



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /, ...

Data:

Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. /, formulată de SC SRL, cu sediul în, județul, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin administrator, împotriva documentației de atribuire, elaborată de către, cu sediul în, în cadrul procedurii de licitație deschisă online, cu etapă finală de licitație electronică, pentru atribuirea acordului-cadru de furnizare, având ca obiect „.....”, s-a solicitat Consiliului obligarea autorității contractante la

Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliu cu nr. /, depusă de SC SRL, cu sediul în, având număr de înregistrare în registrul comerțului și CUI RO, reprezentată de, privind aceeași procedură de licitație deschisă online, cu etapă finală de licitație electronică organizată de, s-a solicitat Consiliului, la dispunerea măsurilor cerute prin notificarea postată în SEAP în data de 25.01..... și, în subsidiar, la anularea procedurii, pentru situația în care se va aprecia că nu mai pot fi dispuse măsurile solicitate.

Pentru soluționarea unitară a contestațiilor, având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestațiile de față, prin care SC SRL și SC SRL solicită modificarea/completarea documentației de atribuire (caiet de sarcini/fișă de date/acord-cadru /model de contract subsecvent), apreciind că o serie de prevederi ale acesteia sunt nelegale.

Potrivit SC SRL, nelegalitatea documentației de atribuire, astfel cum a fost întocmită de autoritatea contractantă, decurge din următoarele aspecte:

1. licitația națională a fost organizată doar pentru 12 din cele 83 de medicamente incluse în Lista produselor aprobate în vederea achiziției centralizate naționale, fiind astfel încălcat Ordinul nr. 658/2013, actualizat la 25.10.2016, emis în baza art. 3 alin. (2) din OUG nr. 71/2012.

În opinia contestatoarei, pe lângă actele normative menționate anterior, a fost încălcată și legislația achizițiilor publice prin nerespectarea principiilor nediscriminării, transparenței, tratamentului egal și utilizării eficiente a fondurilor publice. În condițiile în care, contrar art. 2 alin. (5) din OUG nr. 71/2012, autoritatea contractantă organizează o licitație națională pentru produsele oncologice (parțial), contestatoarea apreciază că este limitat accesul pacienților la tratament, drept reglementat de art. 2 din Legea nr. 46/2003. De asemenea, este limitată penetrarea pieței de către medicamentele generice ale celor 12 medicamente originale, selectate în mod discreționar de către Publice.

Mai mult, susține că și în situația în care, prin absurd, s-ar admite că este legală împărțirea unei achiziții centralizate de medicamente incluse într-un program național de sănătate în mai multe sub-achiziții centralizate, oricum nu ar fi exclusă obligația organizatoarei procedurii de a comunica în mod transparent rațiunile pentru care din 83 de medicamente au fost preferate pentru prima achiziție doar 12 dintre ele.

Referitor la susținerile autorității contractante conform cărora, organizarea unei astfel de proceduri este permisă unităților sanitare, pe cale de excepție, de către OUG nr. 72/2012, contestatoarea atrage atenția că o astfel de derogare a fost acordată doar pentru semestrul I al anului 2013.

Pe de altă parte, chiar dacă ar fi admisibil un criteriu care să permită Ministerului Sănătății să etapizeze achiziția centralizată, aceasta ar trebui să aibă în vedere consumul cantitativ și nu cel valoric. Mai mult, contestatoarea atrage atenția asupra faptului că, dacă valoarea ar fi fost criteriul alegerii medicamentelor, atunci ar fi

trebuit incluse produsele Caelyx, Docetaxel, Neulasta, Velcade și eliminate medicamentele Yondelis, Dacogen, Endoxan și Endoxan și arată că din cele 12 medicamente, 5 aparțin producătorului Hoffman La Roche și reprezintă 75% din valoarea licitației.

În aceste condiții, contestatoarea apreciază că se impune modificarea documentației de atribuire în sensul includerii tuturor medicamentelor din Programul Național de Sănătate Oncologic aprobate la data organizării procedurii prin Ordinul nr. 658/2013, actualizat la 25.10.2016.

2. caietul de sarcini permite posibilitatea discreționară a autorității contractante de a accepta sau nu de la un furnizor produse cu perioade de valabilitate cuprinsă între 12 și 18 luni, furnizorul fiind obligat să înlocuiască produsul în legătură cu care există plângeri cu privire la perioada de valabilitate.

Contestatoarea arată că, prin decizia nr. 2234/C6/2573/2750 din data de 19.12.2016, emisă într-o altă procedură având același obiect, Consiliul a anulat în totalitate clauza potrivit căreia este interzis autorității contractante să oblige furnizorul să înlocuiască, pe propria cheltuială, produsele neutilizate la expirarea termenului de valabilitate. Cu toate acestea, în actualul caiet de sarcini, se prevede că autoritatea contractantă are dreptul de a notifica imediat furnizorului, în scris, orice plângere sau reclamație ce apare în legătură cu această garanție, furnizorul având obligația de a înlocui produsul pe costul său care va beneficia de o nouă perioadă de garanție.

Contestatoarea precizează că este de acord că orice deficiență constatată la livrarea produselor să conducă la înlocuirea produsului conform procesului-verbal de recepție ce se va semna, dar, formularea din caietul de sarcini, care se regăsește și la art. 16 din contractul subsecvent de furnizare, care permite autorității contractante să notifice furnizorul în scris în legătură cu orice plângere sau reclamație, alta decât cea de la momentul livrării, respectiv obligația furnizorului de a înlocui produsul cu un alt produs care va beneficia de o nouă perioadă de garanție care decurge de la data înlocuirii acestuia, reprezintă în fapt, fosta prevedere din caietul de sarcini, anulată de Consiliu prin decizia menționată anterior.

Prin urmare, contestatoarea consideră că se impune modificarea art. 16 din contractul subsecvent de furnizare în sensul că furnizorul să înlocuiască orice produs în legătură cu care au fost primite plângeri sau reclamații la momentul livrării produselor. Totodată, consideră că trebuie remediată și prevederea din caietul de sarcini cu privire la garanția produsului, potrivit căreia autoritatea contractantă poate să refuze în mod arbitrar medicamente cu o garanție cuprinsă între 12 și 18 luni. Pentru evitarea oricărei interpretări legată de discreționarism al autorității contractante, contestatoarea solicită reformularea exactă a termenului de garanție

acceptat de autoritatea contractantă, de exemplu: *Termenul de garanție la momentul livrării medicamentului va fi de 12 luni.*

3. este impusă, în mod abuziv, o procedură de reofertare trimestrială, fără că aceasta să aducă beneficii autorității contractante generând însă prejudicii în sarcina Furnizorului

Contestatoarea arată că, potrivit pct. II.1.4. din fișa de date a achiziției, frecvența și valoarea contractelor ce vor fi atribuite se va face trimestrial, fără să se precizeze în mod clar și transparent cum se vor atribui trimestrial aceste contracte în condițiile în care atribuirea lor se va realiza cu reluarea competiției.

De asemenea, apreciază că este important ca autoritatea contractantă să precizeze de la ce dată începe să curgă termenul de trei luni, în condițiile în care semnarea contractelor durează, în practică, și 2 luni după reluarea competiției.

Mai mult, contestatoarea consideră că termenul de trei luni nu este unul fezabil având în vedere că, dacă termenul va curge de la primul contract subsecvent de furnizare semnat, contractele subsecvente, ce vor fi fost semnate ultimele, nu vor întruni condiția de 3 luni, procedura de reofertare intervenind înaintea termenului contractului subsecvent. Acest fapt ce ar prejudicia atât furnizorul, prin pierderea termenului de garanție impus prin caietul de sarcini la livrare precum și prin întâmpinarea unor dificultăți de aprovizionare cu medicamente și în ceea ce privește prețurile.

Potrivit contestatoarei, termenul de trei luni pentru contractele subsecvente este atipic pentru industria farmaceutică, liniile de producție de medicamente fiind limitate, iar producătorii impunând previziuni cantitative asumate de către furnizori. În acest context, și în lipsa oricărui grafic de livrare, fie și estimativ, a impune furnizorilor să își asume un preț competitiv și cantități mai mari decât cele necesare perioadei dintre 2 reofertări reprezintă un abuz de drept și o încălcare a principiilor bunei credințe imperios necesară în raporturile juridice, conform dispozițiilor art. 14 și 15 din Codul Civil.

Având în vedere că, deși acest aspect a fost adus la cunoștință autorității contractante prin Notificarea prealabilă, nu au fost dispuse măsuri de remediere, contestatoarea solicită constatarea contradicției dintre prevederile pct. II.1.4 și pct. VI.1.3 din fișa de date a achiziției și, pe cale de consecință, cere obligarea autorității contractante la stabilirea unui calendar fix al termenelor sau a unui interval de timp în care să aibă loc reofertarea și semnarea contractelor subsecvente și să indice, în mod clar, intervalul de timp dintre două reofertări.

4. autoritatea contractantă intervine în politica comercială a furnizorului și în relația dintre persoane juridice private, respectiv între spitale și clinici private

În acest sens, contestatoarea arată că operatorilor economici li se impune să contracteze cu achizitorii persoane juridice de drept

privat în aceleași condiții ca și cu spitalele publice, în condițiile în care, singura obligație ce ar trebui să existe în relația cu achizitorii persoane juridice ar trebui să țină de prețul adjudecat și de caracteristicile tehnice ale produsului, condiție pe care medicamentele trebuie să o îndeplinească.

Astfel, dată fiind valoarea mare a licitației și raportat la faptul că furnizorii distribuitori preiau în întregime riscul plății prețului, iar plata nu va fi făcută de autoritatea contractantă, contestatoarea consideră că este abuziv să se impună furnizorului încheierea de contracte subsecvente în formatul prevăzut în documentația de atribuire cu spitale sau clinici private care nu întrunesc condițiile de solvabilitate, de etică în activitate sau de bonitate conform politicilor comerciale ale furnizorului.

În consecință, solicită să se constate că susținerile autorității contractante, ca răspuns la Notificarea prealabilă, potrivit cărora acordul-cadru ce face parte integrantă din documentația de atribuire este un simplu model orientativ, contravin în mod flagrant dispozițiilor legale în vigoare care prevăd că acordul-cadru trebuie să conțină clauzele obligatorii prevăzute de HG nr. 395/2016.

De asemenea, solicită obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire în sensul menționării dreptului justificat al furnizorului de a nu livra medicamente către spitalele sau clinicile private cu risc de neplată, conform unor standarde de verificare obiective și recunoscute la nivel național. Totodată, ca măsură de remediere alternativă, cere menționarea în cadrul documentației, că acordul-cadru este formularul standard ce urmează a fi folosit ulterior finalizării procedurii de atribuire, cu precizarea, în cuprinsul acestuia, a obligației de garantare, de către autoritatea contractantă, a plății prețului datorat de către spitalele private, respectiv obligația CNAS de a achita prețul direct în contul ofertantului vânzător.

5. modalitatea de ajustare a prețului este nelegală

Cu privire la acest aspect, contestatoarea arată că, deși art. 7.1 din acordul-cadru prevede în mod corect algoritmul de calcul al prețului de ajustare în situația modificării prețului în CANAMED conform art. 7.2, se impune ca prețul ajustat în condițiile prevăzute la art. 7.1, nu va depăși prețul de decontare reglementat conform prevederilor legale în vigoare.

Astfel, autoritatea contractantă nu are în vedere că ajustarea prețurilor se poate 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, existând astfel 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 oferat.

De asemenea, 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.

Contestatoarea arată că, deși prin Notificarea prealabilă, a solicitat autorității contractante să reformuleze art. 7.2 și să menționeze în mod expres că prețul ajustat în condițiile prevăzute la art. 7.1 nu va depăși prețul de decontare reglementat conform prevederilor legale în vigoare, cu condiția ca prețul de decontare să fi fost ajustat în mod corespunzător, autoritatea contractantă a remediat cerința în cauză, în mod contrar solicitării, după cum urmează – *Prețul ajustat în condițiile art. 7.2 din acordul – cadru nu va depăși prețul de decontare reglementat conform prevederilor legale, aflat în vigoare la data încheierii contactelor subsecvente.*

Prin urmare, contestatoarea solicită reformularea art. 7.2 cu menționarea, în mod expres, că prețul ajustat în condițiile prevăzute la art. 7.1 nu va depăși prețul de decontare reglementat conform prevederilor legale în vigoare, cu condiția ca prețul de decontare să fi fost ajustat în mod corespunzător.

Contestatoarea mai atrage atenția și asupra faptului că autoritatea contractantă nu respectă dispozițiile Ordinului nr. 842/175/2016 privind aprobarea Metodologiei de calcul al ratei de actualizare ce va fi utilizată la atribuirea contractelor de achiziție publică, potrivit cărora, autoritatea contractantă ar avea obligația de a include în cadrul documentației de atribuire, atunci când criteriul de atribuire este – *costul cel mai scăzut* - toate informațiile necesare pentru calculul financiar al fiecărui element de cost al ciclului de viață, inclusiv rata de actualizare care urmează a fi utilizată pentru respectivul calcul.

Or, deși potrivit Fișei de date a achiziției, criteriul de atribuire este – *prețul cel mai scăzut* – în cuprinsul documentației de atribuire nu există informațiile impuse de Ordinul anterior menționat. În consecință, contestatoarea solicită modificarea documentației de atribuire în sensul introducerii unor clauze care să respecte prevederile Ordinului menționat.

6. *În fișa de date a achiziției nu există mențiuni cu privire la situația contractelor de furnizare încheiate cu spitalele care vor fi în vigoare la data semnării acordului-cadru.*

În opinia contestatoarei, este necesară lămurirea fără echivoc a situației contractelor de furnizare de medicamente aflate în vigoare la momentul semnării acordului-cadru deoarece niciun text de lege nu prevede încetarea automată a acestora iar în practică au existat situații în care, deși, în mod oficial, ... a confirmat menținerea

valabilității contractelor de furnizare medicamente aflate în vigoare la semnarea acordului-cadru, ulterior, a încetat toate aceste contracte motivat de necesitatea utilizării eficiente a fondurilor publice.

În cazul nelămuririi acestui aspect, prejudiciul creat furnizorilor care deja livrează medicamente în baza acestor contracte, indiferent dacă vor câștiga sau nu noul contract, va fi unul semnificativ.

În cadrul acestei proceduri, a depus contestație și SC SRL, operator economic care critică la rândul său o serie de prevederi ale documentației de atribuire, considerând necesară obligarea autorității contractante la luarea unor măsuri de remediere, constând în:

1. *modificarea anexei la caietul de sarcini prin eliminarea din cuprinsul acesteia a unităților și/sau clinicilor sanitare private și, pe cale de consecință, emiterea unei anexe care să cuprindă doar unitățile/centrele sanitare publice care derulează programul național de oncologie*, pentru care autoritatea contractantă are dreptul să organizeze licitația publică centralizată

În legătură cu acest aspect, contestatoarea arată că, în conformitate cu pct. 1.2 din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă organizează prezenta procedură centralizată pentru și în numele altor autorități contractante, în anexa 1a fiind menționate unitățile sanitare care vor încheia cu ofertanții câștigători contractele subsecvente acordului-cadru pentru furnizarea medicamentelor oncologice.

În opinia contestatoarei, includerea în anexa 1a și a unităților/centrelor private de sănătate este nelegală, fiind contrară definiției autorităților contractante de la art. 4 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, apreciază că sunt încălcate și alte dispoziții legale cu caracter special, respectiv OUG nr. 71/2012 și Ordinul Ministerului Sănătății nr. 1292/2012. Astfel, din coroborarea dispozițiilor legale speciale menționate, rezultă că Publice poate organiza proceduri de achiziții publice centralizate doar în numele și pentru unități sau centre sanitare publice nu și în numele și pentru unitățile sau centrele de sănătate private. Totodată, în baza acelorași prevederi legale, pot încheia contracte subsecvente, în baza acordurilor-cadru încheiate de Publice, doar unitățile sanitare publice sau instituțiile publice aflate în subordinea sau coordonarea Ministerului Sănătății Publice.

2. *completarea cap. 10 din modelul de contract subsecvent cu următoarele dispoziții: „Dacă achizitorul nu onorează facturile în termenul convenit, atunci furnizorul are dreptul de a sista livrarea produselor. Imediat după ce achizitorul își onorează obligațiile furnizorul va relua livrarea produselor în cel mai scurt timp posibil”.*

Contestatoarea apreciază necesară această completare în considerarea excepției de neexecutare a contractului ca mijloc de

apărare aflat la dispoziția uneia dintre părțile contractului sinalagmatic, în cazul în care i se pretinde executarea unei obligații ce-i incumbă, fără că partea ce pretinde această executare să-și execute propriile obligații. Temeiul juridic al excepției de neexecutare a contractului îl constituie interdependența obligațiilor reciproce din contractul sinalagmatic, împrejurarea că fiecare dintre aceste obligații constituie cauza juridică a obligației corelative.

3. reformularea art. 9.3 din contractul subsecvent după cum urmează: „9.3 – Furnizorul se obligă să furnizeze produsele în termenele convenite la pct. 15.1 - Produsele vor fi transportate, asigurate și livrate la sediile și/sau punctele de lucru ale achizitorului autorizate conform legii pe cheltuiala furnizorului”.

În opinia contestatoarei, această reformulare este impusă de o serie de prevederi legale imperative, respectiv de art. 800 alin. (3) din Legea nr. 96/2006 privind reforma în domeniul sănătății, art. 23 alin. (1) din Ghidul privind bună practică de distribuție en gros a medicamentelor aprobat prin Ordinul MS nr. 761/2015 și art. 2 alin. (8) din Legea farmaciei nr. 266/2008.

Contestatoarea atrage atenția supra faptului că este importantă modificarea art. 9.3 în sensul în care a fost cerută deoarece distribuitorii de medicamente, care nu livrează medicamentele la sediile și/sau punctele de lucru ale achizitorului autorizate conform legii, sunt sancționați în temeiul Legii nr. 95/2006 cu amendă și suspendarea autorizației de distribuție angro.

4. obligarea autorității contractante la comunicarea informațiilor privind adresele punctelor de livrare autorizate ale unităților sanitare pentru furnizarea medicamentelor din contractele subsecvente încheiate în baza prezentei proceduri

Acest lucru este necesar, în opinia contestatoarei, deoarece, în anexa la caietul de sarcini, au fost indicate doar unitățile sanitare care derulează programul național de oncologie nu și adresele/punctele de livrare autorizate unde trebuie făcută livrarea. Indicarea respectivelor adrese ar fi conformă cu art. 154 din Legea nr. 98/2016 și ar ajuta operatorul economic în elaborarea unei oferte complete, corecte și precise care să răspundă cerințelor autorității contractante din documentația de atribuire.

În ceea ce privește răspunsul autorității contractante, referitor la faptul că adresele în cauză pot fi obținute prin consultarea site-ului web al fiecăreia dintre unitățile sanitare, contestatoarea consideră că această informație nu ar reprezenta o informare completă, corectă și precisă și, mai mult, arată că informațiile solicitate cu privire la adresele punctelor de livrare nu sunt prezente pe site-urile indicate de autoritatea contractantă.

5. completarea dispozițiilor acordului cadru și contractului subsecvent, după cum urmează:

- *art. 10.2* din acordul cadru cu următoarele dispoziții „În cazul în care achizitorul este o unitate sanitară privată, furnizorul este ținut să îndeplinească obligațiile stabilite în condițiile acordului-cadru și/sau contractului subsecvent numai după primirea de la achizitor a garanției stabilită prin contractul subsecvent, respectiv scrisoare de garanție bancară sau ipotecă pe creanțele de la Casa de Asigurări de Sănătate”.

- *art. 4.1* din acordul cadru cu următoarele dispoziții: „Furnizorul este ținut să își îndeplinească obligațiile de furnizare și/sau de constituire a garanției de bună execuție numai după primirea de la achizitor a garanției stabilită prin contractul subsecvent, respectiv scrisoare de garanție bancară sau ipotecă pe creanțele de la Casa de Asigurări de Sănătate”.

- *art. 10.2* din contractul subsecvent cu următoarele dispoziții: “(...) În cazul în care achizitorul este unitate publică privată, pentru garantarea îndeplinirii obligației de plată în condițiile din contract, acesta se obligă să constituie în favoarea furnizorului oricare dintre următoarele garanții: scrisoare de garanție bancară, ipotecă pe creanțele de la Casa de Asigurări de Sănătate. Valoarea garanției va fi egală cu valoarea produselor furnizate de furnizor în temeiul contractului subsecvent”.

- *art. 4.1* din contractul subsecvent cu următoarele dispoziții: „Furnizorul este ținut să își îndeplinească obligațiile de furnizare și/sau constituire a garanției de bună execuție numai după primirea de la achizitor a garanției stabilită prin contractul subsecvent, respectiv scrisoare de garanție bancară sau ipotecă pe creanțele de la Casa de Asigurări de Sănătate”.

În justificarea acestei solicitări, contestatoarea cere să se țină seama de următoarele aspecte:

1. din categoria unităților sanitare care vor încheia contracte subsecvente de furnizare sunt și unități sanitare private aflate în relație contractuală cu Casa de Asigurări de Sănătate, care derulează subprogramul medicamentos al bolnavilor cu afecțiuni oncologice.

2. în baza contractelor încheiate cu CAS pentru achiziționarea medicamentelor din PN oncologie, unitățile sanitare private primesc banii de la CAS pentru medicamentele livrate de furnizori și, din motive diverse, aceștia fie nu pot fie nu vor să achite contravaloarea medicamentelor furnizate, schimbă destinația banilor primiți de la CAS sau intră în incapacitate de plată, fie voit fie din motive ce nu țin de voința acestora.

Cu toate acestea, furnizorul este obligat să onoreze comenzile cu toate riscurile, existența unei file de buget care să acopere în integralitatea ei produsele comandate nefiind suficientă pentru paralizarea riscului furnizorului/distribuitorului de medicamente. În acest fel, furnizorul nu va avea garanția încasării contravalorii produselor furnizate, urmând ca, în același timp, să fie sancționat

pentru eventuala nelivrare a produselor prin executarea garanției de bună execuție de 7% din valoarea contractului subsecvent.

Pentru situația în care vor fi respinse solicitările anterioare, contestatoarea cere anularea procedurii, în baza art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, întrucât aceasta a fost organizată prin săvârșirea de grave abateri de la prevederile legislative care au afectat procedura.

În susținere, invocă principiile ce stau la baza organizării procedurilor de achiziție publică, prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016, precum și încălcarea prevederilor Legii nr. 98/2016, OUG nr. 71/2012 și a Ordinului nr. 1292/2012, prin includerea unităților sanitare private în lista unităților sanitare pentru care se organizează prezenta procedură.

Totodată, invocă și nerespectarea de către autoritatea contractantă a obligației prevăzută în Ordinul nr. 1292/2012, privind numirea prin Ordin al ministrului sănătății a unei Comisii pentru elaborarea documentației de atribuire care să fi fost compusă din 5 membri și care să fi avut obligația de a elabora, în termen de 5 zile de la constituire, specificațiile tehnice ale produselor și de a finaliza documentația în termen de 10 zile de la constituire.

Contestatoarea arată că, în conformitate cu același act normativ, pentru validarea specificațiilor tehnice ale produselor și serviciilor, elaborate de comisie, trebuiau desemnați prin ordin al ministrului sănătății, 2 experți independenți, specialiști tehnici, alții decât cei ce fac parte din comisia pentru elaborarea documentației de atribuire, obligație în legătură cu care nu are dovezi că ar fi fost îndeplinită.

Prin punctul de vedere nr. 10429/20.02....., înregistrat la Consiliu cu nr. 5972/20.02....., ... a solicitat respingerea ca nefondate a contestațiilor depuse de SC SRL și SC SRL.

Referitor la critica SC SRL privind organizarea licitației pentru doar 12 din cele 83 de medicamentele incluse în Lista produselor aprobate în vederea achiziției centralizate naționale, arată că a mai fost formulată de contestatoare în cadrul unei alte proceduri, referitor la care Consiliul a emis decizia nr. 2234/C6/2573,2750/19.12.2016, respingând ca inadmisibilă cererea de modificare a documentației de atribuire cu includerea tuturor moleculelor din Programul Național de Oncologie.

În ceea ce privește observația privind posibilitatea discreționară a autorității contractante de a accepta sau nu de la un furnizor produse cu perioade de valabilitate cuprinsă între 12 și 18 luni, autoritatea contractantă face trimitere la aceeași decizie a Consiliului, amintită anterior, arătând că, ținând seama de aceasta, a eliminat atât din caietul de sarcini, cât și din modelul de contract subsecvent prevederea conform căreia furnizorul era obligat ca

produsele neutilizate la expirarea termenului de valabilitate să fie înlocuite de către acesta.

De asemenea, arată că, prin Clarificarea nr. 1 la anunțul de participare nr./....., la întrebarea nr. 2 referitoare la termenul de garanție acordat produselor, a formulat următorul răspuns – „Pentru a asigura împotriva oricăror incidente cauzate de calitatea produselor achiziționate, autoritatea contractantă a impus ofertanților ca produsele livrate să aibă un termen de valabilitate de cel puțin 18 luni de la data recepției. Pentru situațiile în care, în mod obiectiv, furnizorul nu va putea respecta această cerință și pentru a nu duce la apariția de întreruperi a tratamentelor din acest motiv, a fost prevăzută posibilitatea ca autoritatea contractantă să recepționeze și produse cu termen de valabilitate de 12 luni de la data recepției. Ținând cont de cele de mai sus, cuvântul poate are rolul de a sublinia dreptul autorității contractante de a recepționa produse cu termen de valabilitate de 12 luni de la data recepției și nu are sensul de probabil”.

Mai mult, precizează că în cadrul răspunsului nr. 4759/27.01....., formulat la notificarea prealabilă, răspunsul inițial a fost completat în sensul că prevederea privind înlocuirea produselor pentru care se reclamă perioada de garanție nu se referă la produsele cu termen de valabilitate cuprins între 12 și 18 luni, ci la acele produse cu termen de valabilitate mai mic de 12 luni.

De altfel, susține că se poate constata atât din formularea din caietul de sarcini cât și din formularea din modelul de contract subsecvent, că ea are dreptul de a notifica imediat furnizorului, în scris, orice plângere sau reclamație ce apare în legătură cu această garanție. Prin urmare, reclamațiile cu privire la termenul de valabilitate vor fi notificate imediat furnizorului, respectiv la momentul recepției produselor și nu în alt moment.

Autoritatea contractantă apreciază că e corect ca produsele care le înlocuiesc pe cele neconforme să beneficieze de o nouă perioadă de valabilitate. De asemenea, arată că nicăieri în caietul de sarcini nu se mai prevede că furnizorul este obligat să înlocuiască pe propria cheltuială produsele neutilizate la expirarea termenului de valabilitate. Mai mult, din coroborarea prevederilor pct. 16.2 cu cele ale pct. 13.4 din modelul de contract subsecvent, rezultă fără echivoc faptul că, în momentul recepției produselor, dacă se constată neconformitatea vreunuia dintre acestea, achizitorul îl va respinge și va notifica imediat, în scris, acest lucru furnizorului, acesta din urmă având obligația de a înlocui produsul neconform.

Cu privire la afirmația contestatoarei legată de faptul că este impusă, în mod abuziv, o procedură de reofertare trimestrială, fără ca aceasta să aducă beneficii autorității contractante, generând însă prejudicii în sarcina Furnizorului, autoritatea contractantă precizează că, prin răspunsul la întrebarea nr. 3 din Clarificarea nr. 1, s-a

menționat că Reluarea competiției în vederea încheierii contractelor subsecvente se va face de către prin invitarea semnatarilor acordului cadru la sfârșitul fiecărui an calendaristic, iar prețurile rezultate ca urmare a reluării competiției vor fi valabile pentru anul următor.

Fișa de date generată de SEAP, prezintă la pct. II.1.4) Informații privind acordul cadru, în mod schematic, astfel încât, potrivit acesteia, se poate înțelege că frecvența de atribuire a contractelor subsecvente este trimestrială iar atribuirea contractelor subsecvente se face în urma reluării competiției între ofertanți, procedura de reluare a competiției fiind prezumată a fi trimestrială.

Constatând că SEAP nu oferă posibilitatea de a insera informații suplimentare și prezintă informațiile în mod contradictoriu și evident neclar pentru ofertanți, autoritatea contractantă a considerat necesar a furniza informații suplimentare privind reluarea competiției, la pct. VI.3 Alte informații, din fișa de date, în scopul înlăturării dubiilor.

Prin urmare, neconcordanța dintre pct. IV.1.4) și pct. VI.3 din fișa de date este determinată de modul în care SEAP permite încărcarea informațiilor.

Referitor la critica privind faptul că autoritatea contractantă intervine în politica comercială a furnizorului și în relația dintre persoane juridice private, respectiv între spitale și clinici private, ... arată că, prin răspunsul său la întrebarea nr. 4 din Clarificarea nr. 1, a precizat – Ca anexă la caietul de sarcini a fost publicată lista unităților sanitare care sunt în relație contractuală cu casele de asigurări de sănătate și care derulează subprogramul medicamentos al bolnavilor cu afecțiuni oncologice. Aceasta listă este valabilă la momentul actual, ea putând fi modificată ulterior ca urmare a includerii sau excluderii unor unități sanitare prin actele normative elaborate de Casa Națională de Asigurări de Sănătate. În plus, acordul cadru prevăzut în documentația de atribuire reprezintă doar un model.

Potrivit autorității contractante, entităților private aflate în relație contractuală cu Casa Națională de Asigurări de Sănătate și care derulează programul național de oncologie, li se vor deconta cheltuielile cu medicamentele oncologice care fac obiectul prezentei proceduri din bugetul Fondului Național Unic de Asigurări Sociale și de Sănătate.

În ceea ce privește solicitarea de a se preciza în mod expres că acordul-cadru nu este un model, ci este formularul standard ce urmează a fi folosit ulterior finalizării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă arată că acest formular face parte integrantă din documentația de atribuire putând suferi modificări pe durata derulării procedurii, în mod special în perioada premergătoare depunerii ofertelor, dar și ulterior, în funcție de modificările legislative

care ar putea să apară. Abia după solicitarea unor eventuale clarificări, completări, reformulări și după acceptarea sau respingerea acestora de către autoritatea contractantă, va rezulta forma finală a acordului cadru care va deveni documentul standard care va fi semnat de către părțile implicate.

Prin urmare, acceptarea acestei solicitări ar fi de natură să limiteze accesul la procedură al operatorilor economici interesați, existând astfel riscul ca, în cadrul procedurii să nu fie depusă nicio ofertă, motivat de imposibilitatea operatorilor economici de a solicita măsuri de remediere.

Cu privire la afirmația contestatoarei potrivit căreia modalitatea de ajustare a prețului este nelegală, autoritatea contractantă precizează că, potrivit pct. 7.1 din acordul cadru, prețul se ajustează raportat la CANAMED, iar prevederile pct. 7.2 au fost reformulate astfel – 7.2 Prețul ajustat în condițiile prevăzute la alin. 7.1 nu va depăși prețul de decontare reglementat conform prevederilor legale, aflat în vigoare la data încheierii contractelor subsecvente.

Astfel, la momentul încheierii contractelor subsecvente, va fi luat în considerare prețul de decontare aflat în vigoare la acel moment, acest preț fiind, pe de o parte, deja reglementat conform prevederilor legale în vigoare, iar pe de altă parte, fiind singurul preț la care se pot încheia contractele subsecvente.

Presupunând că încheierea acestor contracte ar putea avea loc în perioada de timp cuprinsă între data publicării unui preț în CANAMED și data modificării prețului de decontare, ar însemna că aceste contracte nu ar putea fi încheiate, semnarea lor fiind amânată până la data modificării prețului de decontare, lucru care ar putea conduce la întreruperea multor tratamente.

În ceea ce privește solicitarea de modificare a documentației de atribuire prin introducerea unor clauze care să respecte prevederile Ordinului nr. 842/175/2016 emis de Agenția Națională pentru Achiziții Publice și Comisia de Prognoză, autoritatea contractantă consideră că, în condițiile în care criteriul de atribuire este prețul cel mai scăzut și nu costul cel mai scăzut, prevederile ordinului menționat nu sunt aplicabile, neexistând niciun temei legal privind introducerea în cadrul documentației de atribuire a unor clauze conforme prevederilor acestui Ordin.

Totodată, referitor la criticile ce vizează lipsa oricăror mențiuni cu privire la situația contractelor de furnizare încheiate cu spitalele care vor fi în vigoare la data semnării acordului-cadru, autoritatea contractantă face trimitere la răspunsul său la Întrebarea nr. 6 din Clarificarea nr. 1, conform căruia - În Ordinul ministrului sănătății nr. 1292/2012 se precizează că acordurile cadru și contractele subsecvente aflate în derulare se continuă până la termenele finale stabilite. Specificăm că, fiind documente comerciale încheiate cu acordul de voință al părților, în contractele subsecvente pot fi sau nu

incluse clauze de încetare suplimentare, cum ar fi cele referitoare la încetarea contractului la finalizarea procedurii de achiziție centralizată de către

Acest răspuns se bazează pe faptul ca Ministrul Sănătății nu are cunoștință de clauzele conținute în contractele de furnizare încheiate de fiecare unitate sanitară în parte, respectiv dacă aceste contracte conțin sau nu clauze suplimentare referitoare la încetarea lor la finalizarea procedurii.

Având în vedere că la finalizarea procedurii există posibilitatea să existe acorduri cadru în derulare sau contracte încheiate de unitățile sanitare, ele vor continua până la termenele finale stabilite, cu condiția ca, în acestea să nu fi fost incluse clauze suplimentare referitoare la încetarea lor și la finalizarea procedurii de achiziție.

În ceea ce privește contestația formulată de SC SRL, autoritatea contractantă face din nou trimitere la răspunsul său la întrebarea nr. 4 din Clarificarea nr. 1, precizând, încă odată, că entităților private aflate în relație contractuală cu Casa Națională de Asigurări de Sănătate și care derulează programul național de oncologie, li se vor deconta cheltuielile cu medicamentele oncologice care fac obiectul prezentei proceduri din bugetul Fondului Național Unic de Asigurări Sociale și de Sănătate.

De asemenea, arată că formularul de acord cadru publicat în SEAP, care face parte integrantă din documentația de atribuire poate suferi modificări pe durata derulării procedurii, în mod special în perioada premergătoare depunerii ofertelor, dar și ulterior, în funcție de modificările legislative care ar putea să apară.

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

Pentru încheierea unui acord-cadru cu 7 agenți economici pe 24 de luni, având ca obiect „.....”, pe 12 loturi, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare/....., a cărui valoare estimată este cuprinsă între 714.200.791,91 lei și 872.914.240,61 lei, fără TVA.

Cele 12 loturi conțin informații despre tipurile de medicamente oncologice conform denumirilor comune internaționale (DCI), forma farmaceutică, concentrația/unitatea terapeutică și cantități estimate a fi achiziționate, respectiv:

Nr. lot	DCI	Forma farmaceutică Concentrație	Cantități/ acord-cadru
1	BEVACIZUMABUM	Concentrat pentru soluție perfuzabilă 25 mg/ml, fl. 16 ml	Minim: 51.574 Maxim 63.034 fl
2	BEVACIZUMABUM	Concentrat pentru soluție perfuzabilă 25	Minim: 61.248

Nr. lot	DCI	Forma farmaceutică Concentrație	Cantități/ acord-cadru
		mg/ml, fl. 4 ml	Maxim 74.860 fl
3	TRASTUZUMABUM	Pulbere pt. concentrat pt. soluție perfuzabilă 150 mg	Minim: 66.624 Maxim 81.428 fl
4	CETUXIMABUM	Soluție perfuzabilă 5 mg/ml	Minim: 132.128 Maxim 161.488 fl
5	RITUXIMABUM	Concentrat pentru soluție perfuzabilă 10 mg/ml, fl. 50 ml	Minim: 16.720 Maxim 20.436 fl
6	RITUXIMABUM	Concentrat pentru soluție perfuzabilă 10 mg/ml, fl. 10 ml	Minim: 35.518 Maxim 43.410 fl
7	PEMETREXEDUM	Pulbere pt. concentrat pt. soluție perfuzabilă 500 mg	Minim: 12.402 Maxim 15.158 fl
8	TEMSIROLIMUSUM	Concentrat + solvent pt. soluție perfuzabilă 30 mg	Minim: 948 Maxim 1.160 fl
9	TRABECTEDINUM	Pulbere pt. concentrat pt. soluție perfuzabilă 1 mg	Minim: 1.096 Maxim 1.340 fl
10	CYCLOPHOSPHAMIDUM	Pulbere pt. soluție perfuzabilă/ injectabilă I.V. 200 mg	Minim: 423.120 Maxim 517.148 fl
11	DECITABINUM	Pulbere pt. concentrat pt. soluție perfuzabilă 50 mg	Minim: 900 Maxim 1.100 fl
12	IFOSFAMIDUM	Pulbere pt. soluție perfuzabilă 1 g	Minim: 42.226 Maxim 51.610 fl

Nemulțumite de prevederile documentației de atribuire atașată anunțului de participare anterior menționat, SC SRL și SC SRL au formulat contestațiile în analiză, solicitând modificarea/completarea acestora sau anularea procedurii, în situația în care se va aprecia că nu mai pot fi dispuse măsurile cerute.

Analizând contestația formulată de SC SRL, Consiliul constată că aceasta consideră nelegală documentația de atribuire, din mai multe puncte de vedere, respectiv:

-1. licitația națională a fost organizată doar pentru 12 din cele 83 de medicamente incluse în „Lista produselor aprobate în vedere achiziției centralizate naționale”.

Consiliul are în vedere că acest aspect a făcut obiectul clarificărilor, respectiv la solicitarea unui operator economic: „În caietul de sarcini pentru achiziția centralizată de medicamente oncologice aferente programului Național de Oncologie se menționează o listă cu 12 medicamente oncologice din cele 83 (...) raportat la lipsa oricărui criteriu care a stat la baza selectării celor 12 medicamente (...) totodată vă solicităm să ne clarificați ce se va întâmpla cu celelalte 71 de molecule incluse (...)”, autoritatea contractantă a formulat răspunsul 1 din cadrul clarificării 1/25.01..... publicate în SEAP: „la estimarea cantităților de medicamente și a valorilor acordurilor cadru s-au avut în vedere

următoarele: cantitatea de medicamente oncologice aferentă consumului comunicat de CNAS pe fiecare DCI, concentrație și formă farmaceutică (...), prețul de decontare aprobat prin Ordinul ministrului sănătății și președintelui CNAS nr. 1605/875/2014 (...), în lista medicamentelor pentru care se organizează proceduri de achiziție centralizată la nivel național, au fost incluse 10 dintre moleculele oncologice care au înregistrat cel mai mare consum valoric în anul 2015 (...), conform prevederilor art. 4 din OUG nr. 71/2012: „... poate aproba, prin excepție, desfășurarea de achiziții de către unitățile sanitare publice” (...) unitățile sanitare pot derula propriile proceduri de achiziție pentru restul de 71 de molecule incluse în OMS nr. 658/2013”.

Totodată, Consiliul are în vedere următoarele dispoziții legale:

- art. 40 din Legea nr. 98/2016: *„Înființarea de unități de achiziții centralizate și situațiile și condițiile în care autorități contractante achiziționează produse sau servicii de la unități de achiziții centralizate care furnizează activitățile de achiziție centralizate, precum și în care unități de achiziții centralizate care furnizează activitățile de achiziție centralizate atribuie contracte de achiziție publică/încheie acorduri-cadru de lucrări, produse sau servicii destinate altor autorități contractante, se stabilesc prin hotărâre a Guvernului”;*

- OUG nr. 71/2012, cu modificările și completările ulterioare:

- art. 1: *„Se desemnează ca fiind unitate de achiziții publice centralizată”;*

- art. 2 alin. (1)-(2): *„Unitatea de achiziții publice centralizată prevăzută la art. 1 încheie acorduri-cadru în numele și pentru unitățile sanitare publice din rețeaua Ministerului Sănătății și rețeaua autorităților administrației publice locale, precum și pentru instituții publice aflate în subordinea sau în coordonarea Ministerului Sănătății. În baza acordurilor-cadru atribuite de unitatea de achiziții publice centralizată, unitățile sanitare publice și instituțiile publice aflate în subordinea sau în coordonarea Ministerului Sănătății încheie și derulează contracte subsecvente, cu avizul Ministerului Sănătății”;*

- art. 3 alin. (2): *„Lista medicamentelor, materialelor sanitare, echipamentelor medicale, echipamentelor de protecție, a serviciilor, combustibililor și lubrifianților pentru parcul auto pentru care se organizează proceduri de achiziție centralizate se aprobă, în termen de 10 zile de la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, prin ordin al ministrului sănătății și se publică în Monitorul Oficial al României, Partea I”;*

- art. 4: *„Până la finalizarea implementării la nivel național a sistemului centralizat de achiziții de medicamente, materiale sanitare, echipamente medicale, echipamente de protecție, servicii, combustibili și lubrifianți pentru parcul auto, ... poate aproba, prin excepție, desfășurarea de achiziții de către unitățile sanitare publice”;*

- art. 5: *„(1) Pentru implementarea unui sistem centralizat la nivel național de achiziționare de medicamente (...) emite*

norme metodologice. (2) Normele metodologice menționate la alin. (1) se aprobă prin ordin al ministrului sănătății și se publică în Monitorul Oficial al României, Partea I”.

- Normele metodologice pentru achiziția publică centralizată, la nivel național, de medicamente, materiale sanitare, echipamente medicale, echipamente de protecție, servicii, combustibili și lubrifianți pentru parcul auto aprobate prin OMS nr. 1292/2012:

- art. 2 alin. (1)-(3) și (5)-(6): „(1) Anual sau ori de câte ori este nevoie, ... elaborează lista cu medicamentele, materialele sanitare, echipamentele medicale, echipamentele de protecție, serviciile, combustibilii și lubrifianții pentru parcul auto, denumită în continuare lista, pentru care se organizează achiziții publice centralizate, la nivel național. (2) Lista prevăzută la alin. (1) poate fi completată cu propuneri transmise de unitățile sanitare publice. (3) Lista cu medicamentele, materialele sanitare, echipamentele medicale, echipamentele de protecție, serviciile, combustibilii și lubrifianții pentru parcul auto se aprobă prin ordin al ministrului sănătății și se publică în Monitorul Oficial al României, Partea I; (5) Pentru produsele și serviciile incluse în listă, unitățile sanitare publice aflate în rețeaua Ministerului Sănătății și a ministerelor și instituțiilor cu rețea sanitară proprie, precum și a autorităților din administrația publică locală, pe perioada derulării acordului-cadru, nu au dreptul să organizeze alte achiziții publice. (6) Pentru produsele care nu sunt cuprinse în Lista cu medicamentele, materialele sanitare, echipamentele medicale, echipamentele de protecție, serviciile, combustibilii și lubrifianții pentru parcul auto, pentru care se organizează achiziții publice centralizate, unitățile sanitare publice organizează și desfășoară propriile proceduri de achiziție”;

- art. 8 alin. (1)-(4): „(1) Conferința de clarificări anterioară depunerii ofertelor este întâlnirea dintre membrii comisiei pentru elaborarea documentației de atribuire și reprezentanții potențialilor ofertanți. (2) Conferința de clarificări anterioară depunerii ofertelor se organizează în scopul clarificărilor finale asupra documentației de atribuire, înaintea ofertării, prin eliminarea posibilelor neînțelegeri și neclarități. (3) Conferința de clarificări anterioară depunerii ofertelor se organizează de către comisia pentru elaborarea documentației de atribuire și va avea loc înainte cu cel puțin 10 zile calendaristice de data-limită de depunere a ofertelor. (4) Data și locul întâlnirii conferinței de clarificări anterioară depunerii ofertelor se anunță în SEAP”;

- pct. 9 al OMS nr. 974/2016 privind modificarea și completarea Listei medicamentelor, materialelor sanitare, echipamentelor medicale, echipamentelor de protecție, a serviciilor, combustibililor și lubrifianților pentru parcul auto, pentru care se organizează proceduri de achiziție centralizate la nivel național, aprobată prin Ordinul ministrului sănătății nr. 658/2013 s-a statuat

astfel: „La secțiunea a IV-a "Medicamente", subsecțiunea "Medicamente oncologice", introduce 10 noi poziții, de la poziția 82¹ la poziția 82¹⁰, respectiv:

- 82¹ Bevacizumabum conc. pt. sol. perf. 25 mg/ml;
- 82² Trastuzumabum pulb. pt. conc. pt. sol. perf. 150 mg;
- 82³ Cetuximabum sol. perf. 5 mg/ml;
- 82⁴ Rituximabum conc. pt. sol. perf. 10 mg/ml;
- 82⁵ Pemetrexedum pulb. pt. conc. pt. sol. perf. 500 mg;
- 82⁶ Temsirolimusum conc. + solv. pt. sol. perf. 30 mg;
- 82⁷ Trabectedinum pulb. pt. conc. pt. sol. perf. 1 mg;
- 82⁸ Cyclophosphamidum pulb. pt. sol. perf./inj. i.v. 200 mg;
- 82⁹ Decitabinum pulb. pt. conc. pt. sol. perf. 50 mg;
- 82¹⁰ Ifosfamidum pulb. pt. sol. perf. 1 g.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată că obiectul prezentului acord-cadru include doar medicamentele oncologice conținute de cele „10 noi poziții” incluse în *Lista medicamentelor, materialelor sanitare, echipamentelor medicale, echipamentelor de protecție, a serviciilor, combustibililor și lubrifiantilor pentru parcul auto, pentru care se organizează proceduri de achiziție centralizate la nivel național* aprobate prin OMS nr. 974/2016.

De asemenea, Consiliul reține că, prin legislația incidentă în cauză, ... este unitate de achiziții publice centralizată, competentă să încheie acorduri-cadru în numele și pentru unitățile sanitare publice din rețeaua sa și rețeaua autorităților administrației publice locale, iar în baza acordurilor-cadru atribuite de unitatea de achiziții publice centralizată, unitățile sanitare publice și instituțiile publice aflate în subordinea sau în coordonarea Ministerului Sănătății au competența de a încheia și derula contracte subsecvente, cu avizul Ministerului Sănătății.

Niciunde în legislația incidentă nu este prevăzută obligația autorității contractante de consultare publică pentru stabilirea obiectului contractelor/acordurilor-cadru, clarificările anterioare depunerii ofertelor fiind emise în scopul lămuririi documentației de atribuire, prin eliminarea posibilităților neînțelegeri și neclarități, aspect care asigură respectarea principiului transparenței stabilit de art. 2 alin. (2) lit. b) și de dispozițiile art. 142 din Legea nr. 98/2016.

La dosarul cauzei se regăsesc referatul de necesitate și strategia de contractare emise în aplicarea dispozițiilor art. 9 alin. (1) din HG nr. 395/2016 – „*Etapă de planificare/pregătire a unui proces de achiziție publică se inițiază prin identificarea necesităților și elaborarea referatelor de necesitate și se încheie cu aprobarea de către conducătorul autorității contractante/unității de achiziții centralizate a documentației de atribuire, inclusiv a documentelor-suport, precum și a strategiei de contractare pentru procedura respectivă*”, fiind de competența exclusivă a autorității contractante

stabilirea necesarului de produse, servicii și/sau lucrări, obligația acestuia fiind ca, prin intermediul documentației de atribuire, să furnizeze toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, ceea ce în cauză s-a realizat.

Totodată, Consiliul reține că legislația incidentă nu impune vreo rigoare ca achiziționarea medicamentelor, conținute de *Lista pentru care se organizează proceduri de achiziție centralizate la nivel național*, să fie efectuată prin intermediul unei singure proceduri de atribuire, fiind de competența autorității contractante să decidă derularea mai multor proceduri al căror obiect să fie constituit, după caz, de grupuri sau chiar de medicamente individuale, sub condiția de a nu fi eludată aplicarea procedurilor de licitație deschisă/restrânsă printr-o astfel de divizare a achiziției.

Întrucât, în argumentarea susținerii conform căreia selectarea celor 12 medicamente, dintre cele 83 aprobate, a fost una discreționară cu încălcarea principiului transparenței, petenta invocă și limitarea accesului pacienților la tratament, încălcarea Legii nr. 46/2003 privind drepturile pacientului și altele asemenea, fără a proba măsura în care selectarea celor 12 produse este vătămătoare pentru propriile drepturi și interese legitime, contrar dispozițiilor art. 249 din Codul de procedură civilă, potrivit căroră: „cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească (...)”, deoarece, justificările contestatoarei care să confirme contrariu lipsesc cu desăvârșire, aspect ce vine în contradicție cu argumentul conform căruia „actori incumbit probatio”, respectiv „sarcina probei incumbă, în mod exclusiv, reclamantului”.

-2. *Caietul de sarcini permite posibilitatea discreționară a autorității contractante de a accepta sau nu de la un furnizor produse cu perioade de valabilitate cuprinsă între 12 și 18 luni*, furnizorul fiind obligat să înlocuiască produsul în legătură cu care există plângeri cu privire la perioada de valabilitate.

Această cerință a făcut obiectul clarificărilor la solicitarea unui operator economic, respectiv: „În caietul de sarcini pentru achiziția centralizată de medicamente oncologice se menționează că furnizorul va livra numai produse care au o valabilitate de cel puțin 18 luni de la data recepției. Autoritatea contractantă poate recepționa produse cu valabilitate mai mica de 18 luni, dar nu mai puțin de 12 luni de la data recepției. Vă rugăm să clarificați acest aspect cu privire la valabilitate se aplică dacă termenul de 18 luni sau de 12 luni și să eliminați cuvântul poate deoarece lasă loc de interpretare în favoarea autorității contractante punând astfel în dificultate ofertanții interesați să își poată pregăti ofertele și să-și asigure stocurile necesare pentru produsele participante la licitație”, autoritatea contractantă a publicat în SEAP răspunsul 2 în cadrul clarificării nr. 1/25.01.....: „pentru a

se asigura împotriva oricăror incidente cauzate de calitatea produselor achiziționate, autoritatea contractantă a impus ofertanților ca produsele livrate să aibă un termen de valabilitate de cel puțin 18 luni de la data recepției. Pentru situațiile în care, în mod obiectiv, furnizorul nu va putea respecta această cerință și pentru a nu duce la apariția de întreruperi a tratamentelor din acest motiv, a fost prevăzută posibilitatea ca autoritatea contractantă să recepționeze și produse cu termen de valabilitate de 12 de la data recepției. Ținând cont de cele de mai sus, cuvântul poate avea rolul de a sublinia dreptul autorității contractante de a recepționa produse cu termen de valabilitate de 12 luni de la data recepției și nu are sensul de probabil”.

Având în vedere neînțelegerea creată, cu privire la valabilitatea garanției produselor oferite, respectiv: „Furnizorul va livra numai produse care au o valabilitate de cel puțin 18 luni de la data recepției. Autoritatea contractantă poate recepționa produse cu valabilitate mai mică de 18 luni, dar nu mai puțin de 12 luni de la data recepției. Autoritatea contractantă are dreptul de a notifica imediat furnizorului, în scris, orice plângere sau reclamație ce apare în legătură cu această garanție ...”, atât în cadrul documentației cât și în răspunsul la clarificări, Consiliul admite critica contestatoarei și obligă autoritatea contractantă să stabilească și să comunice în SEAP un termen minim de valabilitate al produselor oferite, calculat de la data recepției (de ex: termenul de valabilitate al produselor livrate nu va fi mai mic de 12 luni de la data recepției).

-3. este impusă, în mod abuziv, o procedură de reofertare trimestrială, fără ca aceasta să aducă beneficii autorității contractante generând însă prejudicii în sarcina furnizorului.

Consiliul constată că la cap. II.1.4) Informații privind acordul-cadru) din fișa de date a achiziției, se prevede: „contractele subsecvente urmează să se atribue prin reluarea competiției: Da (...) Frecvența și valoarea contractelor ce urmează să fie atribuite: Trimestrială”, iar la cap. VI.3) Alte informații) se prevede: „... acordul cadru pentru fiecare lot în parte va fi încheiat cu toți operatorii economici clasati pe locurile aferente numărului maxim de operatori economici menționat, respectiv 7. În cazul ofertelor clasate la egalitate pe primul loc în urma etapei finale de licitație electronică pentru fiecare lot în parte, în vederea departajării acestora autoritatea contractantă va solicita reofertarea în plic închis. Reluarea competiției în vederea încheierii contractelor subsecvente se va face de către prin invitarea semnatarilor acordului cadru la sfârșitul fiecărui an calendaristic iar prețurile rezultate ca urmare a reluării competiției vor fi valabile pentru anul următor”. Prin urmare, având în vedere neconcordanța constatată în cadrul celor două capitole ale fișei de date a achiziției, respectiv: frecvența trimestrială a contractelor subsecvente care se atribue prin reluarea competiției și reluarea competiției la sfârșitul fiecărui an cu menținerea valabilității prețurilor pentru anul următor, Consiliul admite critica contestatoarei și obligă autoritatea contractantă să indice calendarul privind reluarea competiției (trimestrial sau anual având în vedere legislația specifică în materie de autorizare a prețurilor la medicamente - HG nr.

800/2016 – potrivit căreia prețul la medicamente se actualizează/modifică o dată pe an) și semnarea contractelor subsecvente.

Totodată, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 3 lit. c) din Legea nr. 98/2016: „c) acord-cadru - acordul încheiat în formă scrisă între una sau mai multe autorități contractante și unul ori mai mulți operatori economici care are ca obiect stabilirea termenilor și condițiilor care guvernează contractele de achiziție publică ce urmează a fi atribuite într-o anumită perioadă, în special în ceea ce privește prețul și, după caz, cantitățile avute în vedere”, coroborate cu cele ale art. 108 alin. (1) și (3) din HG nr. 395/2016: „(1) Prin încheierea unui acord-cadru, autoritatea contractantă își asumă față de operatorul/operatorii economic/economiци care este/sunt parte a acordului respectiv următoarele obligații principale: a) să nu încheie cu alt operator economic, pe durata acordului-cadru, un contract având ca obiect achiziționarea produselor/serviciilor/lucrărilor care fac obiectul acordului-cadru respectiv; b) să atribuiască contracte operatorului/operatorilor economic/economiци semnatar/semnatari, ori de câte ori intenționează să achiziționeze produsele/ serviciile/lucrările care au făcut obiectul acordului-cadru respectiv, respectând condițiile esențiale stabilite la încheierea acestuia. (3) Solicitarea autorității contractante adresată operatorului economic pentru a furniza/presta/executa se materializează prin încheierea unui contract subsecvent acordului-cadru”. Or, în cadrul prezentei proceduri, Consiliul apreciază că, la acest moment, nu se poate stabili un calendar privind semnarea contractelor subsecvente, reținându-se, pe de o parte, că autoritatea contractantă a fost obligată să indice calendarul privind reluarea competiției (trimestrial sau anual), iar, pe de altă parte, că aceste detalii sunt de natura clauzelor contractuale proprii contractelor subsecvente ce urmează a se încheia cu unitățile sanitare care derulează Programul Național de Oncologie și nu acordului de principiu constituit de acordul-cadru, încheiat cu

4. autoritatea contractantă intervine în politica comercială a furnizorului și în relația dintre persoane juridice private, respectiv între spitale și clinici private

Acest aspect a făcut obiectul clarificărilor respectiv la solicitarea unui operator economic: „... vă solicităm să clarificați prin caietul de sarcini, ca Publice, în calitate de autoritate contractantă, să permită ofertanților participanți la licitație să analizeze gradul de solvabilitate al achizitorului spital privat și să refuze încheierea contractului subsecvent cu o unitate medicală privată dacă nu prezintă garanții față de furnizor cu privire la încasarea sumelor de bani datorate. În caz contrar, având în vedere că Publice nu garantează încasarea prețului medicamentelor vândute către spitalul privat, vă solicităm să menționați în acordul cadru obligația de garantare a plății prețului datorat de către spitalele private, respectiv obligația CNAS de a achita prețul direct în contul ofertantului vânzător”, autoritatea contractantă a publicat în SEAP răspunsul 4 în cadrul clarificării nr. 1/25.01.....: „ca anexă la caietul de sarcini a fost publicată lista unităților sanitare care sunt în relație contractuală cu casele de asigurări de sănătate și care derulează subprogramul medicamentos al bolnavilor cu afecțiuni oncologice. Această listă este valabilă la momentul actual, ea putând fi modificată ulterior ca urmare a includerii sau excluderii unor unități sanitare prin actele normative

elaborate de Casa Națională de Asigurări de Sănătate. În plus, acordul cadru prevăzut în documentația de atribuire reprezintă doar un model”.

Referitor la solicitarea contestatoarei de includere în cadrul acordului-cadru a obligației CNAS de a achita prețul direct în contul ofertantului vânzător, în situația încheierii de contracte subsecvente cu unități medicale private, Consiliul o respinge ca nefondată. În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere că aceste detalii sunt de natura clauzelor contractuale, ce se negociază de părțile semnatare, fiind proprii contractelor subsecvente ce urmează a se încheia cu unitățile sanitare care derulează Programul Național de Oncologie și nu acordului de principiu constituit de acordul-cadru, încheiat cu

5. modalitatea de ajustare a prețului este nelegală

Referitor la clauza art. 7.2 din acordul cadru, Consiliul are în vedere că la solicitarea de clarificări: „... vă solicităm reformularea art. 7.2 în sensul să fie prevăzut că prețul ajustat în condițiile prevăzute la art. 7.1 nu va depăși prețul de decontare reglementat conform prevederilor legale în vigoare, cu condiția ca prețul de decontare să fi fost ajustat în mod corespunzător”, autoritatea contractantă a postat în SEAP răspunsul 5 în cadrul clarificării nr. 1/25.01.....: „punctul 7.2 va fi reformulat. Acesta va avea următorul conținut: 7.2. Prețul ajustat în condițiile prevăzute la alin. 7.1 nu va depăși prețul de decontare reglementat conform prevederilor legale, aflat în vigoare la data încheierii contractelor subsecvente”.

Consiliul constată că răspunsul autorității contractante este acoperitor pentru cererea contestatoarei nefiind nevoie de completarea clauzei cu sintagma *cu condiția ca prețul de decontare să fi fost ajustat în mod corespunzător*, atâta timp cât se precizează că prețul de decontare reglementat conform prevederilor legale în vigoare. În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere și cap. II.4.1) *Ajustarea prețului contractului*, din fișa de date a achiziției, unde se regăsește următoarea formulă de calcul valabilă pe perioada acordului cadru: „prețul se ajustează raportat la CANAMED. $PA = PI \times \frac{P_{\max} \text{CANAMED-A}}{P_{\max} \text{CANAMED-I}}$, unde PA =prețul actualizat, ca urmare a modificării CANAMED; PI =prețul initial, pe baza căruia a fost încheiat acordul cadru. $P_{\max} \text{CANAMED-A}$ =prețul maximal cu ridicata al produsului publicat în CANAMED la data actualizării. $P_{\max} \text{CANAMED-I}$ =prețul maximal cu ridicata al produsului publicat în CANAMED la data deschiderii ofertelor. Promitentul-furnizor clasat pe primul loc are obligația de a notifica promitentul-achizitor cu privire modificarea prețurilor în CANAMED și de a solicita ajustarea prețului înainte de încheierea contractelor subsecvente. Prețul ajustat în condițiile prevăzute mai sus nu va depăși prețul de decontare reglementat conform prevederilor legale în vigoare”.

De asemenea, invocarea nerespectării Ordinului nr. 842/175/2016, potrivit căruia autoritatea contractantă are obligația de a include în cadrul documentației de atribuire atunci când criteriul de atribuire este *costul cel mai scăzut*, toate informațiile necesare pentru calculul financiar al fiecărui element de cost al ciclului de viață, inclusiv rata de actualizare care urmează a fi utilizată pentru respectivul calcul, este considerată nefondată. În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere că, în cadrul prezentei proceduri, criteriul de atribuire prevăzut la cap. IV.2.1) din fișa de date a achiziției este prețul cel mai scăzut și nu costul cel mai scăzut, cum eronat precizează contestatoarea.

6. În fișa de date a achiziției nu există mențiuni cu privire la situația contractelor de furnizare încheiate cu spitalele care vor fi în vigoare la data semnării acordului-cadru.

Cererea contestatoarei privind inserarea în fișa de date a achiziției a unei clauze cu privire la continuarea acordurilor cadru și contractelor subsecvente până la semnarea acordului cadru aferent prezentei proceduri este lipsită de relevanță, întrucât acordul cadru și contractele subsecvente aflate în vigoare se derulează pe baza clauzelor acceptate de părțile semnatare ale acestora și nu pe baza unor informații noi introduse în cadrul prezentei proceduri. Eventuala încetare a acordurilor cadru aflate în derulare se poate realiza prin acordul părților semnatare, nu prin prezenta documentație de atribuire.

Totodată, în raport de dispozițiile art. 53 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 – „Procese și cererile privind acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate în cadrul procedurii de atribuire, precum și cele privind executarea, anularea, nulitatea, rezoluțiunea, rezilierea sau denunțarea unilaterală a contractelor se soluționează în primă instanță, de urgență și cu precădere, de către secția de contencios administrativ și fiscal a tribunalului în circumscripția căruia se află sediul autorității contractante, prin complete specializate în achiziții publice”, solicitarea petentei cu privire la continuarea acordurilor cadru și contractelor subsecvente până la semnarea acordului cadru aferent prezentei proceduri, este inadmisibilă, eventualele litigii privind executarea, anularea, nulitatea, rezoluțiunea, rezilierea sau denunțarea unilaterală a contractelor de achiziție publică aflate în derulare este de competența Secției de Contencios Administrativ și Fiscal a Tribunalului în circumscripția căruia se află sediul autorității contractante și nu de competența Consiliului.

Analizând contestația formulată de SRL, Consiliul constată că acesta se referă, pe de o parte, la modificarea anexei la caietul de sarcini, în sensul eliminării unităților și/sau clinicilor private, iar pe de altă parte, la completarea acordului cadru și contractelor

subsecvente cu clauze referitoare la obligațiile unităților și/sau clinicilor private, respectiv:

- 1. *modificarea anexei la caietul de sarcini prin eliminarea din cuprinsul acesteia a unităților și/sau clinicilor sanitare private și, pe cale de consecință, emiterea unei anexe care să cuprindă doar unitățile/centrele sanitare publice care derulează programul național de oncologie, pentru care autoritatea contractantă are dreptul să organizeze licitația publică centralizată;*

- 2. *completarea cap. 10 din modelul de contract subsecvent cu următoarele dispoziții: „Dacă achizitorul nu onorează facturile în termenul convenit, atunci furnizorul are dreptul de a sista livrarea produselor. Imediat după ce achizitorul își onorează obligațiile furnizorul va relua livrarea produselor în cel mai scurt timp posibil”.*

- 3. *reformularea art. 9.3 din contractul subsecvent după cum urmează: „9.3 – Furnizorul se obligă să furnizeze produsele în termenele convenite la pct. 15.1 - Produsele vor fi transportate, asigurate și livrate la sediile și/sau punctele de lucru ale achizitorului autorizate conform legii pe cheltuiala furnizorului”.*

- 4. *obligarea autorității contractante la comunicarea informațiilor privind adresele punctelor de livrare autorizate ale unităților sanitare pentru furnizarea medicamentelor din contractele subsecvente încheiate în baza prezentei proceduri*

- 5. *completarea dispozițiilor acordului cadru și contractului subsecvent, după cum urmează:*

- *art. 10.2 din acordul cadru cu următoarele dispoziții: „În cazul în care achizitorul este o unitate sanitară privată, furnizorul este ținut să îndeplinească obligațiile stabilite în condițiile acordului-cadru și/sau contractului subsecvent numai după primirea de la achizitor a garanției stabilită prin contractul subsecvent, respectiv scrisoare de garanție bancară sau ipotecă pe creanțele de la Casa de Asigurări de Sănătate”.*

- *art. 4.1 din acordul cadru cu următoarele dispoziții: „Furnizorul este ținut să își îndeplinească obligațiile de furnizare și/sau de constituire a garanției de bună execuție numai după primirea de la achizitor a garanției stabilită prin contractul subsecvent, respectiv scrisoare de garanție bancară sau ipotecă pe creanțele de la Casa de Asigurări de Sănătate”.*

- *art. 10.2 din contractul subsecvent cu următoarele dispoziții: “(...) În cazul în care achizitorul este unitate publică privată, pentru garantarea îndeplinirii obligației de plată în condițiile din contract, acesta se obligă să constituie în favoarea furnizorului oricare dintre următoarele garanții: scrisoare de garanție bancară, ipotecă pe creanțele de la Casa de Asigurări de Sănătate. Valoarea garanției va fi egală cu valoarea produselor furnizate de furnizor în temeiul contractului subsecvent”.*

- art. 4.1 din contractul subsecvent cu următoarele dispoziții: „Furnizorul este ținut să își îndeplinească obligațiile de furnizare și/sau constituire a garanției de bună execuție numai după primirea de la achizitor a garanției stabilită prin contractul subsecvent, respectiv scrisoare de garanție bancară sau ipotecă pe creanțele de la Casa de Asigurări de Sănătate”.

Analizând cererea contestatoarei de eliminare a *unităților și/sau clinicilor sanitare private*, din anexa caietului de sarcini, Consiliul constată că este lipsită de interes. În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere că, pe de o parte contestatoarea solicită eliminarea lor, iar, pe de altă parte, completarea acordului cadru și a contractului subsecvente cu clauzele menționate mai sus. De asemenea, Consiliul ține seama că distribuirea medicamentelor oncologice achiziționate prin prezenta procedură respectă principiul tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, fiind avute în vedere toate categoriile de unități/centre sanitare care derulează Programul Național de Oncologie, atât publice cât și private, cât și dispozițiile art. 2 alin. (1) și art. (3) lit. f) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi. (1) În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează: f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții: (i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și (ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire”.*

Astfel că referirile contestatoarei la faptul că în Programul Național de Oncologie să fie incluse doar *unități/centre sanitare publice*, nu pot fi reținute de Consiliu, având în vedere inexistența vreunei norme legale în acest sens, contestatoarea nedepunând nici un fel de dovezi în susținerea criticilor sale deși, potrivit art. 249 din Codul de procedură civilă, „Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”.

Și în acest caz, în ceea ce privește completarea acordului cadru și a contractului subsecvent cu clauzele menționate mai sus, Consiliul are în vedere că aceste detalii sunt de natura clauzelor contractuale, ce se negociază de părțile semnatare, fiind proprii contractelor subsecvente ce urmează a se încheia cu unitățile sanitare care derulează Programul Național de Oncologie și nu acordului de principiu constituit de acordul-cadru, încheiat cu

Consiliul constată că la solicitarea de clarificări privind: „... eliminarea unităților sanitare private din anexa la caietul de sarcini care cuprinde lista unităților sanitare care derulează programul național de oncologie”, autoritatea contractantă a publicat în SEAP răspunsul 1 în cadrul clarificării nr. 3/27.01.....: „ca anexă la caietul de sarcini a fost publicată lista unităților sanitare care sunt în relație contractuală cu casele de asigurări de sănătate și care derulează subprogramul medicamentos al bolnavilor cu afecțiuni oncologice. Această listă este valabilă la momentul actual, ea putând fi modificată ulterior ca urmare a includerii sau excluderii unor unități sanitare prin actele normative elaborate de Casa Națională de Asigurări de Sănătate”, ce reprezintă informații privind punctelor de livrare autorizate ale unităților sanitare pentru furnizarea medicamentelor din contractele subsecvente încheiate în baza prezentei proceduri.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept, în baza dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 98/2016, Consiliul admite, în parte, contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu

Obligă autoritatea contractantă să stabilească termenul de valabilitate a produselor livrate și să indice calendarul privind reluarea competiției (trimestrial/anual), în termen de cel mult cincisprezece zile de la data primirii prezentei decizii.

Respinge, ca nefondate, celelalte cereri ale SC SRL.

Respinge contestația formulată de SC SRL, astfel:

- ca lipsită de interes, în partea ce privește eliminarea unităților și/sau clinicilor sanitare private;
- ca nefondate celelalte cereri ale SC SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu

Obligă autoritatea contractantă să stabilească termenul de valabilitate a produselor livrate și să indice calendarul privind reluarea competiției (trimestrial/anual), în termen de cel mult cincisprezece zile de la data primirii prezentei decizii.

Respinge celelalte cereri ale SC SRL.

Respinge contestația formulată de SC SRL, astfel:

- ca lipsită de interes, în partea ce privește eliminarea unităților și/sau clinicilor sanitare private;
- ca nefondate celelalte cereri ale SC SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în 5 exemplare, conține 27 pagini.