

DI Octavian CALMÎC
Viceprim-ministru,
Ministru al Economiei

Nr. 24 din 14.07.2017

Ref: Penalități excesive în contractele de achiziții publice centralizate de medicamente și dispozitive medicale

Prin prezenta scrisoare, dorim să aducem atenției Dvs. subiectul reglementărilor actuale în materia achizițiilor publice de medicamente și alte produse de uz medical, în particular caracterul disproporționat al cuantumului penalităților impuse în sarcina furnizorilor de medicamente și dispozitive medicale.

Astfel, prin *Hotărârea de Guvern cu privire la Centrul pentru achizițiile publice centralizate în sănătate, nr. 1128 din 10.10.2016*, a fost aprobat inclusiv Contractul-model de achiziții publice de medicamente, alte produse de uz medical și dispozitive medicale, expus în anexa la *Regulamentul privind achiziționarea de medicamente, alte produse de uz medical și dispozitive medicale pentru necesitățile sistemului de sănătate*.

Acest contract-model impune următoarele clauze penale pentru părți:

„9.8. Pentru refuzul de a vinde Bunurile prevăzute în prezentul Contract, Vânzătorul suportă o penalitate în valoare de 50% din suma Bunurilor nelivrate.

9.9. Pentru livrarea cu întârziere a Bunurilor, Vânzătorul poartă răspundere materială în valoare de 1% din suma Bunurilor nelivrate pentru fiecare zi de întârziere, dar nu mai mult de 50% din suma Bunurilor nelivrate.

9.10. Pentru transferul cu întârziere a mijloacelor financiare către Centru, Beneficiarul poartă răspundere materială în valoare de 0,1% din suma Bunurilor neachitate pentru fiecare zi de întârziere, dar nu mai mult de 5% din suma totală a Bunurilor neachitate.”

Considerăm că valoarea penalităților descrise este disproporționată, având în vedere următoarele argumente:

a) Comparatia cu prevederile aplicate în cadrul achizițiilor publice ale altor categorii de produse

Hotărârea Guvernului nr.763 din 11.10.2012 cu privire la aprobarea Documentației standard pentru realizarea achizițiilor publice de bunuri și servicii, stipulează următoarele clauze penale în contractul-model, pentru alte categorii de bunuri:

- pentru refuzul de a vinde Bunurile și/sau de a presta Serviciile prevăzute în prezentul Contract, Vânzătorul suportă o penalitate în valoare de 5% din suma totală a contractului.

- pentru livrarea/prestarea cu întârziere a Bunurilor/Serviciilor, Vânzătorul poartă răspundere materială în valoare de 0,1% din suma Bunurilor nelivrate și/sau a Serviciilor neprestate, pentru fiecare zi de întârziere, dar nu mai mult de 5 % din suma totală a prezentului Contract.

Prin urmare, instituirea unor discrepante atât de vădite în cadrul procedurilor de achiziție, prin devierea în limite majore de la penalitățile stabilite pentru procedura generală, este cel puțin neargumentată. Înțelegem că, scopul acestor măsuri, în condițiile “crizei de medicamente” a fost responsabilizarea părților în vederea îndeplinirii angajamentelor contractuale asumate, însă politica unilaterală de restricționare a cerințelor față de operatorii economici, promovată în prezent de Ministerul Sănătății, nu soluționează problemele, ci chiar mai mult le agravează.

b) Termenele pentru livrarea bunurilor sunt restrânse, astfel încât probabilitatea întârzierilor în executarea obligației vânzătorului este considerabilă

În acest context, menționăm și problema managementului ineficient al desfășurării procedurilor de achiziție publică, care creează premise pentru apariția întârzierilor. Graficul de livrare elaborat de autoritatea contractantă, în multe cazuri, stabilește termene foarte restrânse pentru livrarea bunurilor, ceea ce generează riscuri înalte de survenire a întârzierilor în executarea obligațiilor contractuale de către operatorii economici, inclusiv când acestea sunt cauzate de executarea necorespunzătoare a obligațiilor partenerilor acestuia în procesul de transportare, introducerea pe piață, etc. Cauza principală a acestor probleme este planificarea ineficientă a achizițiilor și, din acest motiv, necesitatea de a realiza achiziția în termene restrânse, precum și stabilirea unor termene restrânse pentru livrarea bunurilor.

c) Lipsește o corelație rezonabilă între valoarea penalității și prejudiciul suportat prin întârziere

Valoarea penalităților stabilite prin contractul-model este una exagerată și disproporționată scopului urmărit, impunând agenții economici la respectarea unor condiții contractuale inechitabile, ce generează pierderi materiale în urma participării la această categorie de raporturi cu autorități publice. În contextul dat, urmează a fi luate în considerație inclusiv întârzierile admise frecvent de instituțiile publice beneficiare în achitarea prețului datorat pentru bunurile recepționate, iar valoarea penalității stabilite pentru neexecutarea în termen a obligației de plată este de 10 ori mai mică în comparație cu penalitatea fixată pentru întârzierile admise de operatorii economici.

Or, unul dintre principiile de bază de reglementare a activității de întreprinzător îl constituie principiul echitabilității (proportionalității) în raporturile dintre stat și întreprinzător, consacrat de art.15 al *Legii nr. 235/20.07.2006 cu privire la principiile de bază de reglementare a activității de întreprinzător (Activitatea autorităților administrației publice și/sau altor instituții abilitate prin lege cu funcții de reglementare și de control în relațiile cu întreprinzătorii trebuie să fie proporțională asigurării intereselor societății și protecției drepturilor întreprinzătorilor. Autoritățile administrației publice și/sau alte instituții abilitate prin lege cu funcții de reglementare și de control nu vor întreprinde acțiuni în exces necesităților atingerii scopurilor societății.)*

Adițional, este de menționat că, în prezent se atestă situații când autoritatea contractantă modifică unilateral clauzele contractuale prin introducerea unui nou punct, care prevede că: *"Cumpărătorul este absolvit de răspundere materială stabilită în pct.9.10, în cazul în care achitarea cu întârziere a avut loc din vina Trezoreriei de Stat"*. Constatăm că aceste modificări sunt introduse cu deviere de la procedura legală, stabilită prin *Regulamentul privind achiziționarea de medicamente, alte produse de uz medical și dispozitive medicale pentru necesitățile sistemului de sănătate*, care în cazul necesității operării modificărilor în contracte stabilește adoptarea de către grupul de lucru, cu acceptul părților, a deciziei de modificare a contractului, întocmirea procesului verbal, a dării de seamă și încheierea acordurilor adiționale în 4 exemplare. Astfel, operatorii economici nu doar sunt supuși unor sancțiuni disproporționate în cazul întârzierilor admise la livrare, dar sunt prejudiciați material prin eschivarea Cumpărătorului de la plata penalităților pentru întârzierea achitărilor, stabilite în Contractul-model de achiziții publice de medicamente, alte produse de uz medical și dispozitive medicale.

d) Pierderi materiale semnificative pentru agenții economici, participanți la raporturile juridice de achiziții publice

Sancțiunile exagerate, aplicate în cadrul executării contractelor de achiziții publice în domeniul sănătății, generează pierderi materiale semnificative pentru agenții economici. Mai mult, deseori, acesta este unul din principalii factori care determină refuzul operatorilor economici de a depune ofertele la desfășurarea licitațiilor publice, ceea ce în rezultat ar putea genera perturbări în mecanismul de asigurare cu medicamente și dispozitive medicale a sistemului de sănătate.

Se recunoaște importanța protecției interesului public în asigurarea promptă a instituțiilor medico-sanitare cu produsele necesare desfășurării activității acestora, însă reiterăm că valoarea penalităților stabilite prin contractul-model este una exagerată și disproporțională scopului urmărit sau prejudiciului cauzat, impunând agenții economici la respectarea unor condiții contractuale inechitabile, ce generează pierderi materiale. Or, conform Codului Civil, art.716, alin.(1) *„O clauză contractuală standard este lipsită de efect dacă prejudiciază disproporționat, contrar principiilor bunei-credințe, cealaltă parte a contractului. [...]”*.

Astfel, în vederea respectării principiului echității părților contractante, care prevede tratarea egală a operatorilor economici și instituțiilor medicale care activează în condiții similare, considerăm justă diminuarea plafoanelor penalităților instituite pentru Vânzător și modificarea redacției punctelor 9.8 și 9.9, după cum urmează:

- *„Pct. 9.8 - Pentru refuzul de a vinde Bunurile prevăzute în Contract, Vânzătorul suportă o penalitate în valoare de 5% din suma Bunurilor nelivrate;*

- *Pct. 9.9 - Pentru livrarea cu întârziere a Bunurilor, Vânzătorul poartă răspundere materială în valoare de 0,1% din suma Bunurilor nelivrate pentru fiecare zi de întârziere, dar nu mai mult de 5% din suma Bunurilor nelivrate;”*.

Într-o altă ordine de idei, este de menționat că în data de 25 octombrie, 2016, printr-o scrisoare comună de poziție, adresată autorităților, Asociația Patronală DISMED și Asociația Patronală Camera de Comerț Americană (AmCham) au accentuat caracterul disproporțional al penalităților impuse agenților economici, participanți la procedurile de achiziții publice în sănătate, și au solicitat revizuirea cuantumului acestora în vederea stabilirii unei abordări echilibrate, în conformitate cu principiul echității părților contractante. Scrisoarea respectivă conținea propuneri concrete de amendare a prevederilor *Hotărârii de Guvern cu privire la Centrul pentru achizițiile publice centralizate în sănătate, nr.1128 din 10.10.2016*, cu includerea argumentărilor și referințelor la practica generală în domeniul achizițiilor publice (prevederile *Hotărârii Guvernului nr. 763 din 11.10.2012, cu privire la aprobarea Documentației-standard pentru realizarea achizițiilor publice de bunuri și servicii*).

În data de 21 decembrie 2016, Ministerului Sănătății a exprimat susținerea față de propunerile, ce vizează stabilirea unor penalități proporționale pentru întârzierile admise de părți în cadrul contractelor de achiziții publice, precum și față de poziția Ministerului Finanțelor, în ceea ce privește stabilirea valorii maxime a penalității pentru refuzul de a livra bunurile prevăzute în contract (20%).

Însă, proiectul de modificare a Hotărârii Guvernului nr. 1128/2016, prezentat de Ministerul Sănătății, la începutul lunii aprilie, reduce penalitățile pentru livrarea cu întârziere a bunurilor până la valoarea de 0,5% din suma bunurilor nelivrate pentru fiecare zi de întârziere, dar nu mai mult de 15% din suma bunurilor nelivrate (pct. 9.9 din Contractul-model). În contrast, penalitățile pentru achitarea cu întârziere a mijloacelor financiare de către Centrul pentru achiziții constituie 0,1% din suma bunurilor neachitate pentru fiecare zi de întârziere, dar nu mai mult de 5% din suma totală a bunurilor neachitate (pct. 9.11 din Contractul-model).

Prin urmare, contrar pozițiilor scrise exprimate de Ministerul Sănătății și Ministerul Finanțelor, proiectul nu restabilește echilibrul între penalitățile impuse agenților economici, pe de o parte, și instituției publice contractante, pe de altă parte. Valoarea penalității stabilite pentru neexecutarea în termen a obligației de plată de către instituțiile beneficiare este de cinci ori mai mică în comparație cu penalitatea fixată pentru întârzierile admise de operatorii economici (0,1% în raport cu 0,5% propuse prin intermediul proiectului pentru agenții economici).

Totodată, deși în scrisoarea din 21.12.2016, Ministerul Sănătății își exprimă susținerea pentru propunerea Ministerului Finanțelor de a plafona valoarea maximă a penalității pentru refuzul de a livra bunurile până la 20% din valoarea bunurilor nelivrate, proiectul hotărârii de modificare diminuează această penalitate doar până la cuantumul de 30% din suma bunurilor nelivrate (pct. 9.8 din Contractul-model).

În procesul avizării proiectului prezentat de Ministerul Sănătății, mai multe asociații de suport în afaceri au solicitat organizarea unor dezbateri publice, pentru abordarea acestui subiect în cadrul unui dialog constructiv și transparent cu toate părțile interesate. În pofida acestui fapt, până în ziua de azi această întâlnire nu a fost organizată, ceea ce creează mari îngrijorări în rândul mediului de afaceri. Agenții economici continuă să fie sancționați pentru întârzierile admise la livrare, cu aplicarea unor penalităților, a căror valoare este exagerată, inechitabilă și evident disproporțională în raport cu prejudiciul cauzat.

În acest context, solicităm respectuos să interveniți în vederea soluționării blocajului creat, prin urgentarea procesului de revizuire a penalităților impuse în sarcina furnizorilor de dispozitive medicale și alte produse medicale.

În așteptarea răspunsului Dvs., ne exprimăm speranța și deschiderea spre o colaborare constructivă pe viitor.

Cu respect,

Elena Gherbovțan

Director Executiv

A.P. "DISMED"