



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsr.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 ..., depusă de ..., cu sediul social în comuna ...,, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CUI ..., formulată împotriva documentației de atribuire emisă de ..., cu sediul în ..., ..., în calitate de autoritate contractantă în cadrul procedurii de licitație deschisă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice fără etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Achiziție medicamente”, s-a solicitat anularea în parte a documentației de atribuire și pe cale de consecință obligarea autorității contractante:

- să modifice „Acordul cadru” ce face parte integrantă din documentația de atribuire în sensul modificării art. 7.3 astfel încât cele prevăzute în cuprinsul acestuia să fie conforme cu dispozițiile legale în vigoare;

- să modifice „Contractul subsecvent de furnizare” ce face parte integrantă din documentația de atribuire în sensul modificării art. 7.5 alin. (3) astfel încât cele prevăzute în cuprinsul acestuia să fie conforme cu dispozițiile legale în vigoare.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În baza art. 278 alin. (2) și (6) 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, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivare, admite contestația depusă de ... și anulează procedura de achiziție publică.

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, aprobată prin Legea nr. 337/2006.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare potrivit art. 281 alin. (1) din ordonanța de urgență.

MOTIVARE:

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația depusă, ... în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de licitație deschisă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice fără etapă finală de licitație electronică, organizată de către autoritatea contractantă ... în vederea încheierii acordului-cadru, având ca obiect „Achiziție medicamente”, inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. ... din 17.12.2013, a solicitat anularea în parte a documentației de atribuire și pe cale de consecință obligarea autorității contractante:

- să modifice „Acordul cadru” ce face parte integrantă din documentația de atribuire în sensul modificării art. 7.3 astfel încât cele prevăzute în cuprinsul acestuia să fie conforme cu dispozițiile legale în vigoare;

- să modifice „Contractul subsecvent de furnizare” ce face parte integrantă din documentația de atribuire în sensul modificării art. 7.5 alin. (3) astfel încât cele prevăzute în cuprinsul acestuia să fie conforme cu dispozițiile legale în vigoare.

Prin adresa nr. 27255/.../.../24.12.2013, Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către ... la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și, totodată, despre obligația acesteia de a transmite, în maxim 3 zile lucrătoare de la data expirării perioadei de așteptare dinaintea încheierii contractului, copia dosarului achiziției publice și punctul de vedere

cu privire la contestație. Prin aceeași adresă, Consiliul a solicitat autorității contractante ca, în același termen, să transmită:

- copia clarificărilor solicitate referitoare la documentația de atribuire și răspunsurile date (dacă este cazul),
- orice documente considerate edificatoare în cauza supusă soluționării.

... a transmis punctul său de vedere nr. 16336 din 24.12.2013 cu privire la contestația depusă ..., înregistrat la Consiliu cu nr. 46 din 06.01.2014, însoțit de copia documentelor solicitate.

În motivarea contestației sale ... precizează că documentația de atribuire conține o serie de prevederi care încalcă dispoziții imperative ale legislației în vigoare.

Contestatoarea arată că în conformitate cu art. 7.3 din Acordul cadru și art. 7.5 alin. (3) din Contractul subsecvent de furnizare *„penalitatea se calculează la valoarea obligației rămăasă neîndeplinită din acordul cadru, până la semnarea contractului subsecvent sau respectiv până la rezilierea Acordului-cadru”*. Penalitatea descrisă la art. 7.5 alin. (2) este aplicabilă în cazul refuzului promitentului furnizor de a încheia un contract subsecvent.

Contestatoarea consideră că, în acord cu principiile generale ale dreptului civil, orice penalitate trebuie aplicată la valoarea obligației scadente neîndeplinite. În speța de față, valoarea obligației scadente ar trebui să fie egală cu valoarea contractului subsecvent propus spre semnare de către autoritatea contractantă.

În opinia contestatoarei calcularea de către autoritatea contractantă de penalități la valoarea rămasă neexecutată din acordul cadru nu este corectă și echitabilă pentru promitentul furnizor atât timp cât:

- autoritatea contractantă nu și-a asumat achiziționarea unei anumite cantități de produse, valoarea acordului cadru fiind doar estimativă;
- în interpretarea ANRMAP, acordurile cadru nu creează în sarcina autorităților contractante angajamentul de a achiziționa nici măcar cantitățile minime estimate (I).

Așadar, contestatoarea menționează că promitentul furnizor se poate regăsi foarte ușor în situația de a avea un acord cadru dar de a nu primi nicio comandă de la autoritatea contractantă pe toată durata acestuia.

Față de cele de mai sus, ... consideră că obligarea promitentului - furnizor de a plăti penalități calculate la valoarea obligației rămasă neîndeplinită din acordul cadru este excesivă și

nerezonabilă și reprezintă un abuz de drept al autorității contractante.

În continuare, contestatoarea invocă prevederile art. 14, art. 15 și art. 1170 din Codul Civil, evidențiind faptul că autoritatea contractantă este cea care propune modelul acordului cadru, acest contract putând fi calificat ca un contract de adeziune, pentru că ofertanții nu au posibilitatea reală de a negocia termenii acestui acord. În aceste condiții, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă trebuie să acționeze cu bună credință și să propună termeni și condiții contractuale echilibrate.

Având în vedere cele de mai sus, ... solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată și obligarea autorității contractante să modifice documentația de atribuire.

În punctul său de vedere asupra contestației depuse de ..., autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca fiind nefondată în ceea ce privește solicitările contestatoarei.

Potrivit art. 7.3. din modelul acordului cadru propus de autoritatea contractantă:

„Promitentul furnizor se obligă să semneze contractele subsecvente cu respectarea condițiilor prevăzute în caietul de sarcini, în Propunerea tehnică și în Propunerea financiară la prezentul Acord-cadru, în termenul solicitat expres de Promitentul - achizitor.”

De asemenea, autoritatea contractantă subliniază faptul că în modelul contractului subsecvent propus nu există articolul 7.5.

În plus autoritatea contractantă consideră că motivația contestatoarei nu are nicio legătură cu conținutul art. 7.3. din acordul cadru.

Autoritatea contractantă precizează că nu înțelege solicitările contestatoarei, având în vedere pe de o parte conținutul art. 7.3. din modelul propus de acord cadru și faptul că în modelul propus de contract subsecvent nu există art. 7.5., iar pe de altă parte faptul că motivația contestatoarei nu clarifică modul în care art. 7.3. din modelul propus de acord cadru și art. 7.5. din contractul subsecvent (articol inexistent în modelul propus de contract subsecvent existent în documentația de atribuire) încalcă dispozițiile legale în vigoare.

... consideră că art. 7.3. din modelul propus de acordul-cadru respectă cerințele actelor normative în vigoare.

În ceea ce privește art. 7.5. din contractul subsecvent, autoritatea contractantă menționează că acesta nu există în modelul propus de contract subsecvent existent în documentația de

atribuire, drept pentru care dacă nu există nu se poate spune că nu este conform cu reglementările legale în vigoare.

Față de aspectele menționate mai sus, ... solicită Consiliului să constate că solicitările contestatoarei sunt neîntemeiate și nefondate și, pe cale de consecință, să respingă pe fond contestația formulată de ... ca neîntemeiată.

Deși nu reprezintă obiectul celor două articole a căror modificare o solicită contestatoarea, autoritatea contractantă face câteva mențiuni cu privire la motivația contestatoarei potrivit căreia obligarea Promitentului - furnizor de a plăti penalități calculate la valoarea obligației neîndeplinite din acordul cadru este excesivă și nerezonabilă, motivație care nu are legătură cu art. 7.3. din modelul propus pentru acordul cadru și cu art. 7.5. care nu există în modelul propus pentru contractul subsecvent și a căror modificare o solicită contestatoarea.

Autoritatea contractantă precizează că potrivit art. 7.5. alin. (3) din modelul propus de acord - cadru, în situația în care promitentul furnizor refuză semnarea contractului subsecvent, penalitatea se va aplica la valoarea obligației rămasă neîndeplinită din acordul cadru, până la semnarea contractului subsecvent sau respectiv până la rezilierea Acordului-cadru.

Autoritatea contractantă consideră că această prevedere nu este excesivă, fiind pe deplin rezonabilă. Penalitatea se aplică pentru obligațiile ce decurg din acordul cadru și nu pentru cele ce decurg din contractul subsecvent.

Potrivit art. 7.1. în modelul propus pentru Acordul - cadru, promitentul - furnizor se obligă să furnizeze produsele astfel cum au fost prevăzute în acordul cadru, ori de câte ori autoritatea contractantă solicită acest lucru. Deci prin semnarea acordului cadru promitentul - furnizor se obligă să furnizeze întreaga cantitate (cantitatea maximă) ce face obiectul acordului cadru.

Autoritatea contractantă afirmă că așa cum rezultă din întregul ansamblu al capitolului „8. Obligațiile promitentului-achizitor” din modelul propus pentru acordul cadru, promitentul achizitor are dreptul de a nu achiziționa întreaga cantitate ce face obiectul acordului cadru.

Promitentul-furnizor are obligația de a furniza cantitatea maximă ce face obiectul acordului cadru în situația în care promitentul-achizitor o solicită. Deci, prin acordul cadru promitentul furnizor se obligă să furnizeze cantitatea maximă estimată pentru acordul cadru, aceasta constituind o obligație fermă a promitentului furnizor.

Astfel, în momentul în care promitentul-furnizor refuză încheierea unui contract subsecvent, practic acesta refuză îndeplinirea obligațiilor ce-i revin potrivit art. 7.1. coroborat cu art. 7.3. din acordul cadru. Neîndeplinirea acestor obligații echivalează cu încetarea acordului cadru în condițiile art. 11.2 litera b) din acordul cadru, din vina exclusivă a promitentului-furnizor.

Deci, penalitatea se va aplica pentru încetarea acordului cadru din vina promitentului-furnizor urmare a neîndeplinirii unei obligații ce-i revine acestuia potrivit prevederilor acordului cadru. Deoarece penalitatea se aplică pentru neîndeplinirea integrală a acordului cadru urmare a refuzului de a semna un contract subsecvent, obligația neîndeplinită se referă la cantitatea ce mai putea fi solicitată de promitentul-achizitor în baza acordului cadru și care nu mai poate fi solicitată deoarece acordul cadru s-a reziliat.

În concluzie, obligația neîndeplinită vizează cantitatea care ar mai fi putut fi contractată în baza acordului cadru și pe care promitentul-furnizor s-a obligat prin semnarea acordului cadru să o livreze la cererea achizitorului, dar care nu mai poate fi contractată urmare a refuzului promitentului-furnizor de a semna contractul subsecvent, refuz având drept efect încetarea acordului cadru.

Autoritatea contractantă susține că în mod corect se stipulează în art. 7.5 alin. (3) din modelul propus pentru acordul - cadru că penalitatea se calculează la valoarea obligației rămasă neîndeplinită din acordul cadru.

Având în vedere cele de mai sus, ... consideră că se impune respingerea contestației și sub aspectul motivației contestației, chiar dacă aceasta nu are legătură cu ceea ce s-a solicitat a fi modificat.

În data de 10.01.2014 autoritateacontractantă a comunicat Consiliului prin fax, adresa nr. 346 din 10.04.2014, înregistrată la CNSC cu nr. 834 din 10.04.2014, în care arată că „întrucât ... prin contestația formulată nu a solicitat suspendarea procedurii, am decis să continuăm desfășurarea procedurii de atribuire licitație deschisă online inițiată prin anunțul de participare ... nr. .../17.12.2013. Menționăm că azi, 10.01.2014, începând cu ora 16:00 vom avea acces la documentele depuse online de ofertanții participanți la procedură”.

Ultimul document din cadrul dosarului .../2013 este adresa nr. 346 din 10.04.2014, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 834 din 10.04.2014, prin care ... a comunicat care este stadiul procedurii de atribuire în discuție.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

... în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire prin licitație deschisă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, fără etapă finală de licitație electronică, organizată pentru atribuirea acordului-cadru de furnizare, având ca obiect „Achiziție medicamente”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ... din data de 17.12.2013, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”, valoarea totală estimată a acordului-cadru fiind cuprinsă între 1.168,88 lei și 539.000,52 lei, fără TVA.

Referitor la critica ... privind impunerea în cuprinsul acordului – cadru a unor clauze abuzive respectiv: *„7. Obligațiile promitentului – furnizor - ... 7.5. ... (3) Penalitatea se va aplica la valoarea obligației rămasă neîndeplinită din acordul cadru, până la semnarea contractului subsecvent sau respectiv până la rezilierea Acordului – cadru”*, Consiliul reține următoarele:

- conform definițiilor de la art. 3 din OUG nr. 34/2006:

„b) acord-cadru - înțelegerea scrisă intervenită între una sau mai multe autorități contractante și unul sau mai mulți operatori economici, al cărei scop este stabilirea elementelor/condițiilor esențiale care vor governa contractele de achiziție publică ce urmează a fi atribuite într-o perioadă dată, în mod special în ceea ce privește prețul și, după caz, cantitățile avute în vedere;

f) contract de achiziție publică - contractul, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, care include și categoria contractului sectorial, astfel cum este definit la art. 229 alin. (2), cu titlu oneros, încheiat în scris între una sau mai multe autorități contractante, pe de o parte, și unul ori mai mulți operatori economici, pe de altă parte, având ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii”.

- la art. 70. alin. (2) și (3) din HG nr. 925/2006 se prevede că:

„(2) În cazul în care operatorul economic căruia autoritatea contractantă îi transmite o solicitare pentru încheierea unui contract subsecvent nu are capacitatea de a răspunde acestei solicitări din propria sa culpă, autoritatea contractantă are dreptul de a iniția o nouă procedură de atribuire pentru achiziționarea întregii cantități necesare, numai în cazul în care:

a) acordul-cadru este încheiat doar cu operatorul economic respectiv; sau

b) deși acordul-cadru este încheiat și cu alți operatori economici, nici aceștia, la rândul lor, nu au capacitatea de a răspunde solicitării respective.

(3) *Operatorul economic în culpă va suferi consecințele prevăzute în acordul-cadru pentru neîndeplinirea obligațiilor în sarcina sa*”.

Având în vedere aspectele mai sus reținute, Consiliul constată următoarele:

Fiind o formă imperfectă a contractului, acordul – cadru care reprezintă „promisiunea de a contracta” se deosebește de contract prin lipsa consimțământului, deoarece beneficiarul promisiunii, în speță autoritatea contractantă, își manifestă doar dorința de a contracta care nu este același lucru cu consimțământul.

Dacă în domeniul dreptului comun legiuitorul a reglementat dreptul beneficiarului de a solicita daune interese în caz de neexecutare a promisiunii, în domeniul achizițiilor publice de acest drept va putea uza autoritatea contractantă în calitatea sa de beneficiar al promisiunii doar în situația în care operatorul economic este în culpă.

În condițiile în care încheierea acordului – cadru nu instituie nicio obligație de plată în sarcina autorității contractante, aceasta intervenind ulterior numai în baza atribuirii contractului subsecvent conform acordului – cadru, nici promitentul – furnizor nu poate fi obligat la plata de penalități aplicabile la „*valoarea obligației rămasă neîndeplinită din acordul cadru*”, în condițiile în care în cuprinsul acordului – cadru se face referire la o valoare minimă și maximă estimată, neexistând obligația de realizare a acestora.

Astfel, penalitățile nu pot fi aplicate decât la o „obligație rămasă neîndeplinită”, precizată clar ca și valoare în cuprinsul contractului subsecvent și în niciun caz aplicabilă la o valoare estimată/aleatoare ce ar rezulta din acordul – cadru.

Având în vedere încălcările legale săvârșite și etapele procedurii de atribuire în care acestea au avut loc, Consiliul apreciază că nu pot fi dispuse măsuri de remediere a actelor care afectează procedura respectiv documentația de atribuire publicată în SEAP la data de 17.12.2013, și stabilește că este imposibilă continuarea procedurii de achiziție publică, luând în considerare faptul că ofertele elaborate în baza documentației de atribuire nelegală au fost depuse și deschise în data de 10.01.2014. În această situație Consiliul urmează să decidă anularea procedurii de achiziție publică.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 278 alin. (2) și (6) 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, cu modificările și completările ulterioare,

Consiliul urmează să admită contestația depusă de ... și să anuleze procedura de achiziție publică.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 9 (nouă) pagini.