CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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 Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../ ....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ……, ……, județul ....., având CUI RO ....., număr de înregistrare în Registrul Comerţului ……, privind procedura simplificată, într-o singură etapă, organizată de ....., cu sediul în ....., str. ....., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru de Servicii de verificare anuală, reparații și furnizare piese de schimb pentru aparatura medicală și dispozitive medicale – lot 3 – Defibrilator Corpuls 3, cod CPV 50421000-2 Servicii de reparare și întreținere a echipamentului medical (Rev. 2), contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante la revizuirea documentației de atribuire, în sensul eliminării prevederii care limitează la 10% adaosul comercial maxim – raportat la prețul său de achiziție – cu care prestatorul are dreptul să factureze piesele care nu sunt cuprinse în propunerea sa financiară și eliminării prevederii prin care manopera pentru aceste piese va fi de 0 lei, dacă în ofertă nu se identifică o operațiune similară.

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 soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ofertantul SC ..... SRL critică documentația de atribuire publicată în SEAP de autoritatea contractantă, în cadrul procedurii de atribuire menţionată în partea

introductivă, învederând în motivare că prevederile contestate sunt nelegale și facilitează încălcarea gravă a principiului eficienței utilizării fondurilor publice, pierzându-se rațiunea folosirii sistemului concurențial și a criteriilor economice pentru atribuirea contractului în scopul de a obține valoare pentru banii cheltuiți.

Urmare studierii documentației de atribuire, a transmis autorității contractante notificarea prealabilă nr. CP 201711160364/16.11....., solicitând modificarea respectivei documentații, în sensul eliminării prevederilor mai sus menționate.

La data de 20.11....., autoritatea contractantă a transmis răspuns prin adresa nr. 3463, comunicându-i că nu va adopta măsuri de modificare a documentației.

SC ..... SRL susține că păstrarea prevederilor invocate oferă doar o falsă aparență de utilizare eficientă a fondurilor publice, întrucât în realitate nu garantează achiziționarea la cel mai bun preț a unui produs/a unei piese. De asemenea, încalcă în mod flagrant principiul de egalitate juridică a părților raportului juridic civil, prin încercarea unei părți de a își impune voința proprie asupra comportamentului celeilalte părți într-o măsură mai mare decât această parte a consimțit iar legiuitorul a reglementat. Sunt invocate prevederile art. 15 din Noul Cod Civil și art. 14 din Legea nr. 72/2013. Consideră că lista extrem de limitată a pieselor de schimb incluse în ....., coroborată cu complexitatea echipamentelor, conduc la situația foarte probabilă ca operațiunea de înlocuire a unei piese neincluse în listă să nu poată fi încadrată ca ”similară” în raport cu cele existente, de unde și o probabilitate ridicată ca prestatorul să fie nevoit să efectueze mai multe operațiuni cu manoperă 0.

Totodată, afirmă că încalcă principiile promovării concurenței între operatorii economici, respectiv al garantării tratamentului egal și nediscriminării operatorilor economici prin devoalarea unor informații confidențiale ce țin de politica de preț a fiecărui producător, respectiv agent economic distribuitor al acestuia în parte, informații care astfel devin susceptibile de a fi transmise concurenților respectivului producător și/sau operator și forțează operatorii economici să încalce clauzele de confidențialitate din contractele pe care le au cu furnizorii prin comunicarea odată cu transmiterea spre verificare a facturilor de achiziție a unor informații secrete cum ar fi prețul, discounturi, termen și condiții de plată.

Prin adresa nr. 3567/28.11....., înregistrată la Consiliu cu nr. 50957/28.11....., ... a transmis punctul de vedere la contestaţie, prin care a solicitat respingerea ca neîntemeiată a acesteia.

Autoritatea contractantă susține în continuare răspunsul său la notificarea prealabilă formulată de contestatoare, completând cu următoarele argumente:

În ceea ce privește numărul redus de poziții solicitate comparat cu acel catalog al aparatului, arată că, în anul 2016, numărul total de

repere diferite achiziționate pentru reparațiile aparatelor Corpuls 3 a fost 8. Doar 8 piese (în cantități diferite) au fost schimbate/reparate de furnizorul de servicii. În anul ....., până la data redactării punctului de vedere, numărul total de repere diferite achiziționate pentru reparațiile aparatelor Corpuls 3 a fost de 12.

Cumulat, pentru serviciile de reparații ale aparatelor Corpuls 3 din dotarea sa, în anii 2016 și ..... s-au achiziționat doar 13 piese diferite.

Astfel, numărul de poziții/repere solicitate la ofertare de autoritatea contractantă, respectiv 27, cuprinde aproape toate piesele care au prezentat defecțiuni în anii 2016 și ....., la care s-au adăugat cele a căror șansă de defectare s-a prezumat a fi mai mare. Solicitarea contestatoarei de a fi introduse un număr cât mai mare de repere îngreunează inutil desfășurarea procedurii de achiziție.

Posibilitatea apariției unor defecțiuni ce implică achiziționarea unor piese ce nu au fost ofertate a fost luată în considerare de către autoritatea contractantă, în acest caz fiind aplicabile prevederile din caietul de sarcini prin care i se permite prestatorului un adaos comercial de maxim 10% față de prețul de achiziție. Un adaos comercial de 10% este menit să asigure un oarecare nivel de profitabilitate prestatorului, reparația în general incluzând și partea de manoperă, tot plătită.

Din punctul său de vedere, cum a afirmat în răspunsul la plângerea prealabilă, este dreptul și obligația prestatorului de a stabili similitudinea pentru manoperă.

Autoritatea contractantă consideră că această prevedere nu este deloc în măsură de a produce vătămări prestatorului, acesta fiind cel care, cu respectarea prevederilor legale referitoare la îndeplinirea cu bună-credință a obligațiilor contractuale, este în măsură să asimileze manopera, atât în ceea ce privește durata, cât și în ceea ce privește complexitatea/natura acesteia.

Propunerea de acord-cadru prevede faptul că devizul estimativ pentru reparația aparatului trebuie acceptat de către autoritatea contractantă anterior efectuării operațiunii (pct. 14). Prin acceptarea de către autoritatea contractantă a devizului de reparații estimativ propus de prestator, aceasta confirmă soluția propusă.

Pe cale de consecință, situația expusă de contestatoare, în care aceasta efectuează o reparație și nu o poate factura, este imposibil de materializat. Dimpotrivă, chiar în caietul de sarcini, apare mențiunea: „Pentru serviciile prestate la dispozitivele medicale care nu se regăsesc în oferta financiară, prestatorul va întocmi un deviz de lucrări pentru care se va practica tarif/oră”. Este evident că, pentru serviciile ce implică doar reparații, fără schimbarea unei piese, plata se va factura la tariful orar, conform devizului de lucrări acceptat anterior de autoritatea contractantă.

Ca răspuns la punctul de vedere formulat de către autoritatea contractantă, SC ..... SRL a transmis adresa nr.

CP201711290663/29.11....., înregistrată la Consiliu cu nr. 51316/ 29.11....., precizând că nu contestă dreptul și libertatea autorității contractante de a achiziționa un număr extrem de redus de repere (câteva zeci dintr-o listă de peste 2000), deși, după propriile declarații, creșterea numărului diferit de piese ce a trebuit achiziționat a fost, într-un singur an, de 50% , iar cu învechirea echipamentului, există șansa ca acest procent să crească exponențial.

Criticile sale fac referire la intenția autorității contractante de a crea un cadru aparent legal pentru achiziții viitoare de piese, fără organizarea la momentul respectiv a unei proceduri de achiziție publică, respectiv a impune furnizorului o marjă maximă de adaos (10%), decizie care oferă doar o falsă garanție a achiziționării unei piese la prețul cel mai mic, prin simpla utilizare de către furnizor al unui lanț mai lung de intermediari, precum și la obligarea furnizorului de a presta servicii cu manopera 0 lei, prin procesul extrem de subiectiv de identificare sau neidentificare a unei operațiuni similare în oferta prestatorului.

Contestatoarea reproduce, integral, conținutul art. 14 lit. c), d) și e) din propunerea de acord-cadru, care arată, fără echivoc, că prestatorului i se impune să efectueze aprovizionarea cu piese și reparația propriu-zisă pe baza unui acord verbal al achizitorului, anterior obținerii acceptului scris, ceea ce face ca facturarea cu manopera 0, contrar celor susținute de autoritate, să nu fie un scenariu „imposibil de materializat”, ci o variantă cât se poate de probabilă.

Documentele necesare soluționării cauzei au fost înaintate cu adresa nr. 3567/28.11....., înregistrate la Consiliu sub nr. 51767/ 05.12.....

Ca o completare a punctului de vedere, ... transmite adresa nr. 3646/05.12....., înregistrată la Consiliu cu nr. 51833/05.12....., precizând că nu a menționat în punctul de vedere că acceptul devizului trebuie să fie scris pentru inițierea reparațiilor. Nu crede că poate fi vorba despre o acceptare necondiționată a devizelor întocmite de către operator, fiind firească discutarea posibilelor soluții pentru remedierea defecțiunii.

Din caietul de sarcini și din prevederile acordului-cadru reiese extrem de clar modul de desfășurare a intervenției. În urma acordului verbal al reprezentantului autorității contractante, prestatorul inițiază demersurile necesare reparației, consemnarea și transmiterea devizului scris urmând a se face obligatoriu în aceeași zi, iar devizul de lucru aprobat de autoritatea contractantă se transmite prestatorului cel târziu în următoarea zi lucrătoare. Următoarea zi lucrătoare de la data predării este termenul maxim de finalizare a actelor necesare. În schimb, termenul de efectuare a reparațiilor este de 3 zile lucrătoare de la predare, iar în cazuri excepționale, când piesa nu e pe stoc, poate merge până la 30 de zile. Este evident că prestatorul are posibilitatea de a-și organiza activitatea.

Referitor la manoperă, autoritatea contractantă arată că oferă operatorilor economici posibilitatea de a-și stabili durata operațiunii și tariful pe oră de manoperă, separat pentru fiecare tip de reparație.

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

În vederea încheierii acordului-cadru de Servicii de verificare anuală, reparații și furnizare piese de schimb pentru aparatura medicală și dispozitive medicale – lot 3 – Defibrilator Corpuls 3, ..., în calitate de autoritate contractantă, a iniţiat procedura simplificată – într-o singură etapă, prin publicarea în SEAP a anunţului de participare simplificat nr. ...../....., data limită de depunere a ofertelor fiind stabilită pentru 20.11....., ora 1500. Valoarea estimată a acordului-cadru este de 142.958 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este preţul cel mai scăzut.

Nemulţumită fiind de conținutul documentației de atribuire, SC ..... SRL a depus contestaţie, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Potrivit caietului de sarcini, *obiectul contractelor subsecvente îl reprezintă prestarea de servicii de verificare anuală şi reparaţii la aparatura medicală şi la dispozitivele medicale ale beneficiarului, precum şi furnizarea de piese de schimb pentru acestea.*

Serviciile de reparaţii constau în:

a) efectuarea reparaţiilor în baza comenzii ferme, la prețul unitar a pieselor de schimb și la durata fixă a manoperei, ce se regăsește în propunerea financiară.

b) verificarea periodică anuală pentru toate aparatele, procedură care se va desfășura în urma unui grafic stabilit între autoritatea contractantă și furnizorul de servicii câștigător.

S-a menționat, între altele, că *preţul unitar al serviciilor de verificare şi de reparaţii şi al pieselor de schimb este cel cuprins în propunerea financiară a prestatorului. Piesele care nu sunt cuprinse în listă se vor factura cu un adaos comercial de maxim 10% faţă de preţul la care prestatorul le-a achiziţionat de la furnizor, dovedit prin factură fiscală; manopera pentru aceste piese va fi manopera ofertată pentru o operaţiune similară, sau dacă în ofertă nu există o operaţiune similară, manopera va fi de 0 lei.*

Se observă, din prevederea anterior citată, că facturarea cu adaos comercial de maxim 10% față de prețul de la furnizor și manopera similară cu o altă manoperă ofertată sau, în caz contrar, o manoperă de 0 lei, vizează situația în care piesele de schimb *nu sunt cuprinse* în lista din caietul de sarcini, cuprinzând piesele care fac obiectul acordului-cadru, respectiv al contractului subsecvent, cu indicarea cantităților minime și maxime.

Din analiza contestației și a punctului de vedere la aceasta, se constată că divergențele între petentă și autoritatea contractantă privesc faptul că ar fi fost incluse în obiecul contractului consumabile, nu piese de schimb, respectiv că ar fi fost prevăzute prea puține poziții față de multitudinea de piese de schimb ale echipamentelor, existente în catalogul producătorilor. Pe de altă parte, achizitoarea a susținut că lista pieselor de schimb a fost întocmită cu luarea în considerare a pieselor de schimb achiziționate în anii anteriori.

Relevanță în soluționarea cauzei prezintă dispozițiile legale din normele metodologice aprobate Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, care reglementează atribuirea acordului-cadru, între care:

- art. 20 alin. (1) Documentaţia de atribuire este alcătuită din următoarele:

a) fişa de date a achiziţiei;

b) caietul de sarcini sau documentul descriptiv, acesta din urmă fiind aplicabil în cazul procedurilor de dialog competitiv, de negociere sau de parteneriat pentru inovare;

c) proiectul de contract conţinând clauzele contractuale obligatorii;

d) formulare şi modele de documente.

(2) Documentaţia de atribuire conţine orice cerinţă, criteriu, regulă şi alte informaţii necesare pentru a asigura ofertantului/ candidatului o informare completă, corectă şi explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

(3) Fişa de date trebuie să conţină cel puţin informaţii generale standard, însoţite de formalităţile ce trebuie îndeplinite în legătură cu procedura de atribuire în cauză, particularizate în funcţie de contextul în care se încadrează achiziţia, aspectele/cerinţele care pot face obiectul DUAE, criteriile de calificare şi selecţie, dacă este cazul, informaţii privind garanţia de participare, modul în care trebuie întocmite şi structurate propunerea tehnică şi cea financiară, criteriul de atribuire ce urmează a fi aplicat, precum şi căile de atac ce pot fi utilizate.

(8) Pe lângă informaţiile prevăzute la alin. (3), în cazul acordului-cadru, fişa de date a achiziţiei trebuie să conţină şi un set minim de informaţii specifice referitoare la:

f) **estimări ale cantităţilor minime şi maxime care ar putea fi solicitate pe durata întregului acord-cadru**, precum şi ale cantităţilor minime şi maxime care ar putea face obiectul unui singur contract subsecvent dintre cele care urmează să fie atribuite pe durata acordului-cadru.

Așadar, obiectul acordului-cadru trebuie determinat de la anterior lansării procedurii, fiind stabilite cu exactitate cantitățile minime și maxime care ar putea fi solicitate pe durata acordului-cadru.

Autoritatea contractantă nu poate organiza o procedură pentru încheierea acordului-cadru cu determinarea unui anumit obiect al acestuia (cantități minime/maxime estimate ale pieselor de schimb), pentru ca, ulterior, să achiziționeze alte piese de schimb care nu au fost prevăzute în fișa de date a achiziției, situație care echivalează, astfel cum a sesizat și contestatoarea, cu achiziția, fără organizarea unei proceduri, de noi piese de schimb. Mai mult, achiziția pieselor noi de schimb, neprevăzute în acordul-cadru, se va realiza în anumite condiții impuse sub aspectul prețului, respectiv cu adaos comercial maxim anterior stabilit, respectiv 10% față de prețul de la furnizor.

Situația reglementată de achizitoare, referitoare la posibilitatea facturării unor piese de schimb și a unei manopere pentru acestea, în condițiile în care ele nu sunt incluse în acordul-cadru și, prin urmare, nu pot face obiectul acordului-cadru, este contrară dispozițiilor legale enunțate.

Mai mult decât atât, impunerea de către achizitoare, pentru piese de schimb, despre care operatorii economici nu au cunoscut că fac obiectul acordului-cadru, a unui adaos comercial de maxim 10% față de prețul de la furnizor, este contrară principiului promovării

concurenței, neputând fi impuse adaosuri maxime pentru piese de schimb sau prestarea serviciilor. De altfel, achizitoarea nu a invocat vreo prevedere legală avută în vedere la stabilirea adaosului comercial maxim.

Totodată, este de reținut că jurisprudența constantă a Consiliului a fost în a considera că tarifele de zero lei conduc la respingerea ofertelor ca inadmisibile, aceste tarife considerându-se a nu fi rezultatul liberei concurențe.

S-a apreciat în respectivele decizii că, faţă de asigurarea în mod gratuit a uneia dintre activităţile prevăzute în caietul de sarcini, nu s-a depus o ofertă pentru încheierea unui contract de achiziţie publică, ci o ofertă pentru încheierea altei specii de contract, respectiv a unui contract cu titlu gratuit, nereglementat de legislația aferentă. Un contract în care furnizorul, prestatorul sau executantul oferă produsul, serviciul sau lucrarea în mod gratuit nu este de achiziţie publică, ci are altă natură (donaţie, comodat, sponsorizare, mecenat, voluntariat etc.).

S-a apreciat că, pentru un asemenea tarif, nu se poate prezenta o detaliere privind structura acestuia şi fundamentarea cheltuielilor. În realitate fiind în prezenţa unei oferte lipsită de un preţ al contractului pentru o anumită activitate, cum ar fi manopera pentru serviciile prestate, autoritatea contractantă ar fi obligată să facă aplicarea dispoziţiilor art. 137 alin. (3) lit. c) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2006, potrivit cu care oferta este considerată neconformă dacă, în cadrul propunerii financiare, conţine preţuri care nu sunt rezultatul liberei concurenţe şi care nu pot fi justificate.

Acceptarea prestării unei activităţi în mod gratuit ar conduce la încălcarea atât a principiului tratamentului egal, cât şi al scopului legislației de promovare a concurenţei între operatorii economici.

Așadar, autoritatea contractantă nu poate impune operatorilor economici prestarea unor servicii care nu fac obiectul achiziției și care nu le sunt cunoscute la momentul ofertării și, în plus, nu poate impune o manoperă de 0 lei pentru servicii a căror manoperă nu poate fi asimilată cu alte servicii prestate.

În punctul său de vedere, achizitoarea a explicat că numărul de poziții/repere solicitate la ofertare cuprinde toate piesele care au prezentat defecțiuni în anii 2016 și ....., la care s-au adăugat cele a căror șansă de defectare s-a prezumat a fi mai mare, prin urmare, acestea trebuie să facă obiectul acordului-cadru, putând fi permisă achiziționarea până la cantitățile maxime, pentru reperele indicate.

În cazul analizat, autoritatea contractantă a inclus o prevedere în caietul de sarcini prin care urmărește să achiziționeze, pe parcursul derulării acordului-cadru, a unor piese de schimb care nu au fost incluse în obiectul acestuia și ale căror prețuri nu sunt cunoscute la momentul ofertării, prevedere care este contrară dispozițiilor legale în

materia achizițiilor publice și scopului desfășurării procedurii, încălcându-se principiile care stau la baza achizițiilor publice.

Potrivit art. 147 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 *Contractul de achiziţie publică/ acordul-cadru are cel puţin următoarele anexe, ca parte integrantă:*

a) caietul de sarcini, inclusiv clarificările şi/sau măsurile de remediere aduse până la depunerea ofertelor ce privesc aspectele tehnice şi financiare;

b) oferta, respectiv propunerea tehnică şi propunerea financiară, inclusiv clarificările din perioada de evaluare.

(...)

Atât timp cât anexele acordului-cadru sunt caietul de sarcini, în care sunt incluse anumite piese de schimb, și propunerea financiară a operatorului economic câștigător care, implicit, nu poate cuprinde decât piesele de schimb prevăzute în caietul de sarcini, acordul-cadru nu poate avea ca obiect alte piese de schimb, acest lucru însemnând achiziționarea unor piese noi de schimb fără desfășurarea unei proceduri.

Se constată astfel că sunt întemeiate criticile contestoarei în privința eliminării cerinței din caietul de sarcini: *Piesele care nu sunt cuprinse în listă se vor factura cu un adaos comercial de maxim 10% faţă de preţul la care prestatorul le-a achiziţionat de la furnizor, dovedit prin factură fiscală; manopera pentru aceste piese va fi manopera ofertată pentru o operaţiune similară, sau dacă în ofertă nu există o operaţiune similară, manopera va fi de 0 lei.*

Având în vedere stadiul desfășurării procedurii, respectiv au fost deschise ofertele, aspect care rezultă din procesul-verbal de vizualizare a ofertelor nr. 3502/22.11....., publicat în SEAP, nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere în sensul modificării caietului de sarcini, fără încălcarea principiilor transparenței și tartamentului egal, astfel că se va dispune măsura anulării procedurii de atribuire.

Capătul de cerere referitor la modificarea documentației de atribuire va fi respins ca rămas fără obiect ca urmare a anulării procedurii.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite, în parte, contestaţia formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., și anulează procedura simplificată într-o singură etapă organizată în vederea încheierii acordului-cadru de Servicii de verificare anuală, reparații și furnizare piese de schimb pentru aparatura medicală și dispozitive medicale – lot 3 – Defibrilator Corpuls 3.

În temeiul art. 26 alin. (6) din lege, respinge ca rămas fără obiect capătul de cerere privind modificarea documentației de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
……	**……**	**……**