



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 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. "... emisă la 24.04.2014, înregistrată la CNSC sub nr. ... înaintată ... cu sediul în ... județul ... înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI ... reprezentată prin ... formulată împotriva documentației de atribuire elaborate de ... cu sediul în ... județul ... în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă online, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Medicamente și substanțe farmaceutice”, defalcată pe loturi, coduri CPV 33651100-9 - *Antibacterieni pentru uz sistemic (Rev.2)*, 33651300-1 - *Antimicobacteriacee (Rev.2)*, 33690000-3 - *Diverse medicamente (Rev.2)*, 33692400-1 - *Soluții pentru perfuzii (Rev.2)*, 33693000-4 - *Toate celelalte produse terapeutice (Rev.2)*, s-a solicitat Consiliului obligarea autorității contractante la modificarea în parte a documentației de atribuire astfel:

- modificarea documentului „Contract subsecvent la acordul-cadru de furnizare” în sensul eliminării art. 10.5 în vederea stabilirii termenului de plată la 60 de zile, termen maxim legal;
- modificarea caietului de sarcini în sensul eliminării obligativității promitentului furnizor de a deține în stocul propriu toate produsele contractate la prezenta procedură, în termen de 5 zile de la semnarea contractului.

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

DECIDE:

Admite contestația.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 10 zile de la primirea deciziei, prin modificarea documentelor atacate, în sensul eliminării condițiilor restrictive, conform motivării ce urmează și prin informarea celor interesați, prin emiterea unui anunț tip erată, care va conține și o nouă dată limită de depunerea a ofertelor, ce nu va fi mai scurtă de 20 zile.

Obligatorie.

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 înregistrată la CNSC sub nr. atacă prevederile documentației de atribuire întocmite de ... în calitate de autoritate contractantă în procedura mai sus menționată, considerând că aceasta a impus participanților unele condiții restrictive și nelegale.

Astfel, contestatoarea arată că prevederile referitoare la termenul de plată, din documentul „Contract subsecvent la acordul-cadru de furnizare” (regăsit la art. 10.5), încalcă dispozițiile imperative ale legislației în vigoare (adică art. 6 alin. (4) din Legea nr. 72/2013).

Mai mult, comparând dispozițiile art. 10.5 și cele ale art. 10.2 din același document, contestatoarea constată neconcordanța între cele două termene de plată impuse de autoritatea contractantă. Întrucât termenul maxim de 60 de zile este imperativ, părțile nu pot deroga de la el.

Drept urmare, invocarea de către autoritatea contractantă a „situației lipsei de fonduri a spitalului” sau a finanțării virate cu întârziere în conturile de disponibilități ale acestuia, ca motiv de eludare a termenului legal de plată, prevăzut de Legea nr. 72/2013, nu are temei legal.

Totodată, contestatoarea arată că, potrivit dispozițiilor art. 4 din HG nr. 925/2006, autoritatea contractantă are obligația de a stabili programul anual al achizițiilor publice în funcție și de fondurile ce urmează a-i fi alocate prin bugetul anual. Așadar, autoritatea contractantă deține informații estimative despre fondurile pe care le are la dispoziție și își configurează programul de achiziții în funcție de aceste fonduri estimate.

Cu titlu de exemplu, contestatoarea invocă *Decizia nr. 617/C5/603*, prin care, într-o speță similară, Consiliul ar fi admis contestația formulată de către societatea sa împotriva unei proceduri organizate de către aceeași autoritate contractantă, dispunând modificarea actului atacat.

Pe de altă parte, contestatoarea precizează că, potrivit caietului de sarcini, „Firmele sunt obligate să dețină în stocul propriu toate produsele contractate la prezenta procedură, în termen de 5 zile de la semnarea contractului”, condiție pe care o consideră incorectă și inechitabilă atât timp cât autoritatea contractantă nu și-a asumat achiziționarea unei anumite cantități de produse. Astfel, la cap. II art. 1.4 din fișa de date a achiziției se stabilește că autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a încheia contracte subsecvente „la 1 lună pentru cantitate minimă solicitată și la 3 luni pentru o cantitate maximă solicitată”.

Întrucât calendarul de încheiere a contractelor subsecvente este absolut netransparent, contestatoarea consideră că ofertantul nu-și poate forma o imagine clară asupra fluxului de vânzări și cumpărări de produse.

În plus, promitentul furnizor trebuie să cumpere produse de la furnizorii săi și să își asume obligația de plată a acestora independent de obligațiile asumate de autoritatea contractantă. Promitentul furnizor trebuie să depoziteze stocurile echivalente cu toate produsele contractate la prezenta procedură, ceea ce presupune costuri logistice. Promitentul furnizor trebuie să ruleze aceste stocuri pentru a se asigura că durata de valabilitate a produselor din stocurile sale respectă cerințele art. 16.7 din contractul subsecvent la acordul-cadru de furnizare conform cărora „Dacă în momentul recepției produselor termenul de valabilitate rămas al acestora este mai mic de 4 luni, achizitorul poate respinge produsele livrate a căror perioadă de valabilitate rămasă este mai mică de 80% din perioada totală de valabilitate”.

Totodată, rularea stocurilor presupune:

- alte comenzi date către furnizorii promitentului furnizor și alte obligații de plată;
- găsirea altor cumpărători pentru produsele care nu mai îndeplinesc cerințele autorității contractante (80% din durata de viață a produselor).

Așadar, promitentul furnizor se poate regăsi foarte ușor în situația de a cumpăra cantități mari de produse de la furnizorii săi, de a le stoca, de a roti stocurile (toate acestea presupunând costuri semnificative), însă de a nu primi nicio comandă, o comandă la 1 lună pentru o cantitate minimă de produse sau poate doar o comandă de la autoritatea contractantă într-o perioadă de 3 luni.

Față de cele de mai sus, contestatoarea consideră că obligarea promitentului furnizor de a asigura în depozitele sale cel puțin cantitatea egală cu toate produsele contractate la prezenta procedură, în timp ce autoritatea contractantă nu ar avea obligația corelativă de a comanda cel puțin această cantitate de produse

contractate, este excesivă și nerezonabilă, reprezentând un abuz de drept al autorității contractante.

Invocând dispozițiile art. 14, art. 15 și art. 1170 din Codul Civil, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă trebuie să acționeze cu bună credință și să propună termeni și condiții contractuale echilibrate.

În susținerea nelegalității prevederilor mai sus menționate, contestatoarea invocă și Decizia nr. 877/84 C9/839 din data de 27.03.2014, prin care Consiliul, în urma unei contestații formulate de societatea sa într-o speță similară, a obligat autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire.

Pentru motivarea în drept a contestației, autoarea acesteia invocă dispozițiile art. 255 și următoarele din OUG nr. 34/2006.

Autoritatea contractantă nu a emis un punct de vedere la contestație, deși a luat cunoștință de aceasta, aspect ce reiese și din postarea în SEAP a corespondenței avute cu CNSC, la data de 06.05.2014 (adresa nr. 7418 atașată anunțului de participare).

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect „Medicamente și substanțe farmaceutice”, defalcată pe loturi, coduri CPV 33651100-9 - *Antibacterieni pentru uz sistemic (Rev.2)*, 33651300-1 - *Antimicobacteriacee (Rev.2)*, 33690000-3 - *Diverse medicamente (Rev.2)*, 33692400-1 - *Soluții pentru perfuzii (Rev.2)*, 33693000-4 - *Toate celelalte produse terapeutice (Rev.2)*, ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, licitație deschisă online, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... din 19.04.2014, odată cu care a postat și documentația de atribuire aferentă.

Considerând că autoritatea contractantă a impus participanților la procedură, prin caietul de sarcini și prin clauzele contractuale aferente contractului subsecvent, condiții restrictive și nelegale, privind stocul de produse și termenul de plată, ... a înaintat Consiliului prezenta contestație, solicitând modificarea lor.

Văzând obiectul acesteia, precum și calendarul procedurii de atribuire, rezultând din anunțul de participare (depunerea ofertelor la 04.06.2014, ora 16.00 și deschiderea lor la 30.06.2014, ora 18.00), Consiliul a solicitat autorității contractante opinia expresă, dar și informații despre dosarul achiziției, dar nu a primit niciun răspuns la corespondența comunicată sub nr. 766/..... din 30.04.2014, recepționată la 05.05.2014 (conform recipisei poștale de confirmare a primirii).

Drept pentru care, făcând aplicarea dispozițiilor de la art. 274 alin. (1), teza finală din OUG nr. 34/2006, Consiliul a procedat la analiza

cauzei în lipsa unui punct de vedere al autorității contractante, cu vizualizarea/descărcarea din SEAP a documentației de atribuire.

Privitor la clauza din contractul subsecvent acordului-cadru care ar putea exonera autoritatea contractantă de răspunderea plății cu întârziere a produselor livrate, reclamată de contestatoare, Consiliul constată că aceasta are următorul conținut: *10.5. În situația lipsei de fonduri a spitalului sau dacă finanțarea este virată cu întârziere în conturile de disponibilități ale acestuia, sau din alte motive neimputabile achizitorului, plata se va efectua în mod eșalonat, conform unei înțelegeri scrise, agreeată de ambele părți de comun acord.*

Ori, din conținutul acestei clauze rezultă că ea face referire atât la situații neimputabile achizitorului (*alte motive neimputabile achizitorului*), dar și la situații ce sunt strict legate de demersurile acestuia pentru a asigura achiziția conformă dispozițiilor legale.

Pe de o parte, lipsa fondurilor ar face imposibilă achiziționarea produselor, ceea ce presupune că eventuala comandă spre livrarea lor ar fi contrară dispozițiilor de la art. 94 din HG nr. 925/2006, ce o obligă la identificarea surselor de finanțare necesare achiziției, înainte de încheierea contractului.

Pe de altă parte, întârzierea la plată, datorată unei întârzieri de virare a sumelor necesare în contul autorității contractante, ar putea naște un drept de despăgubire a furnizorului (oferantului), dacă această întârziere ar depăși chiar termenul legal acceptat ca fiind rezonabil, respectiv cel precizat la art. 6 alin. (4) din Legea nr. 72/2013: „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, cele două ipoteze explicite din art. 10.5 al contractului subsecvent, altele decât situațiile neimputabile achizitorului, nu ar putea să-l exonereze pe acesta de o răspundere contractuală proporțională cu paguba ce ar suferi-o furnizorul său.

În același timp, fără să identifice care ar fi situațiile neimputabile lui, pentru care achizitorul ar putea face plata eșalonat, clauza contractuală în sine nu are un înțeles reciproc acceptat de părți.

Mai mult, Consiliul are în vedere și faptul că, la art. 10.2 și art. 10.3, se precizează un termen de plată „de până la 60 de zile de la data primirii facturii”, ori de la livrare, ceea ce ar presupune că orice depășire a termenului asumat ar trebui să atragă răspunderea contractuală și nu o exonerare generală a celui cu o conduită culpabilă.

Prin urmare, Consiliul consideră disproporționată, față de natura achiziției și de calitatea părților implicate, clauza generală de

exonerare a achizitorului de la plata unor eventuale despăgubiri, ce se regăsește la art. 10.5 din contractul subsecvent, impunându-se eliminarea ei.

În privința specificației din caietul de sarcini „Firmele sunt obligate să dețină în stocul propriu toate produsele contractate la prezenta procedură, în termen de 5 zile de la semnarea contractului.”, Consiliul constată că ea este contrară nu doar dispozițiilor general aplicabile unui acord-cadru, ci chiar și prevederilor din documentația de atribuire ce stă la baza actualei achiziții.

Astfel, în cauza de față, autoritatea contractantă a înțeles să încheie un acord-cadru cu 3 operatori economici, pe o durată de 24 de luni, cu împărțirea produselor pe mai multe loturi.

De asemenea, Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă a indicat frecvența livrării și termenul de livrare, adică lunar, în maxim 48 de ore, conform clauzei nr 4.1 din contractul subsecvent: *Furnizorul se obligă să furnizeze produsele menționate mai jos, în perioada de livrare stabilită, adică 48 de ore de la primirea comenzii, [...].*

Ori, conform și dispozițiilor de la art. 147 alin. (3) ale OUG nr. 34/2006, ori de câte ori intenționează să atribue un contract subsecvent, autoritatea contractantă are obligația de a se consulta cu operatorul economic.

Astfel, este lipsită de efect condiția deținerii întregii cantități de produse, pe stoc, la semnarea contractului, câtă vreme aceste produse vor fi comandate și livrate la date ulterioare, pe un calendar prestabilit, nu în termen de 5 zile de la semnarea contractului.

Prin urmare, ambele critici promovate de contestatoare sunt întemeiate, Consiliul având în vedere că acordul de voință a părților spre constituirea unui raport juridic, ce reprezintă contractul, trebuie să fie exprimat cu respectarea limitelor impuse de lege, de ordinea publică și de bunele moravuri și că părțile trebuie să acționeze cu bună-credință, conform dispozițiilor de la art. 1.166, 1.169 și 1.170 din Codul Civil.

Pentru cele ce preced, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2), (4) și (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările la zi, Consiliul admite contestația și obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 10 zile de la primirea deciziei, prin modificarea documentelor atacate, în sensul eliminării celor două cerințe, analizate mai sus, din cuprinsul caietului de sarcini („Firmele sunt obligate să dețină în stocul propriu toate produsele contractate la prezenta procedură, în termen de 5 zile de la semnarea contractului.”) și al modelului de contract subsecvent viitorului acord-cadru (clauza 10.5).

În concordanță cu prevederile art. 50¹ din OUG nr. 34/2006, pentru informarea celor interesați privitor la această modificare, autoritatea contractantă va emite un anunț tip erată, care va conține și o nouă dată limită de depunerea a ofertelor, ce nu va fi mai scurtă de 20 zile de la publicare, constatându-se că documentația de atribuire nu a avut caracter clar, complet și explicit, așa cum se impunea la art. 33 alin. (1) din același act normativ, dar și disponibilitatea autorității contractante relevantă de perioada de la primirea ofertelor și deschiderea lor (de 26 de zile). La punerea în aplicare a dispozițiilor prezentei decizii, părțile vor avea în vedere că este obligatorie și că pot formula plângere, în condițiile precizate la art. 280 alin. (3) și art. 281 din OUG nr. 34/2006.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

...