CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, Bucureşti, 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) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data:.....

Prin contestaţia nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în comuna .....,....., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată legal prin administrator Dan Chita, privind procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea acordului cadru de furnizare având ca obiect ”MEDICAMENTE ANTIINFECȚIOASE”, cod CPV 33651000-8, organizată de ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat: .....

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ..... SRL reclamă conținutul documentației de atribuire, elaborată în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă.

În fapt, contestatorul arată că, apreciind neclară și în contradicție cu prevederile legale documentația de atribuire, în data de 16.06....., a transmis către autoritatea contractantă o notificare prealabilă prin care a învederat următoarele aspecte:

Astfel, având în vedere:

- dispozițiile art. 5.1 din Acordul cadru de furnizare *”Prețul nu se ajustează”* și cele ale art. 18.2 din Contractul subsecvent de furnizare *”Prețul contractului nu se ajustează";*

- precum și cerințele din caietul de sarcini potrivit cărora: *"Prețul produselor va fi ferm exprimat în lei, fără TVA și va rămâne neschimbat pe toată durata de valabilitate a acordului cadru",* și cele din secțiunea IV *"Clauze contractuale obligatorii*" potrivit cărora: *"Contractul se încheie în mod obligatoriu cu condiția menținerii nemajorate a prețului pe toată durata de valabilitate...";*

contestatorul arată că a solicitat autorității contractante să aibă în vedere faptul că în conformitate dispozițiile cuprinse în HG nr. 395/2016 sunt stabilite următoarele reguli privind ajutarea prețului:

"Art. 28. - (1) În condițiile art. 221 din Lege, pe parcursul îndeplinirii contractului, prețul poate fi ajustat prin actualizare în cazul în care pe piață au apărut anumite condiții, în urma cărora s-a constatat creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.

(2) Pentru a se respecta principiul transparenței, posibilitatea de ajustare a prețului trebuie să fie precizată atât în documentația de atribuire, cât și în contractul care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens.

(3) Autoritatea contractantă precizează atât în documentația de atribuire, cât și în contractul de achiziție publică/acordul-cadru, modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri.

(5) În condițiile art. 221 din Lege, posibilitatea de ajustare a prețului, precizată atât în documentația de atribuire, cât și în contractul care urmează să fie încheiat, dar fără a fi îndeplinite condițiile prevăzute la alin. (3), este posibilă numai în cazul în care au loc modificări legislative sau au fost emise de către autoritățile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/impozite locale al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.

(6) În orice situație, prețul contractului poate fi ajustat doar în măsura strict necesară pentru acoperirea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului".

În contextul dispozițiilor legale antemenționate, contestatorul consideră că limitarea impusă de autoritatea contractantă în clauzele 5.1 („Acordul cadru de furnizare") și 18.2. („Contractul subsecvent de furnizare"), respectiv în cerințele din caietul de sarcini așa cum a menționat mai sus, este lipsită de temei legal.

Contestatorul învederează faptul că inclusiv în licitațiile naționale centralizate, pentru medicamente oncologice (anunț publicat în SEAP sub nr.....), respectiv pentru antibiotice (anunț publicat în SEAP sub nr. ..), autoritatea contractantă ia în considerare modalitatea de ajustare a prețului, conform documentelor pe care le-a atașat la notificarea prealabilă.

În opinia contestatorului, refuzul autorității contractante de ajustare a prețului pe perioada executării unui contract subsecvent, în prezența

unor modificări legislative, conduce la imposibilitatea de executare a contractului de către furnizor în mod corect și eficient pentru pacient.

De asemenea, contestatorul precizează că este de notorietate imposibilitatea distribuitorilor de furnizare a medicamentelor la prețurile ofertate în cadrul procedurilor de atribuire în situațiile de modificare a CaNaMed-ului, pacienții fiind primii afectați de aceste modificări prin lipsirea de medicație.

În considerarea celor antemenționate, contestatorul arată că a solicitat autorității contractante modificarea art. 5.1 - din Acordul cadru de furnizare și art. 18.2 din Contractul subsecvent de furnizare, precum și prevederile menționate mai sus în caietul de sarcini, în sensul în care conținutul acestora să fie următorul: "*Ajustarea prețului este posibilă oricând în cursul executării unui contract subsecvent, în situația în care prevederile legale impun modificarea prețurilor medicamentelor".*

În data de 20.06....., contestatorul arată că autoritatea contractantă i-a comunicat răspunsul la notificarea prealabilă, prin publicarea acestuia în SEAP, făcând următoarele precizări:

- *”nu suntem de acord cu solicitarea dumneavoastră de ajustare a prețului la produsul licitat”,*
- *„toate aceste prevederi legale dau posibilitatea autorității contractante de a ajusta prețul, nu impun acesteia obligația ajustării prețului",*
- *„condiția păstrării prețului pentru întreaga perioadă contractuală nu este restrictivă și nici lipsită de temei legal, atât timp cât, conform prevederilor legale, regula este menținerea neschimbată a prețului, modificarea acestuia prin ajustare fiind excepția permisă de lege, în situații anume și restrictiv protejate".*

Contestatorul solicită Consiliului să observe că autoritatea contractantă nu respectă principiul transparenței prevăzut de art. 2 din Legea nr. 98/2016, întrucât dacă ar dori să respecte acest principiu, atunci ar avea în vedere în mod clar și neechivoc posibilitatea de ajustare a prețului, care trebuie să fie precizată atât în documentația de atribuire, cât și în contractul care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens, ceea ce societatea sa a solicitat în notificarea prealabilă și a fost ignorat de către autoritatea contractantă.

De asemenea, contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu are în vedere faptul că va realiza în mod legitim, doar în condițiile în care în CANAMED se publică un nou preț de achiziție al unui medicament.

În același timp însă, prețurile de decontare nu se modifică automat, astfel încât există riscul ca în cazul ajustării prețului unui medicament, ofertantul să nu poată în mod obiectiv să vândă medicamentul la prețul de decontare neactualizat, mult inferior prețului de achiziție ofertat. În sens invers, în situația în care prețul la medicamente publicat în CANAMED urmare a modificării va fi superior celui deja ofertat/contractat, însă prețul de decontare nu va fi actualizat simultan și corespunzător, autoritatea contractantă va fi acuzată de încălcarea principiului utilizării eficiente a fondurilor publice și obligată la plata prejudiciului creat.

Luând în considerare cele mai sus menționate, probele atașate la contestație și ținând cont de prevederile legale, contestatorul solicită

Consiliului să pună în vedere autorității contractante modificarea în parte a documentației de atribuire (în sensul modificării art. 5.1 - din Acordul cadru de furnizare și art. 18.2 din Contractul subsecvent de furnizare, precum și prevederile menționate mai sus la caietul de sarcini, în sensul în care conținutul acestora să fie următorul: *"Ajustarea prețului este posibilă oricând în cursul executării unui contract subsecvent, în situația în care prevederile legale impun modificarea prețurilor medicamentelor"),* iar în cazul în care remedierea nu este posibilă să procedeze la anularea în totalitate a procedurii.

Prin adresa nr. 14577/30.06..... înregistrată la Consiliu sub nr. 26519/03.07....., ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC ..... SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Autoritatea contractantă arată că, în data de 19.06....., prin notificarea prealabilă nr. 1747/16.06....., înregistrată la autoritate sub nr. 13545/19.06....., SC ..... SRL a solicitat modificarea modelului de acord cadru de furnizare, articolul 5.1 și a modelului de contract subsecvent, art. 18.2, care prevăd că "prețul contractului nu se ajustează" solicitând următorul conținut: "Ajustarea prețului este posibilă oricând în cursul executării unui contract subsecvent, în situația în care prevederile legale impun modificarea prețurilor medicamentelor".

Prin răspunsul nr. 13769/20.06....., autoritatea contractantă arată că a comunicat contestatorului SC ..... SRL faptul că nu este de acord cu solicitarea de ajustare a prețului. Față de refuzul de acceptare a solicitării, SC ..... SRL a introdus contestația nr. ...../....., înregistrată la autoritate sub nr. 14077/23.06.....

În opinia autorității contractante, motivele invocate de contestator nu pot fi însușite de Consiliu, deoarece:

- HG nr. 395/2016 dispune prin art. 28 alin. (1) că, în condițiile art. 221 din Legea nr. 98/2016, prețul contractului *"poate fi ajustat prin actualizare în cazul în care pe piață au apărut anumite condiții, în urma cărora s-a constatat creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului*", iar alin. (2) al aceluiași articol dispune în sensul că "*posibilitatea de ajustare a prețului trebuie să fie precizată*".

Toate aceste prevederi legale dau posibilitatea autorității contractante de a decide ajustarea prețului, nu impun acesteia obligația ajustării prețului.

Posibilitatea ajustării prețului este strict la latitudinea autorității contractante, legislația mai sus specificată impunând în sarcina acesteia, dacă optează pentru ajustare, să precizeze posibilitatea ajustării și formula în baza căreia se realizează ajustarea în documentația de atribuire și în contract.

- CANAMED nu este un act normativ în sensul prevederilor legale, iar prețurile medicamentelor stipulate în acesta nu sunt prețuri legal stabilite, ci prețuri maximale, fiind la latitudinea fiecărui furnizor să oferteze prețuri mai mici decât aceste prețuri maximale.

- Condiția păstrării prețului pentru întreaga perioadă contractuală nu este restrictivă și nici lipsită de temei legal, deoarece conform prevederilor legale invocate, regula este menținerea nemodificată a prețului, ajustarea acestuia fiind excepția permisă de lege doar în situațiile anume și restrictiv precizate.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea acordului cadru de furnizare având ca obiect ”MEDICAMENTE ANTIINFECȚIOASE”, cod CPV 33651000-8. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ...../....., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Împotriva conținutului documentației de atribuire, SC ..... SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. ...../.....

Pe fondul contestației formulate de SC ..... SRL, Consiliul retine:

Singura critica formulata de contestatorul SC ..... SRL se refera la dispozițiile art. 5.1 din Acordul cadru de furnizare ”Prețul nu se ajustează” și la cele ale art. 18.2 din Contractul subsecvent de furnizare ”Prețul contractului nu se ajustează".

In primul rand, Consiliul constata ca intreaga durata a acordului-cadru de furnizare având ca obiect ”MEDICAMENTE ANTIINFECȚIOASE” care urmeaza a fi semnat este de 12 luni si este posibil, chiar previzibil, ca in aceasta perioada sa nu intervina modificari legislative cu impact major asupra preturilor la medicamentele care urmeaza a fi livrate.

In al doilea rand, autoritatea contractanta are perfecta dreptate atunci cand sustine ca prevederile legale dau posibilitatea autorității contractante de a decide (si de a preciza in documentatie) posibilitatea ajustari prețului si conditiile in care se poate face aceasta ajustare **dar nu impun acesteia obligația ajustării prețului sau obligatia introducerii in documentatie a unor prevederi privind ajustarea pretului in anumite conditii.** Este perfect legal ca autoritatea contractanta sa decida faptul ca pretul nu se ajusteaza in nicio situatie.

Cu atat mai mult, in speta este vorba despre un acord-cadru care urmeaza a se incheia cu maximum 3 agenti economici, nu cu un unic agent economic. Daca, in mod teroretic, la momentul incheierii unui nou contract subsecvent (ulterior celui incheiat initial) un semnatar al acordului-cadru considera ca nu mai poate pastra pretul/preturile propuse initial atunci este optiunea acestuia sa nu oferteze pentru incheierea noului contract subsecvent, fara a suferi absolut nicio sanctiune.

Prin urmare, Consiliul va respinge solicitarea contestatorului SC ..... SRL de a se impune autoritatii contractante sa prevada si sa introduca in documentatie o modalitate de ajustare a pretului, dispozițiile art. 5.1 din Acordul cadru de furnizare și cele ale art. 18.2 din Contractul subsecvent de furnizare fiind legale si intemeiate.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Pentru aceste motive,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestaţia formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

...