriu de 60 de zile calendaristice, pentru instituțiile publice din domeniul sănătății și entitățile publice care furnizează servicii medicale de sănătate

Părțile pot conveni și calendare de eșalonare a plății.

Având în vedere dificultățile în implementarea Directivei 7/2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților comerciale între Ministerul Sănătății și Asociația Română a Producătorilor Internaționali de Medicamente a fost încheiat Protocolul nr. E.N nr. 2719/20 03.2013 prin care părțile au convenit să implementeze un calendar de eșalonare a datoriilor până la sfârșitul anului 2014, conform următorului grafic:

1. Pentru facturile emise în baza contractelor încheiate înainte de data de implementare a Directivei pentru întârzierea plăților:

- 2/3 din datoriile acumulate se vor plăti până la sfârșitul anului 2013, urmând ca restul să fie achitat în decursul anului 2014.

2. Pentru facturile emise ulterior datei de implementare a Directivei privind întârzierea plăților, se va ajunge la termenul de plată de 60 de zile calendaristice până la sfârșitul anului 2014, după următorul grafic:

- termen plată de 150+30 zile pentru facturile emise între 1 aprilie 2013 și 31 decembrie 2013;

- termen de plată de 90+30 zile pentru facturile emise între 1 ianuarie 2014 și 30 iunie 2014;

- termen de plată de 60+30 zile pentru facturile emise între 1 iulie și 31 decembrie 2014.

Este de menționat faptul că Ministerul Finanțelor Publice a emis Ordinul nr. 430 din 3 aprilie 2013, privind împuternicirea personalului direcțiilor generale ale MFP în vederea efectuării unor verificări cu privire la arieratele și plățile restante înregistrate de autoritățile publice, ministerele și celelalte organe ale administrației publice centrale.

Verificările vor viza următoarele aspecte:

a) la nivelul autorităților publice, ministerelor și celorlalte organe ale administrației publice centrale, modul de raportare a arieratelor (plăți restante mai mari de 90 de zile) înregistrate în contabilitate la data de 28 februarie 2013;

b) la nivelul autorităților publice, ministerelor și celorlalte organe ale administrației publice centrale, modul de raportare a plăților restante, cu o vechime cuprinsă între 1 și 90 de zile, înregistrate în contabilitate la data de 28 februarie 2013;

c) în cazul în care, în urma verificărilor efectuate conform prevederilor de la lit. a) și b), nu se constată o diminuare cu cel puțin 20% a arieratelor aflate înscrise în sold la data de 28 februarie 2013 față de cele din soldul de la 31 ianuarie 2013, se va solicita Direcției generale de inspecție economico-financiară, de către Direcția generală trezorerie și contabilitate publică și Direcția generală de programare bugetară, efectuarea de verificări la nivelul instituțiilor publice din subordinea

acestora care au generat arieratele și plățile restante respective cu privire la modul de raportare și înregistrare în contabilitate a acestora și măsurile propuse de ordonatorii de credite pentru reducerea lor.

Verificările se vor efectua până la data de 15 mai 2013. În cadrul acestora va fi urmărită proveniența arieratelor, a plăților restante și modalitățile pe care ordonatorii principali de credite le au în vedere pentru reducerea acestora.

Față de cele prezentate vă rugăm să aveți în vedere următoarele măsuri:

- 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);

- în cazul în care în noile contracte nu sunt stipulate termene de plată, instituțiile publice trebuie să asigure efectuarea plății în termenul legal de 30 de zile;

- instituțiile publice trebuie să se asigure că există alocare bugetară pentru executarea obligațiilor ce urmează a fi contractate în situația în care depășesc alocările bugetare, cupla pentru neexecutarea obligației de plată va aparține exclusiv instituției publice debitoare.

Analizând conținutul acestei adrese se poate observa că prima parte cuprinde referiri la prevederile Legii nr. 72/2013 cu referire la termenul de plată arătând că acesta nu poate fi mai mare de 60 zile. Partea de mijloc a adresei se referă la calendarul de eșalonare a plății facturilor până la finele anului 2014, pentru contractele încheiate înainte de implementarea Directivei 7/2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților comerciale, prin Legea nr. 72/2013.

Ultima parte a adresei cuprinde prevederi exprese referitoare la contractele încheiate după data intrării în vigoare a Legii nr. 72/2013 de implementare a Directivei nr. 7/2011, respectiv: 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);

Având în vedere dispozițiile exprese ale Legii nr. 72/2013 (în vigoare la momentul demarării procedurii de atribuire), precum și adresa nr. CN942719 emisă de Ministerul Sănătății, Consiliul stabilește că autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile legale citate, astfel încât criticile contestatoarei cu privire la clauzele contractuale analizate apar ca întemeiate. Nu se poate deroga prin contractul de achiziție publică de la dispozițiile legale imperative (art. 11 din codul civil).

Referitor la cea de-a doua critică a contestatoarei privind modalitatea de stabilire a penalităților de întârziere prevăzută la art. 3.7 din contractul subsecvent, care în opinia sa este inechitabilă, Consiliul constată că aceasta a rămas fără obiect. Astfel, Consiliul are în vedere că prin modelul de contract subsecvent atașat documentației de atribuire autoritatea contractantă a precizat:

3.7. *în cazul în care FURNIZORUL nu reușește să-și îndeplinească obligațiile asumate la art. 4.1.2, atunci achizitorul are dreptul de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu o*

cotă procentuală de 0,1%/zi din prețul contractului pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor contractuale. Penalitățile nu pot depăși suma asupra careia au fost calculate”.

Prin clarificarea postată în SEAP la ... autoritatea contractantă a modificat clauza contractuală 3.7 din modelul de contract subsecvent, în sensul:

3.7. 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 de 0.05% din valoarea contractului neexecutată, pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor.

Cum până la acest moment contestatoarea nu a criticat nouă formă a cerinței se prezumă că și-a însușit-o, corespunzând cerințelor sale.

În conformitate cu prevederile art. 278 alin. (2), (4) și (6) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările ulterioare, Consiliul admite în parte contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și dispune continuarea procedurii de atribuire după modificarea documentației de atribuire în sensul stabilirii termenului de plată a facturilor conform prevederilor Legii nr. 72/2013, conform celor precizate în motivare, în maximum 10 zile de la primirea prezentei decizii.

Respinge ca rămas fără obiect capătul de cerere referitor la modificarea clauzei 3.7 din contractul subsecvent.

Redactată în patru exemplare, conține 14 pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

...

MEMBRU,