



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.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art.266 alin.2) 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, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la CNSC cu nr. ... formulată de, cu sediul în municipiul ... sector 6, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO ... reprezentată legal de ... împotriva documentației de atribuire, elaborată de către autoritatea contractantă ... cu sediul în municipiul ... județul ... în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată în vederea atribuirii acordului cadru, încheiat cu maxim 3 agenți economici, pe o perioadă de 12 luni, având drept obiect: „Medicamente diverse”, cod CPV:, finanțat din „fonduri bugetare”, s-a solicitat: „Obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,02%/zi prevăzut de documentație de atribuire, respectiv de dispozițiile art. 9 lit.B pct. 8 și art. 13.2 din contractul subsecvent de furnizare cu un cuantum de penalitate cel puțin egal cu dobanda legala penalizatoare, respectiv cu 0,032%/zi întârziere; obligarea autorității contractante la modificarea dispozițiilor art. 9. Lit. B pct. 5 din contractul subsecvent prin eliminarea din cuprinsul acestora a următorului conținut: „ (...) cu precizarea că aceasta poate fi plătită în condițiile în care CJAS lași achită lunar și la timp, contravaloarea serviciilor medicale prezentate, validate și facturate de către spital. În cazul în care acest lucru nu se întâmplă sau există motive neimputabile autorității contractante, plata se va efectua, de comun acord eşalonat, conform unei înțelegeri scrise, agreeată de ambele părți” ca fiind nelegale și abuzive; obligarea

autorității contractante de emite documentația aferentă procedurii de achiziție cu respectarea condițiilor stabilite de dispozițiile legale în materie și prin remedierea actelor care afectează aceasta procedură”.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată deîn contradictoriu cu ... și dispune modificarea documentației de atribuire potrivit celor reținute în motivare, în termen de 10 zile de la comunicare.

Dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea celor decise anterior.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu prevederile art. 280 alin. (1) și (3) din OUG nr. 34/2006 aprobată prin Legea nr. 337/2006, 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 nr. ... înregistrată la CNSC cu nr. ... formulată de, împotriva documentației de atribuire, elaborată de către autoritatea contractantă ... în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată în vederea atribuirii acordului cadru, încheiat cu maxim 3 agenți economici, pe o perioadă de 12 luni, având drept obiect: „Medicamente diverse”, cod CPV:, finanțat din „fonduri bugetare”, s-a solicitat: „Obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,02%/zi prevăzut de documentație de atribuire, respectiv de dispozițiile art. 9 lit. B pct. 8 și art. 13.2 din contractul subsecvent de furnizare cu un cuantum de penalitate cel puțin egal cu dobanda legala penalizatoare, respectiv cu 0,032%/zi întârziere; obligarea autorității contractante la modificarea dispozițiilor art. 9. Lit. B pct. 5 din contractul subsecvent prin eliminarea din cuprinsul acestora a următorului conținut: „ (...) cu precizarea că aceasta poate fi platibilă în condițiile în care CJAS lași achită lunar și la timp, contravaloarea

serviciilor medicale prezentate, validate și facturate de către spital. În cazul în care acest lucru nu se întâmplă sau există motive neimputabile autorității contractante, plata se va efectua, de comun acord eșalonat, conform unei înțelegeri scrise, agreată de ambele părți” ca fiind nelegale și abuzive; 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 aceasta procedură”.

În fapt, contestatorul precizează următoarele aspecte, cu privire la prezenta procedură de atribuire:

- la data de 14.01.2014 a fost publicată, împreună cu anunțul de participare nr. ... documentația de atribuire cu privire la prezenta procedură, în cuprinsul căreia s-au inserat, la art. 9 lit. B) pct. 8 și art. 13.2 din contractul subsecvent de furnizare, dispoziții potrivit cărora penalitățile aplicate furnizorului pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate sunt de 0.01 %/zi;

- totodata, în cuprinsul contractului subsecvenet mai sus menționat autoritatea contractantă a prevăzut la art. 9 lit. b), pct. 5 următoarele dispoziții: *„Achizitorul are obligația de a efectua plata către furnizor în termen de 60 zile de la data primirii facturii, cu precizarea că aceasta poate fi platibilă în condițiile în care CJAS lași achită lunar și la timp contravaloarea serviciilor medicale prezentate, validate și facturate de către spital. În cazul în care acest lucru nu se întâmplă sau există motive neimputabile autorității contractante, plata se va efectua, de comun acord eșalonat, conform unei înțelegeri scrise, agreată de ambele părți. Plata se face în lei, prin ordin de plată”;*

- prin adresa nr. 132/21.01.2014, a solicitat autorității contractante, în termen legal și cu respectarea dispozițiilor prevăzute de art. 78 - 79 din OUG nr. 34/ 2006, modificarea cuantumului de penalitate de 0,01%/zi prevăzut la art. 9 lit. B pct. 8 și art. 13.2 din contractul de subsecvent de furnizare, cu un cuantum de penalitate cel puțin egal cu dobânda legală penalizatoare, respectiv cu 0,036%/zi întârziere precum și eliminarea din cuprinsul art.9 lit. b), pct. 5 dispozițiile potrivit cărora: *„precizarea că aceasta poate fi plătită în condițiile în care CJAS lași achită lunar și la timp contravaloarea serviciilor medicale prezentate, validate și facturate de către spital. În cazul în care acest lucru nu se întâmplă sau există motive neimputabile autorității contractante, plata se va efectua, de comun acord eșalonat, conform unei înțelegeri scrise, agreată de ambele părți....”;*

- prin adresa nr. 706/ 21.01.2014 autoritatea contractantă a menționat următoarele: „modifică cuantumul de penalitate de la 0,01%/zi la 0,02%/zi; refuza eliminarea dispozițiilor: „ (...) *precizarea că aceasta poate fi platibilă în condițiile în CJAS ... achită lunar și la timp contravaloarea serviciilor medicale prezentate, validate și facturate de către spital. În cazul în care acest lucru nu se întâmplă sau există motive neimputabile autorității contractante, plata se va efectua, de comun acord eșalonat, conform unei înțelegeri scrise, agreată de ambele părți....*”, motivând că aceste dispoziții sunt legale conform OG nr. 13/2011.

Cu referire la solicitarea privind obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,02%/zi prevăzut de documentație de atribuire, respectiv de dispozițiile art. 9 lit.B pct. 8 și art. 13.2 din contractul subsecvent de furnizare cu un cuantum de penalitate cel puțin egal cu dobânda legală penalizatoare, respectiv cu 0,032%/zi întârziere, contestatorul aduce următoarele argumente:

- 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;

- prin adresa nr. 706/21.01.2014, autoritatea contractantă a modificat cuantumul de penalitate prevăzut de art. 9 lit. B pct. 8 și 13.2 din contractul subsecvent de furnizare de la 0,01%/zi la 0,02%/zi; cu toate acestea, cuantumul de penalitate de 0,02%/zi prevăzut de art. 9 lit.B pct.8 și 13.2 din contractul subsecvent de furnizare este nelegal pentru următoarele considerente:

- în raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști penalitatea pentru neîndeplinirea obligațiilor este prevăzută de Legea 72/2013 art. 8 „Dobânzi penalizatoare” din capitolul III Contracte între profesioniști și autorități contractante coroborat cu dispozițiile art. 4 din Legea 72/2013;
- potrivit art. 8 alin. (1) din Legea nr. 72/2013 „în raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști, creanța de plată constând în prețul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate produce dobânzi penalizatoare....”;
- totodată, potrivit art. 4 din Legea nr. 72/2013 „Dacă părțile nu au stabilit nivelul dobânzii pentru plata cu întârziere, se va aplica dobânda legală penalizatoare, calculată potrivit art. 3

din Ordonanța Guvernului nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar- fiscale în domeniul bancar";

- Potrivit art. 3 alin. (2¹) din Ordonanța nr. 13/2011, completată cu modificările ulterioare, în raporturile dintre profesioniști și între aceștia și autoritățile contractante, dobânda legală penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referința a B.N.R. plus 8 puncte procentuale, care la data prezentei este în cuantum de 0,032%/zi întârziere, astfel cum rezultă din aplicarea Ordonanței nr. 13/2011, respectiv $3,75$ (dobânda de referința BNR aplicabila la data de astăzi) + 8 puncte = $11,75/365 = 0,032\%$ / zi întârziere.

- din simpla lecturare a dispozițiilor legale mai sus prezentată se poate observa că legiuitorul a statuat imperativ că în raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști dobânda penalizatoare reprezintă sancțiunea stabilită de părți prin contract, iar dobânda legală penalizatoare reprezintă sancțiunea stabilită de legiuitor potrivit art. 3 din Ordonanța Guvernului nr. 13/2011 pentru situația în care părțile nu au stabilit în contract dobânda penalizatoare (dispozițiile se aplică atât raporturilor dintre profesioniști cât și la raporturilor dintre autoritățile contractante și profesioniști);

- dispozițiile art. 14 lit. a) din Legea nr 72/2013 califică drept abuzivă clauza contractuală care stabilește dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare, iar neaplicarea/nerespectarea acestei dispoziții legale se sancționează cu nulitatea absolută pentru clauza nelegală care stabilește dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare;

- de asemenea, prin dispozițiile art. 1535 alin. (1) și 1536 din noul Cod Civil, legiuitorul a stabilit că, atât în cazul obligațiilor bănești cât și în cazul obligațiilor de a face, creditorul are dreptul, fără dovedirea vreunui prejudiciu, la o penalitate minimă prevăzută de dobânda legală penalizatoare, calculată conform dispozițiilor legale; prin urmare, sancțiunea minimă garantată de legiuitor pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate este dobânda legală penalizatoare, iar orice clauză care stabilește dobânda penalizatoare, respectiv clauza penală sub minimul dobânzii legale, este abuzivă și nelegală;

- ori, în speță, clauzele contractuale prevăzute de art. 9 lit. B) pct. 8 și art. 13.2 din contractul din contractul subsecvent de furnizare sunt abuzive și lovite de nulitate, întrucât dobânda penalizatoare

stabilită de autoritatea contractantă prin aceste clauze este de 0,02%/zi întârziere, respectiv sub dobânda legală penalizatoare de 0.032%/zi întârziere;

- la analiza situației prezentate, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere și Deciziile CNSC - anexate (în spețe similare) cu nr. 2126/./2372/18.06.2013; nr. 2976/... nr. 3068/./3377/28.08.2013 și nr. 3205/./3643/06.09.2013, în baza cărora Consiliul a dispus obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,01% și/sau 0,02% cu o penalitate/zi întârziere cel puțin egală cu dobânda legală penalizatoare, motivând prevederile legale aplicabile, respectiv art. 4, 8, 14 și 15 din Legea nr. 72/2013.

Cu referire la solicitarea privind obligarea autorității contractante la modificarea dispozițiilor art. 9. Lit. B) pct. 5 din contractul subsecvent prin eliminarea din cuprinsul acestora a următorului conținut : „ (...) cu precizarea că aceasta poate fi platibilă în condițiile în care CJAS ... achită lunar și la timp contravaloarea serviciilor medicale prezentate, validate și facturate de către spital. În cazul în care acest lucru nu se întâmplă sau există motive neimputabile autorității contractante, plata se va efectua, de comun acord eșalonat, conform unei înțelegeri scrise, agreeată de ambele părți”, întrucât sunt nelegale și abuzive, contestatorul precizează următoarele:

- potrivit OUG nr. 34/ 2006, autoritatea contractantă este emitentul documentației de atribuire și are puterea de a decide cu privire la condițiile impuse operatorilor economici, însă elaborarea acesteia trebuie să se facă cu respectarea dispozițiilor minime garantate de legiuitor și a principiilor prevăzute de art. 1 din ordonanța invocată;

- dispozițiile: „(...) cu precizarea că aceasta poate fi platibilă în condițiile în care CJAS ... achită lunar și la timp contravaloarea serviciilor medicale prezentate, validate și facturate de către spital. În cazul în care acest lucru nu se întâmplă sau există motive neimputabile autorității contractante, plata se va efectua, de comun acord eșalonat, conform unei înțelegeri scrise, agreeată de ambele părți”, din contractul subsecvent de furnizare sunt nelegale și netemeinice întrucât autoritatea contractantă nu achiziționează în numele altei autorități contractante (așa cum reiese și din prevederile cuprinse în documentația de atribuire la fișa de date a achiziției) și, în conformitate cu prevederile statuate de legiuitor, la art. 2 alin (2) lit. g) din OUG nr. 34/2006, aceasta este direct răspunzătoare pentru îndeplinirea obligațiilor stabilite prin

documentația de atribuire, respectiv prin contractul de furnizare de produse încheiat cu furnizorul;

- de asemenea, autoritatea contractantă nu are dreptul să condiționeze îndeplinirea obligației de plată din contractul subsecvent de furnizare încheiat cu furnizorul de primirea fondurilor necesare pentru îndeplinirea contractului de la CJAS Iași, deoarece Farmexpert DCI nu este parte în contractul dintre autoritatea contractantă (în calitate de furnizor de servicii medicale) și CJAS Iași, ci este un terț față de acest contract; pe cale de consecință nu îi este opozabil respectivul raport contractual;

- răspunderea pentru asigurarea fondurilor necesare achiziționării produselor ce fac obiectul contractelor de achiziție publice revine autorității contractante, așa cum prevede și art. 4 alin (1), (2), (3) și (4) din HG nr. 925 din 2006; mai mult decât atât, potrivit art. 67 alin. (3) din HG nr. 925/2006: „solicitarea autorității contractante, adresată operatorului economic pentru a furniza, se materializează prin încheierea unui contract subsecvent acordului-cadru”;

- prin urmare, la momentul semnării contractului subsecvent de furnizare, autoritatea contractantă are finanțarea necesară de la CJAS Iași pentru achitarea produselor achiziționate, astfel încât își poate asuma obligația de plată pentru produsele achiziționate în baza contractului de achiziție publică; autoritatea contractantă este obligată prin lege ca atât la momentul organizării procedurii de achiziție publică cât și la momentul perfectării contractului subsecvent să verifice existența fondurilor alocate, obligație cu caracter imperativ ce nu poate fi contestată și este de esența organizării procedurii de achiziție publică;

- în condițiile în care autoritatea contractantă a stabilit furnizorului un termen de furnizare, contestatorul consideră că este echitabil și corect ca și autoritatea contractantă să-și asume un termen de plată clar și determinat la care se obligă să achite furnizorului produsele livrate;

- principalele obligații ce revin părților într-un contract de furnizare sunt: livrarea de către furnizor a produselor stabilite și plata de către achizitor a produselor achiziționate de la furnizor;

- astfel, este de esența unui contract de furnizare ca pentru achiziționarea unor produse beneficiarul să achite prețul acestora; potrivit art. 1350 din noul cod civil: „*Orice persoana trebuie să își execute obligațiile pe care le-a contractat*”;

- la analiza situației prezentate, contestatorul invocă și Decizia CNSC nr. 2780/312../2805/01.07.2011 (într-o speță similară) în baza căreia Consiliul decis eliminarea dispozițiilor ce condiționează

termenul de plată, motivând că: „nicun operator economic nu poate fi obligat să accepte o prevedere contractuală potrivit căreia autoritatea contractantă nu îi poate garanta plata produselor furnizate la un anumit termen independent de acțiunea sau inacțiunea unui terț)” precum și Deciziile CNSC nr. 2514/... și 877/95 ./671/13.03.2013 prin care Consiliul a dispus eliminarea dispozițiilor prin care achizitorul condiționează termenul de plată funcție de acțiuni/inacțiuni ale CAS.

În vederea soluționării contestației depuse de SC FARMEXPERT DCI SRL, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 1537/.../... transmiterea dosarului achiziției, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, potrivit dispozițiilor art. 274 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Prin adresa nr. 931/28.01.2014, înregistrată la CNSC sub nr. 3077/30.01.2014, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând respingerea contestației din următoarele considerente:

- în adresa nr. 706/22.01.2014, privind răspunsul la solicitarea de clarificări, s-a acceptat modificarea dobânzii penalizatoare prevăzute pentru furnizor și pentru achizitor, la art. 9 lit.B pct.8 și art.13.2, respectiv art. 9 lit.A pct.2 și art.13.2, din contractul subsecvent de furnizare de produse de la 0,01% la 0,021% și nu la 0,036 % așa cum a solicitat contestatorul;

- în aplicarea art. 3 alin (2) din OG nr. 13/2011, privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești actualizată în conformitate cu Circulara nr. 1/2014 a BNR privind nivelul ratei dobânzii de referință a BNR, publicată în Monitorul Oficial partea I nr. 14/09.01.2014, coroborate cu art. 4 din Legea nr. 72/2013, care prevăd următoarele: „Art. 1 (3) Dobânda datorată de debitorul obligației bănești pentru neîndeplinirea obligației respective la scadență este denumită dobândă penalizatoare. Art. 3 (1) Rata dobânzii legale remuneratorii se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință a Băncii Naționale a României, care este rata dobânzii de politică monetară stabilită prin hotărâre a Consiliului de administrație al Băncii Naționale a României. (2) Rata dobânzii legale penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință plus 4 puncte procentuale. Începând cu data de 9 ianuarie 2014, nivelul ratei dobânzii de referință a Băncii Naționale a României este de 3,75% pe an. Art. 4 Lege nr. 72 din 28 martie 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 Dobânda legală penalizatoare. 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”;

- efectuând calculul următor, reiese ca dobânda penalizatoare minimă este de 0,021% pe zi întârziere: $3,75 + 4 = 7,75 / 365 = 0,0212$, autoritatea contractantă menționează că în legislația în domeniu nu apare prevăzută acea adaugare de 8 puncte procentuale la dobânda de referință a BNR, motiv pentru care nu înțelege pe ce se bazează contestatorul atunci când le invocă.

În concluzie, fiind o instituție publică a cărei finanțare depinde de ordonatorii principali de credite - CJAS Iași și Consiliul Județean ... autoritatea contractantă precizează că nu poate accepta o dobândă penalizatoare mai mare decât cea minimă prevăzută de lege și anume 0,022 în sensul majorării în plus.

În ceea ce privește modificarea dispozițiilor art. 9 lit.B pct. 5 din contractul subsecvent prin eliminarea din cuprinsul acestora a următorului conținut: „(...) cu precizarea că aceasta poate fi plătită în condițiile în care CJAS ... achită lunar și la timp contravaloarea serviciilor medicale prestate, validate și facturate de către spital. În cazul în care acest lucru nu se întâmplă sau există motive neimputabile autorității contractante, plata se va efectua, de comun acord eșalonat, conform unei înțelegeri scrise, agreeate de ambele părți” autoritatea contractantă precizează că menține această cerință, considerând că formularea este legală și acceptabilă și solicită respingerea acestei contestații din următoarele considerente:

- în conformitate cu prevederile noului cod civil, referitoare la cauzele exoneratoare de răspundere civilă contractuală:

- Art. 1352 *Fapta victimei sau a terțului. Fapta victimei înseși și fapta terțului* înlătură răspunderea chiar dacă nu au caracteristicile forței majore, ci doar pe cele ale cazului fortuit, însă numai în cazurile în care, potrivit legii sau convenției părților, cazul fortuit este exonerator de răspundere;
- ART. 5 Lege nr. 72 din 28 martie 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;

- Termenul contractual de plată

(1) În raporturile dintre profesioniști, termenul de plată nu poate fi mai mare de 60 de zile calendaristice. Prin excepție, părțile pot stipula în contract un termen de plată mai mare, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, potrivit art. 12.

(2) Părțile pot conveni efectuarea plății în mod eșalonat, în acest caz, dobânzile penalizatoare și celelalte despăgubiri prevăzute de prezenta lege se calculează prin raportare la suma scadentă.

- așadar, întrucât prezenta instituție nu este ordonator principal de credite, deși achiziționează în nume propriu, depinde în executarea obligațiilor sale contractuale de primirea finanțărilor necesare pentru plata datoriilor de la ordonatorii principali care sunt CJAS ... și Consiliul Județean Terțul în cauză nu este unul incert ci unul sigur și cunoscut, care acordă finanțare pentru serviciile medicale în baza unui contract cadru, dar finanțarea nu este acordată de la începutul anului ci eșalonat și există cazuri de întârziere, care nu pot fi imputabile unității sanitare. În aceasta situație autoritatea contractantă nu își poate executa obligațiile contractuale din cauze neimputabile;

- autoritatea contractantă precizează că și-a respectat și achitat, întotdeauna obligațiile contractuale față de furnizori, în măsura primirii fondurilor necesare de la ordonatorii de credite principali.

În dovada celor susținute, autoritatea contractantă invocă prevederile art.6 alin. 4 din Legea nr. 72/2013, prevederi în care legiuitorul se referă expres la instituțiile publice din domeniul sănătății și consideră aceste unități având un statut aparte. „Termenul legal de plată: 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)”.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că această clauza contractuală este legală și valabilă și solicită respingerea contestației și în privința acestui punct.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... a organizat, în calitate de autoritate contractantă, procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, organizată în

vederea atribuirii acordului cadru, încheiat cu maxim 3 agenți economici, pe o perioadă de 12 luni, având drept obiect: „Medicamente diverse”, cod CPV:, finanțat din „fonduri bugetare”, elaborând în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. ... conform căruia valoarea estimată a contractului este cuprinsă între 236.814,76 și 2.841.777,06 lei fără TVA.

Conform cap. IV.2.1) din fișa de date, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Examinând susținerile părților, probatoriul administrat și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Referitor la solicitarea contestatorului de „obligare a autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,02%/zi prevăzut în documentația de atribuire respectiv de dispozițiile art. 9 lit. B pct. 8 și art. 13.2 din contractul subsecvent de furnizare cu un cuantum de penalitate cel puțin egal cu dobânda legală penalizatoare, respectiv cu 0,32% / zi întârziere”, Consiliul reține următoarele:

- la art. 9 lit. B) pct. 8 din cadrul modelului de contract subsecvent de furnizare produse anexă la documentația de atribuire autoritatea contractantă a prevăzut faptul că „în cazul în care achizitorul nu își onorează obligațiile de plată în termen de 30 zile de la expirarea perioadei convenite la art. 5, atunci acestuia îi revine obligația de a plăti, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cota procentuală de 0,01% pentru fiecare zi de întârziere din plata neefectuată” iar în cadrul art. 13.2 a menționat faptul că „în cazul în care achizitorul nu onorează facturile în termenul prevăzut la clauza 11 acesta are obligația de a plăti, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă de 0,01% pe zi de întârziere din plata neefectuată, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor.”
- prin adresa nr. 132/21.04.2013 contestatorul formulează în temeiul prevederilor art. 78-79 din O.U.G. nr. 34/2006 o solicitare de clarificări, la care autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr.706/22.01.2014 postată pe SEAP la data de 22.01.2014 orele 13:31 prin care acceptă modificarea dobânzii penalizatoare prevăzute pentru furnizor la art. 9 lit. B) pct. 8 și la art. 13.2 din contractul subsecvent de furnizare de produse de la 0,01% la 0,21%.

Contestația este întemeiată pe prevederile Legii nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea

obligățiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, lege care transpune Directiva 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale, care se aplică și contractelor de achiziții publice încheiate în temeiul O.U.G. nr. 34/2006, în sensul că, în opinia contestatorului, sancțiunea minimă garantată de legiuitor pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale este dobânda legală penalizatoare, iar orice clauză care stabilește dobânda penalizatoare (în speță clauza penală) sub nivelul minim al dobânzii legale este abuzivă și nelegală, în conformitate cu prevederile art. 14 lit. a) din Legea nr. 72/2013.

- Regimul juridic al clauzei penale este reglementat în textul articolelor 1538-1543 (cartea V, titlul V, capitolul IV, secțiunea a IV-a din noul Cod civil), referiri la această instituție regăsindu-se și în cuprinsul altor articole: art. 1757 al. 2, art. 267 etc., astfel că, după cum îi spune și numele, clauza penală este o clauză contractuală prin care părțile stabilesc anticipat, de comun acord, o valoare forfetară (sau o alta prestație) care să fie platită de către partea care nu își va respecta o anumită obligație din contractul respectiv.

- Regimul juridic al dobânzii penalizatoare și respectiv al dobânzii legale penalizatoare este cel reglementat prin *Legea 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 nr. 72/2013*, act normativ emis în scopul transpunerii Directivei 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale și prin al cărui art. 1 alin. (1) se reglementează astfel: *„Prezenta lege se aplică creanțelor certe, lichide și exigibile, constând în obligații de plată a unor sume de bani care rezultă dintr-un contract încheiat între profesioniști sau între aceștia și o autoritate contractantă, contractul având ca obiect furnizarea de bunuri sau prestarea de servicii, inclusiv proiectarea și execuția lucrărilor publice, a clădirilor și a lucrărilor de construcții civile”*.

Prin urmare, tratamentul întârzierilor în efectuarea plăților în cadrul tranzacțiilor comerciale dintre profesioniști și o autoritate contractantă, derulate în cadrul contractelor de achiziție publică de furnizare, servicii și lucrări, constituie obiect al Legii nr. 72/2013 *privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea*

obligățiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, aceasta fiind legea specială care reglementează domeniul și care, în raport de principiul de drept specialia generalibus derogant, prevalează față de dreptul comun.

Astfel, în raport de dispozițiile art. 8 din Legea nr. 72/2013 potrivit căreia "(1) În raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști, creanța de plată constând în prețul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate produce dobânzi penalizatoare dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 3 alin. (1).

(2) Dobânda penalizatoare pentru plata cu întârziere curge de la termenul stipulat în contract sau, în cazul în care nu a fost stipulat în contract, de la expirarea termenelor prevăzute la art. 6 alin. (1), în condițiile dispozițiilor art. 1.535 din Legea nr. 287/2009, republicată, cu modificările ulterioare. Prevederile art. 4 se aplică în mod corespunzător", în condițiile în care legea specială face trimitere expresă la daunele moratorii reglementate de art. 1535 din NCC de maniera: "(1) În cazul în care o sumă de bani nu este plătită la scadență, creditorul are dreptul la daune moratorii, de la scadență până în momentul plății, în cuantumul convenit de părți sau, în lipsă, în cel prevăzut de lege, fără a trebui să dovedească vreun prejudiciu. În acest caz, debitorul nu are dreptul să facă dovada că prejudiciul suferit de creditor ca urmare a întârzierii plății ar fi mai mic. (2) Dacă, înainte de scadență, debitorul datora dobânzi mai mari decât dobânda legală, daunele moratorii sunt datorate la nivelul aplicabil înainte de scadență. (3) Dacă nu sunt datorate dobânzi moratorii mai mari decât dobânda legală, creditorul are dreptul, în afara dobânzii legale, la daune-interese pentru repararea integrală a prejudiciului suferit".

Regula curgerii de drept a dobânzilor în materie comercială este astfel extinsă de NCC, art. 1535, asupra tuturor raporturilor de drept privat pentru toate obligațiile bănești. Astfel, dacă obligația bănească nu este achitată la termenul stabilit pentru scadență, creditorul are dreptul la daune moratorii (daune pentru efectuarea cu întârziere a plății datorate) de la scadență până în momentul plății sau, în lipsă, în cel prevăzut de lege (dobânda legală), fără să fie să fie ținut să dovedească vreun prejudiciu, corelația dintre daunele-interese și dobânda legală fiind expres statuată și impusă în relațiile dintre profesioniști și autoritățile contractante de Legea nr. 72/2013 și prevederile art. 1535 alin. 3 din NCC.

Astfel, impunerea, de către autoritatea contractantă, a unor penalități inferioare dobânzii legale penalizatoare este o clauză

calificată de art. 14 lit. a) din Legea nr. 72/2013 ca fiind o clauză abuzivă, care conform art. 15 din același act normativ este supusă sancțiunii de nulitate absolută.

În cadrul răspunsului la clarificări și a punctului de vedere formulat, autoritatea contractantă a invocat și citat prevederile art. 3 în mod fracționat, fără să țină cont de prevederile art. 3 alin. (2¹) din O.G. nr. 13/2011, prevederi introduse prin cap. VIII - Completarea unor acte normative incidente, art. 20 din Legea nr. 72/2013 începând cu 05.04.2013, și care prevede în mod expres și imperative faptul că *„în raporturile dintre profesioniști și între aceștia și autoritățile contractante, dobânda legală penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință plus 8 puncte procentuale”*

Potrivit prevederilor art. 1535 alin. (1) din Noul Cod Civil, în cazul obligațiilor bănești, creditorul are dreptul, fără dovedirea vreunui prejudiciu, la o penalitate minimă prevăzută de dobândă legală penalizatoare, calculată conform dispozițiilor legale.

Prin urmare, din transpunerea normelor legale precitate la cazul concret deferit Consiliului, se constată că autoritatea contractantă avea obligația de a prevedea, în modelele de acord-cadru, respectiv contract subsecvent, faptul că orice creanță de plată constând în prețul medicamentelor livrate, produce dobânzi penalizatoare, al căror nivel nu poate fi inferior ratei dobânzii de referință plus 8 puncte procentuale.

Clauzele în cauză însă, așa cum s-a arătat, consacră obligația autorității de a plăti furnizorului creditor penalități în cuantum de 0,02% pe zi de întârziere, din plata neefectuată, însă acest cuantum se vedește a fi inferior celui prescris imperativ de legiuitor.

Față de aceste aspecte, Consiliul va admite această critică.

Referitor la solicitarea contestatorului de a modifica dispozițiile art. 9 lit. B) pct. 5 din contractul subsecvent prin eliminarea din cuprinsul acestora a conținutului *„cu precizarea ca aceasta poate fi plătită în condițiile în care CJAS ... achită lunar și la timp contravaloarea serviciilor medicale prezentate, validate și facturate de către spital. În cazul în care acest lucru nu se întâmplă sau există motive neimputabile autorității contractante, plata se va efectua, de comun acord eşalonat, conform unei înțelegeri scrise, agreată de ambele părți”*, Consiliul reține faptul că autoritatea contractantă a prevăzut în cadrul contractului subsecvent la pct. 4.3. faptul că *„achizitorul se obligă să plătească furnizorului prețul convenit pentru îndeplinirea contractului de furnizare în 60 zile de*

la emiterea facturii, pretul fiind ferm pe toata perioada derularii contractului”.

Cu toate acestea, Consiliul reține că autoritatea contractantă la art. 9 lit. B) pct. 5 din contractul subsecvent, face o completare legată de aceste obligații ale sale, prin care condiționează plata funcție virarea sumelor de către Casa Județeană de Asigurări de Sănătate.

Prin introducerea acestei completări, reconfirmată de autoritatea contractantă prin răspunsul la solicitările de clarificări, Consiliul constată că, în fapt, autoritatea contractantă nu are stabilit un termen maxim de plată, asumat de către aceasta drept clauză stabilită prin contract.

O asemenea conduită contravine dispozițiilor art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, care prevăd obligația autorității contractante de asigurare a unei informări complete, corecte și explicite a operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire.

Procedând astfel autoritatea contractantă a încălcat principiile care stau la baza achizițiilor publice, stipulate la art. 2 alin. (2) din ordonanța evocată, în ceea ce privește asumarea răspunderii, precum și pe cel al proporționalității având în vedere că a stabilit un termen maxim de livrare (de 5 zile) pentru prestator, fără ca, în calitate sa de beneficiar să-și asume un termen maxim de plată. Ori, lipsa asumării unui termen de plată maxim conduce la o lipsa de efect a clauzei referitoare la sancțiunile aplicate achizitorului pentru neplata facturilor.

Separat de cele de mai sus, este de reținut aspectul că autoritatea contractantă nu poate condiționa plata către furnizori de acțiunea/inacțiunea unui terț, Casa Națională de Asigurări de Sănătate, care nu va fi parte a acordului-cadru ce se va încheia.

Pentru toate aceste motive, Consiliul consideră necesară eliminarea atât din conținutul contractului subsecvent a acestor clauzele.

Raportat la cele reținute în motivare Consiliul, în temeiul prevederilor art. 278 alin. (2) și (4) din O.U.G. nr. 34/2006 va admite contestația formulată deîn contradictoriu cu ... urmând ca pe cale de consecință, să dispună modificarea documentației de atribuire potrivit celor reținute în motivare, în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul art. 278 alin. (6) din O.U.G. nr. 34/2006, va dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea celor decise anterior.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

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