



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980

Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. 959/31.03.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 11651/03.04.2017, formulată de, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., C.U.I. RO, reprezentată legal de director general ., prin consilier juridic, împotriva documentației de atribuire elaborată de, cu sediul în municipiul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată pe loturi, în vederea atribuirii acordului-cadru de furnizare având ca obiect **„Medicamente din cadrul P.N. de boli neurologice –subprogr. de tratament al sclerozei multiple”**, cod CPV – 33661700-8 Alte medicamente pentru sistemul nervos (Rev.2), s-a solicitat următoarele:

„1. Obligarea autorității contractante la modificarea dispozițiilor din documentația de atribuire, inclusiv fișa de date și dispozițiile art. 17.1 din contractul subsecvent, potrivit cărora obligația de plată a achizitorului este «...în funcție de validarea facturilor depuse în vederea decontării de către autoritatea contractantă la CAS, care se realizează în termen de 30 zile de la data depunerii documentelor justificative și după decontarea contravalorii facturii prezentate la CAS, decontare care se realizează în termen de până la 60 zile calendaristice de la data depunerii facturilor în vederea validării lor ...», cu dispoziții potrivit cărora achizitorul se obliga să plătească produsele recepționate în termen de 60 de zile de la primirea facturii conform dispozițiilor imperative ale art. 6 alin. (4) din Legea nr. 72/2013.

2. Obligarea autorității contractante la modificarea cuantumului de penalitate prevăzut de art. 22.2 din contractul subsecvent de furnizare de la 0,02% la cuantumul de penalitate minim legal, respectiv dobânda legală de 0,027%/zi întârziere.

3. Obligarea autorității contractante la eliminarea următorului conținut din cuprinsul art. 22.2 din contractul subsecvent privind clauza penală aplicat achizitorului «... cu excepția prevederilor clauzei 21.2, în cazul în care furnizorul nu respecta termenul de notificare».

4. Pe cale de consecință, obligarea autorității contractante la emiterea documentației aferentă procedurii de achiziție cu respectarea condițiilor stabilite de dispozițiile legale în materie și prin remedierea actelor care afectează aceasta procedură”.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația nr. 959/31.03.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 11651/03.04.2017, SC SRL critică documentația de atribuire, elaborată de, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată pe loturi, în vederea atribuirii acordului-cadru de furnizare, având ca obiect **„Medicamente din cadrul P.N. de boli neurologice –subprogr. de tratament al sclerozei multiple”**, solicitând următoarele:

„1. Obligarea autorității contractante la modificarea dispozițiilor din documentația de atribuire, inclusiv fișa de date și dispozițiile art. 17.1 din contractul subsecvent, potrivit cărora obligația de plată a achizitorului este «...în funcție de validarea facturilor depuse în vederea decontării de către autoritatea contractantă la CAS, care se realizează în termen de 30 zile de la data depunerii documentelor justificative și după decontarea contravalorii facturii prezentate la CAS, decontare care se realizează în termen de până la 60 zile calendaristice de la data depunerii facturilor în vederea validării lor...», cu dispoziții potrivit cărora achizitorul se obliga să plătească produsele recepționate în termen de 60 de zile de la primirea facturii conform dispozițiilor imperative ale art. 6, alin. (4) din Legea nr. 72/2013.

2. Obligarea autorității contractante la modificarea cuantumului de penalitate prevăzut de art. 22.2 din contractul subsecvent de furnizare de la 0,02% la cuantumul de penalitate minim legal, respectiv dobânda legală de 0,027%/zi întârziere.

3. Obligarea autorității contractante la eliminarea următorului conținut din cuprinsul art. 22.2 din contractul subsecvent privind clauza penală aplicat achizitorului «... cu excepția prevederilor clauzei 21.2, în cazul în care furnizorul nu respecta termenul de notificare».

4. Pe cale de consecință, obligarea autorității contractante la emiterea documentației aferentă procedurii de achiziție cu respectarea condițiilor stabilite de dispozițiile legale în materie și prin remedierea actelor care afectează aceasta procedură”.

Expunând situația de fapt, contestatoarea menționează că, prin art. 17.1 din contractul subsecvent, autoritatea contractantă a stabilit următoarele condiții privind termenul de plată: „17.1 Furnizorul este de acord ca plata să se facă astfel: În funcție de validarea facturilor depuse

în vederea decontării de către autoritatea contractantă CAS, care se realizează în termen de 30 de zile de la data depunerii documentelor justificative și după decontarea contravalorii facturii prezentate la CAS, decontarea care se realizează în termen de până la 60 de zile calendaristice de la data depunerii facturilor în vederea validării lor”, aceleași dispoziții fiind prevăzute și în fișa de date, la pct. IV.4.2 „Modul de prezentare a propunerii tehnice”.

Se mai arată că, prin art. 22.2 din contractul subsecvent, autoritatea contractantă a stabilit următoarele condiții privind clauza penală aplicabilă achizitorului: „22.2 – În cazul în care achizitorul nu onorează facturile în termenul prevăzut la clauza 17.1, acesta are obligația de a plăti, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală din plata neefectuată. Cota procentuală este de 0,025 pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor, cu excepția prevederilor clauzei 21.2, în cazul în care furnizorul nu respectă termenul de notificare”.

SC SRL precizează că, în data de 16.03.2017, în conformitate cu dispozițiile art. 6 și urm. din Legea nr.101/2016, a înaintat autorității contractante, în termen legal, Notificarea prealabilă nr. 676, prin care a solicitat remedierea documentației de atribuire, prin:

„1. Modificarea dispozițiilor din documentația de atribuire ce stabilesc termenul de plată, inclusiv dispozițiile art. 17.1 din contractul subsecvent în sensul stabilirii termenului de plată de 60 de zile, conform dispozițiilor imperative ale art. 6 alin. (4) din Legea nr. 72/2013, astfel încât să aibă următorul conținut: «Achizitorul se obligă să plătească prețul produselor către furnizor în termen de 60 zile calendaristice de la data primirii facturii»”.

2. Modificarea art. 18.1 din contractul subsecvent privind ajustarea privind actualizarea prețurilor prin eliminarea dispozițiilor potrivit cărora «Pe perioada derulării contractului subsecvent prețurile rămân nemodificate» și înlocuirea acestora cu dispoziții ce permit ajustarea prețurilor în condițiile prezentate la art. 7.1 din acordul-cadru, respectiv «... Pe perioada derulării contractului subsecvent, prețurile se ajustează în funcție de prețurile de decontare din Normele Tehnice în vigoare pentru Programele Naționale de Sănătate, conform formulei de mai jos: $P_{nou} = P_{vechi} \text{ (adjudecat în urma licitației)} \times P_{nou} \text{ din norme} / P_{vechi} \text{ din norme/momentul deschiderii ofertelor}$, unde: $P = \text{preț}$ ».

3. Modificarea art. 22.1 din contractul subsecvent în sensul stabilirii aplicării cotei de penalitate la valoarea obligației neexecutată, a.i. acest articol să aibă următorul conținut: «22.1. - În cazul în care, din vina sa exclusivă, furnizorul nu reușește să își îndeplinească obligațiile asumate prin contract, achizitorul are dreptul de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală de 0,02% /zi, din valoarea obligației neexecutate».

4. Modificarea quantumului de penalitate prevăzut la art. 22.2 din subsecvent de furnizare de la 0,02% la quantumul de penalitate minim legal, respectiv dobânda legală de 0,027%/zi întârziere.

5. *Eliminarea următorului conținut din cuprinsul art. 22.2 privind clauza penală aplicabilă achizitorului «... cu excepția prevederilor clauzei 21.2, în cazul în care furnizorul nu respectă termenul de notificare»*”.

Contestatoarea precizează că, în data de 21.03.2017, prin adresa nr. 4945, autoritatea contractantă a răspuns favorabil doar solicitărilor de la pct. 2 și 3, refuzând solicitările SC SRL referitoare la modificarea dispozițiilor ce stabilesc termenul de plată din documentația de atribuire (inclusiv fișa de date și art. 17.1 din contractul subsecvent) și art. 22.2 din contractul subsecvent.

1. Cu privire la capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la modificarea dispozițiilor din documentația de atribuire, inclusiv fișa de date și dispozițiile art. 17.1 din contractul subsecvent, cu dispoziții potrivit cărora achizitorul se obligă să plătească produsele recepționate în termen de 60 de zile conform dispozițiilor imperative ale art. 6 alin. (4) din Legea nr. 72/2016, petenta menționează că, în raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști, termenul legal de plată este cel reglementat prin actul normativ invocat conform căruia *„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 profesioniștii este de cel mult 60 de zile calendaristice”*.

Din analiza documentației de atribuire, petenta susține că rezultă faptul că autoritatea contractantă nu își asumă un termen de plată pentru plata produselor achiziționate, întrucât stabilește că obligația de plată să fie în raport de: *„(...) validarea facturilor depuse în vederea decontării de către autoritatea contractantă la CAS, care se realizează în termen de 30 de zile de la data depunerii documentelor justificative și după decontarea contravalorii facturii prezentate la CAS, decontare care se realizează în termen de până la 60 zile calendaristice de la data depunerii facturilor în vederea validării lor”*, argumentare care, în opinia petentei, încalcă principiile instituite prin art. 2 alin. (2) lit. e) și f) din Legea nr. 98/2016.

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă nu are dreptul să condiționeze realizarea obligațiilor ce îi revin prin contractul de furnizare încheiat cu furnizorul de o acțiune realizată de CAS, care nu este parte și nu va fi parte în acordul-cadru și/sau contractele subsecvente, fiind un terț căruia nu îi este opozabil raportul contractual, iar potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) - (4) din H.G. nr. 395/2016, răspunderea pentru asigurarea fondurilor necesare achiziționării produselor ce fac obiectul contractelor de achiziție publică revine autorității contractante.

În sprijinul susținerilor sale, autoarea contestației invocă Decizia C.N.S.C. nr. 2780/312 C10/2805 din 01.07.2011, emisă într-o speță similară, prin care Consiliul a decis eliminarea sintagmei ce se regăsește în cuprinsul dispozițiilor contractuale mai sus prezentate, reținând că *„niciun 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 Consiliului nr.

2514/C11/2972 din 01.08.2012 și nr.877/95C9/671 din 13.03.2013, prin care Consiliul a în același sens.

2. Cu privire la cererea de obligare a autorității contractante la modificarea cuantumului de penalitate prevăzut de art. 22.2 din contractul subsecvent de furnizare, de la 0,02%, la cuantumul de penalitate minimă legală, constituită de dobânda legală de 0,027%/zi întârziere, petenta invocă următoarele aspecte:

- în raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști penalitatea pentru neîndeplinirea obligațiilor este prevăzută de Legea nr. 72/2013, art. 8 „*Dobânzi penalizatoare*” coroborat cu dispozițiile art. 4 din același act normativ, pe care le citează;

- potrivit art. 3 alin. (2)¹ din Ordonanța nr. 13/2011, dobânda legală penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință a B.N.R. plus 8 puncte procentuale, care la data contestației este în cuantum de 0,030%/zi întârziere.

Astfel, contestatoarea apreciază că legiuitorul a statuat imperativ faptul 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 O.G. nr. 13/2011 pentru situația în care părțile nu au stabilit în contract dobânda penalizatoare (dispozițiile se aplică atât raporturilor dintre profesioniști, cât și raporturilor dintre autoritățile contractante și profesioniști).

Menționând că dispozițiile art. 14 lit. a) din Legea nr. 72/2013 califică drept abuzivă clauza contractuală care stabilește dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare, petenta arată că neaplicarea/nerespectarea respectivei dispoziții legale este sancționată cu nulitatea absolută a clauzei nelegale care stabilește dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare, sens în care invocă și dispozițiile art. 1535 alin. (1) și 1536 din C.civ. conform cărora, 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.

În raport de cele expuse, SC SRL apreciază că sancțiunea minimă garantată de legiuitor pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate este dobânda legală penalizatoare, iar orice clauză care stabilește dobânda penalizatoare sub nivelul minim reglementat, precum stabilirea clauzei penale sub minimul dobânzii legale, este clauză abuzivă, fiind vorba despre clauza contractuală 22.2 din contractul subsecvent care impune dobânda penalizatoare la 0,02%/zi întârziere, sub cuantumul minim legal de penalitate reglementat prin dobânda legală penalizatoare, de 0,027%/zi întârziere.

În sprijinul susținerilor sale, contestatoarea invocă mai multe decizii ale Consiliului (nr. 2126/C4/2372 / 18.06.2013, nr. 2976/C1/3376 / 21.08.2013, nr. 3068/C6/3377 / 28.08.2013, nr. 3205/C6/3643 / 06.09.2013, nr. 395/C1/221 / 07.02.2014 și nr. 2296/C1/2592/ 27.12.2016), prin care s-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.

3. Cu privire la cererea de obligare a autorității contractante la eliminarea din cuprinsul art. 22.2 privind clauza penală aplicată achizitorului a mențiunii „(...)”, cu excepția prevederilor clauzei 21.2, în cazul în care furnizorul nu respecta termenul de notificare”, contestatoarea arată că, 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, (...)”, iar conform dispozițiilor art. 1535 din C.civ., în raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști creanța de plată constând în prețul bunurilor livrate produce dobânzi penalizatoare în cazul în care creditorul nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale, de la data scadenței și până la momentul plății, fapt pentru care, în opinia petentei, obligația de plată a penalităților de întârziere nu este condiționată de îndeplinirea vreunei condiții și/sau transmiterea/netransmiterea unei notificări.

Astfel, contestatoarea apreciază că dispoziția contractuală „(...)”, cu excepția prevederilor clauzei 21.2, în cazul în care furnizorul nu respectă termenul de notificare”, impusă de autoritatea contractantă prin art. 22.2 din contractul subsecvent, este abuzivă și lovită de nulitate, întrucât exclude posibilitatea aplicării de dobânzi penalizatoare, deși art. 21.1 din contractul subsecvent nu cuprinde dispoziții privind obligația furnizorului de a respecta un termen de notificare.

În drept, au fost invocate prevederile Legii nr. 98/2016, H.G. nr. 395/2016 și Legea nr. 101/2016.

În probațiune, au fost depuse, în copie, un set de documente.

Prin punctul de vedere nr. 5824/03.04.2017, înregistrat la Consiliu sub nr. 12268/05.04.2017, în contradictoriu cu contestația formulată de SC SRL, autoritatea contractantă menționează:

1. Consideră că petenta a interpretat în mod eronat dispozițiile art. 17.1 din contract, în sensul ca „nu își asumă un termen de plată și că ar condiționa o realizare a obligațiilor din contractul de furnizare de acțiunea unui terț”, deoarece autoritatea contractantă și-a asumat un termen de plată, doar că acesta a fost stabilit „în virtutea dispozițiilor legale speciale prevăzute de normele legislative care stabilesc în mod imperativ și clar aceste aspecte”, constituite de Norma tehnică de realizare a programelor naționale de sănătate curativă pentru anii 2015-2016, modificată prin Ordinul nr. 113/2017, în cadrul căruia, la art. 24(1) alin. 2 se prevede modalitatea de decontarea a sumelor ce urmează a fi plătite de către autoritățile contractante către furnizorii de medicamente în cadrul programelor de sănătate.

Autoritatea contractantă mai precizează că o factura emisă către achizitor în luna curentă poate fi transmisă către CAS doar în luna următoare, pentru a fi supusă procedurii de validare/decontare în termenul prevăzut de Norme, în cadrul tipurilor de contracte care intră sub incidența unor norme speciale neputându-se pune problema de asigurare a fondurilor necesare achiziționării

produselor, întrucât acest gen de plăți către furnizori intră sub incidența condițiilor speciale care sunt „adeverate excepții de la regula comună”.

În opiniaui, ar fi inechitabil ca, în condițiile în care plata către furnizori, în termenul stabilit de contract, nu reprezintă o acțiune de rea-credință din partea autorității contractante, ci strict o derogare de la lege, acest gen de plăți intrând sub incidența unor dispoziții speciale, să fie obligat la plata de penalități de întârziere.

Autoritatea contractantă precizează că, în fapt, pe lângă termenul de 60 zile, a prevăzut încă un termen de 30 zile, care nu reprezintă altceva decât modalitatea prin careui îi este, la rândul său, decontată contravaloarea produselor achiziționate de la furnizor de către Casa de Sanatate, astfel, în ipoteza în care termenul de drept comun de 60 zile, ar fi depășit datorita modalității de decontare a acestor facturi de către CAS, modalitate prevăzută la rândul său în dispoziții speciale, contravaloarea penalităților la care autoritatea contractantă ar fi obligată ar constitui o sancțiune neimputabilă acesteia, producându-i astfel un dezechilibru financiar perpetuu.

2. Referitor la criticile privind cuantumul penalitatilor din cuprinsul art. 22.2 din contract, autoritatea contractantă opinează că acestea trebuie interpretate prin prisma dispozițiilor art. 13 din Legea nr. 72/2013, susținând că, prin stabilirea cuantumului, nu a încălcat dispozițiile legale invocate, încât clauza să poată fi considerată abuzivă, cu atât mai mult cu cât nivelul de penalitate este prevăzut atât în sarcina sa, cât și în sarcina furnizorului, fiind astfel respectate și principiile prevăzute de art. 2 din Legea nr. 98/2016.

3. Privitor la solicitarea petentei de obligare a autorității contractante la eliminarea din cuprinsul clauzei 22.2 a mențiunii „(...) cu excepția prevederilor clauzei 21.2, în cazul în care furnizorul nu respecta termenul de notificare”, autoritatea contractantă susține că respectiva excepție o exonerează de plata penalităților de întârziere în situația în care livrarea produselor s-a realizat cu întârziere fără ca instituția să fie înștiințată de aceste aspecte și să se încheie un act adițional în acest sens.

În probațiune, au fost depuse, în copie certificată, o parte din documentele dosarului achiziției publice.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și cele atașate anunțului de participare publicate în SEAP și din susținerile părților, Consiliul constată următoarele:

, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată pe loturi, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „**Medicamente din cadrul P.N. de boli neurologice - subprogr. de tratament al sclerozei multiple**”, cod CPV – 33661700-8 - Alte medicamente pentru sistemul nervos (Rev.2), publicând în SEAP anunțul de participare nr. 173649/08.03.2017, atașat căruia a fost publicată și documentația de atribuire.

Valoarea estimată a acordului-cadru de furnizare este cuprinsă între 7.3649.149,36 lei și 27.576.343,3 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Considerând că o parte din prevederile documentației de atribuire sunt nelegale, după parcurgerea procedurii de notificare prealabilă a autorității contractante, SC SRL a depus, în termen legal, contestația ce constituie obiect al prezentei analize.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Deși formulează mai multe cereri, din conținutul contestației, rezultă că SC SRL critică doar următoarele prevederi ale documentației de atribuire:

- clauza 17.1 din proiectul de contract subsecvent și prevederea fișei de date - sub aspectul stabilirii termenului de plată a facturilor;

- clauza 22.2 din același proiect de contract, sub aspectul cuantumului penalităților de întârziere în îndeplinirea obligațiilor contractuale și al impunerii unei obligații de notificare din partea furnizorului în raport de care să înceapă calculul timpului de percepere a penalităților de întârziere.

În analiza criticilor petentei, Consiliul are în vedere conținutul clauzei 17.1 din proiectul de contract subsecvent – „17.1 FURNIZORUL este de acord ca plata să se facă astfel: **In funcție de validarea facturilor depuse în vederea decontării de către autoritatea contractantă la CAS, care se realizează în termen de 30 zile de la data depunerii documentelor justificative și după decontarea contravalorii facturii prezentate la CAS, decontare care se realizează în termen de până la 60 zile calendaristice de la data depunerii facturilor în vederea validării lor**” și prevederea pct. IV.4.2) „Modul de prezentare a propunerii financiare” al fișei de date conform căreia: „**Termenul de plată al produselor este în funcție de validarea facturilor depuse în vederea decontării de către autoritatea contractantă la CAS, care se realizează în termen de 30 zile de la data depunerii documentelor justificative și după decontarea contravalorii facturii prezentate la CAS, decontare care se realizează în termen de până la 60 zile calendaristice de la data depunerii facturilor în vederea validării lor.** La întocmirea ofertei se va lua în considerare cursul euro cu 5 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor. Propunerea financiară va fi făcută în lei”.

Clauza 22.2 din proiectul de contract prezintă conținutul: „22.2. – În cazul în care achizitorul nu onorează facturile în termenul prevăzut la clauza 17.1, acesta are obligația de a plăti, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală din plata neefectuată. **Cota procentuală este de 0,02% pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor, cu excepția prevederilor clauzei 21.2, în cazul în care furnizorul nu respecta termenul de notificare**”, prevederile referitoare la notificarea invocată fiind formulate la clauza 21.2. astfel: „21.2. - Dacă pe parcursul îndeplinirii contractului furnizorul **nu respectă termenul de livrare**, acesta are

obligatia de a notifica, cu minim 24 de ore inainte de data urmatoarei livrari, achizitorului; Modificarea datei/perioadelor de furnizare asumate în formularul de comanda se face cu acordul părților, prin act adițional”.

Preliminar, Consiliul reține că petenta se află în eroare când afirmă că prevederea **„cu exceptia prevederilor clauzei 21.2, în cazul în care furnizorul nu respecta termenul de notificare”** ar impune o obligație de notificare în raport de care să fie condiționată obligația de plată a penalităților de întârziere, de natură a avantaja autoritatea contractantă, deoarece referirea la clauza 21.2 vizează o opțiune de stabilire prin acord comun, materializat în emiterea și semnarea unui act adițional la contract, pentru eventuale situații în care furnizorul s-ar afla în situația de a nu putea respecta termenul de livrare, modificarea respectivului termen fiind condiționată de **notificarea** furnizorului asupra imposibilității sale de respectare a termenului de livrare, act care trebuie înaintat autorității contractante cu minimum 24 de ore înainte de data livrării.

Astfel, notificarea imposibilității de încadrare în termenul de livrare este un demers în favoarea furnizorilor, care sunt absolviți de la plata penalităților de întârziere sub condiția notificării imposibilității de livrare cu minimum 24 de ore înainte de termenul limită de livrare și astfel, doar în lipsa notificării și, implicit, a încheierii actului adițional, aplicarea penalităților va fi efectuată pentru fiecare zi de întârziere a livrărilor față de data stabilită prin comandă și contract, critica petentei, invocată în sens fundamental diferit față de conținutul documentației de atribuire fiind neîntemeiată.

În analiza termenului de plată a facturilor prevăzut prin clauza 17.1 din proiectul de contract subsecvent și pct. IV.4.2) **„Modul de prezentare a propunerii financiare”** al fișei de date de maniera **„In functie de validarea facturilor depuse în vederea decontarii de catre autoritatea contractanta la CAS, care se realizeaza în termen de 30 zile de la data depunerii documentelor justificative si dupa decontarea contravalorii facturii prezentate la CAS, decontare care se realizeaza în termen de pana la 60 zile calendaristice de la data depunerii facturilor în vederea validarii lor”**, Consiliul se va raporta la dispozițiile Legii nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, prin care, la art. 6 alin. (4), se reglementează 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, care se calculează potrivit prevederilor alin. (1)”**, termenul de 60 de zile calculându-se **„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”.

Prin urmare, condiționarea autorității contractante de plată a sumelor datorate de **„validarea facturilor de catre CAS”**, impunerea unui termen de **„pana la 60 zile calendaristice de la data depunerii facturilor in vederea validarii lor”**, validare care s-ar produce într-un **„termen de 30 zile de la data depunerii documentelor justificative si dupa decontarea contravalorii facturii prezentate la CAS”**, luându-și astfel libertatea unui termen nedefinit pentru depunerea documentelor justificative la Casa Națională de Sănătate, este o clauză abuzivă de natura celor reglementate de art. 14 lit. d) din Legea nr. 72/2013 – *„Clauze calificate de lege ca abuzive – d) fixează, în contractele dintre profesioniști și autorități contractante, un termen de plată mai mare decât cel prevăzut la art. 7 alin. (1)”*, clauză care este lovită de nulitate absolută conform dispozițiilor art. 15 alin. (1) din același act normativ.

Sușținerile autorității contractante conform cărora Norma tehnică de realizare a programelor naționale de sănătate curativă pentru anii 2015-2016, modificată prin Ordinul nr. 113/2017, ar constitui norme speciale care sunt *„adevarate excepții de la regula comună”*, iar plata către furnizori, în termenul stabilit de contract, nu reprezintă o acțiune de re-credință din partea autorității contractante, ci strict o derogare de la lege, acest gen de plăți intrând sub incidența unor dispoziții speciale, reprezintă o adevărată *„pledoarie”* spre situare a sa deasupra legii prin înfrângerea dispozițiilor art 16 alin. (2) din Constituția României – *„Nimeni nu este mai presus de lege”*, legislația secundară și terțiară în domeniul programelor naționale de sănătate neputând edicta decât în sensul punerii în executare în concret a legii și nicidecum a institui *„adevarate excepții de la regula comună”*, cum eronat susține autoritatea contractantă.

În fapt, sușțineri de genul celor invocate de autoritatea contractantă sunt menite a asigura doar o stare de confort a funcționarilor din sistemul de sănătate cu atribuții în domeniul administrativ privind activitățile de recepție a produselor/serviciilor, întocmire a documentelor justificative aferente obligațiilor de plată, colaborarea cu CNS, execuția bugetară etc., fiind de notorietate starea precară a asigurărilor tehnico-materiale din unitățile spitalicești, în condițiile în care, la achiziționarea unui număr apreciabil de soluții și platforme informatice din întreg sistemul medical, justificările de oportunitate au fost constituite de argumentări în sensul eficientizării activității, printre altele, și prin scurtarea parcursurilor birocratice ale documentelor, fiind de neînțeles cum, la peste 4 ani de la intrarea în vigoare a legislației naționale de transpunere a legislației europene în materia combaterii întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante,să impună clauze contractuale abuzive prin invocarea unei imaginate *„adevarate excepții de la regula comună”*.

Prin urmare, prevederile clauzei 17.1 din proiectul de contract subsecvent și cea a pct. IV.4.2) „Modul de prezentare a propunerii financiare” referitoare la termenele de plată se vor anula, iar autoritatea contractantă va fi obligată la reformularea acestora în acord cu legislația în materia combaterii întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante.

Cu privire la cuantumul penalităților de întârziere în îndeplinirea obligațiilor contractuale, prevăzut în cadrul clauzei 22.2 din proiectul de contract, la nivelul de **de 0,02% pentru fiecare zi de întârziere** în îndeplinirea obligațiilor contractuale, referitor la care contestatoarea susține că este mai mic decât cuantumul minim legal constituit de dobânda legală penalizatoare, care, la momentul inițierii procedurii era la nivelul de 0,027%/zi întârziere, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 14 lit. a) din Legea nr. 72/2013 conform căroră „Sunt **calificate ca abuzive**, nefiind necesară verificarea existenței circumstanțelor prevăzute la art. 13 sau a altor circumstanțe specifice cauzei, **clauzele contractuale** care: a) **exclud posibilitatea aplicării de dobânzi penalizatoare sau stabilesc dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare**”, precum și susținerile autorității contractante conform căroră nivelul cuantumului penalităților de întârziere trebuie interpretate prin prisma dispozițiilor art. 13 din Legea nr. 72/2013 și astfel clauza nu poate fi considerată abuzivă, cu atât mai mult cu cât nivelul de penalitate este prevăzut atât în sarcina sa, cât și în sarcina furnizorului, constatând că autoritatea contractantă se află, din nou, în eroare, prin faptul că a ignorat dispozițiile legale invocate, deși art. 14 lit. a) din lege prevede expres că este abuzivă clauza prin care se „**stabilesc dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare**”, fără a fi necesară verificarea existenței circumstanțelor **prevăzute la art. 13** din același act normativ.

Prin urmare, autoritatea contractantă va fi obligată la reformularea clauzei 22.2 din proiectul de contract în sensul respectării întocmai a dispozițiilor Legii nr. 72/2013 privind dobânda legală penalizatoare.

Întrucât nicio persoană interesată nu a solicitat dispunerea măsurii provizorii de suspendare a procedurii conform dispozițiilor art. 22 din Legea nr. 101/2016 și văzând extrasul SEAP cu privire la stadiul derulării procedurii de atribuire din care rezultă că autoritatea contractantă a anulat procedura de atribuire a loturilor nr. 2 și nr. 3, iar pentru lotul nr. 1 au fost depuse oferte care se află în etapa de „**evaluare tehnică**”, constatând că în cauză nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii, Consiliul, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația și va dispune anularea procedurii de atribuire.

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art.28 alin.(1) din același act normativ.

Pentru cele constatate,

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de, cu sediul în, în contradictoriu cu, cu sediul în municipiul și dispune anularea procedurii de atribuire.

Obligatorie.

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