



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 +4 021 8900745 www.cnsr.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea,

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 1026/20.04.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 12038/21.04.2016, depusă de SC ...SRL, cu sediul în comuna ..., formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de către ..., cu sediul în ..., str. ..., în calitate de autoritatea contractantă, în cadrul procedurii organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare „medicamente PN oncologie, PN diabet, PN HIV SIDA, PN boli rare”, s-a solicitat:

- *modificarea, în parte, a documentației de atribuire, în sensul eliminării condiției de neîncadrare a ofertanților în situațiile prevăzute de art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006.*

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

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (5) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu ..., și dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. 1026/20.04.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 12038/21.04.2016, SC ...SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura având ca obiect furnizare „medicamente PN oncologie, PN diabet, PN HIV SIDA, PN boli rare”, organizată de ..., critică documentația de atribuire.

I. În cadrul fișei de date, la pct. III.2) Condiții de participare: III.2.1.a) „Situația personală a operatorilor economici”, inclusiv cerințele referitoare la înscrierea în registrul comerțului sau al profesiei, Cerința nr. 7, se menționează faptul că „încadrarea ofertantului în condițiile prevăzute de către art. 180 și art. 181 din OUG nr. 34/2006 atrage excluderea acestuia de la procedura pentru atribuirea contractului”.

Contestatoarea arată că art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006 dispune că *„Autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedura pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care se află în oricare din următoarele situații: în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia”*, fără a se face precizarea că se au în vedere doar prejudiciile suferite de autoritatea contractantă organizatoare a procedurii de atribuire.

În plus, legislația achizițiilor publice conferă dreptul autorității contractante de a exclude din competiție un operator economic aflat în situația evocată, însă nu instituie obligația autorității contractante de a proceda în acest mod.

Astfel, petenta apreciază că autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire faptul că sunt avute în vedere documentele constatatoare negative emise de către orice altă autoritate în ultimii 2 ani.

Art. 181 din OUG nr. 34/2006 nu indică faptul că declarația ofertanților privește doar situații de neîndeplinire a obligațiilor contractuale în relația cu autoritatea contractantă organizatoare a procedurii de atribuire care solicită aceste declarații, ci legiuitorul a avut în vedere toate situațiile în care un ofertant nu a îndeplinit integral obligațiile contractuale și a produs grave prejudicii beneficiarilor cu care acesta a avut contracte încheiate în ultimii 2 ani.

În acest sens, contestatoarea ține să precizeze că, în luna decembrie 2014, spitalele au primit buget suplimentat ca urmare a unui excedent bugetar, autoritățile contractante au efectuat comenzi foarte mari de produse, iar distribuitorii s-au aflat în imposibilitatea, reală și obiectivă, de a onora în întregime astfel de comenzi.

În acest context, atât SC Mediplus SRL, cât și alți distribuitori au fost puși în situația de a primi certificate constatatoare negative pe motiv că se încadrează situației indicată de lit c¹) din art. 181 din OUG nr. 34/2006.

În considerarea celor de mai sus, petenta apreciază că transpunerea de către autoritatea contractantă a dreptului reglementat de art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006, prin cerința de calificare inclusă în documentația de atribuire, limitează accesul ofertanților și încalcă principiul liberei concurențe.

De asemenea, în susținere se invocă prevederile art. 178 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 și ale art. 8 alin. (2) din HG nr. 925/2006.

Contestatoarea mai precizează că, în caietul de sarcini aferent acestei proceduri, nu există nicio motivație a autorității contractante cu privire la condiția de neîncadrare a ofertanților în situațiile prevăzute de art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006. De altfel, chiar OUG nr. 34/2006 sancționează încălcarea principiului proporționalității prin utilizarea criteriilor de calificare și selecție ca mijloc de a restricționa concurența.

Concluzia petentei este că, prin introducerea în fișa de date a condiției de neîncadrare a ofertanților în situațiile prevăzute de art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă restrânge și distorsionează concurența, înlăturând din procedura de atribuire chiar operatorii economici care au o mai mare posibilitate de a îndeplini contractul de livrare a medicamentelor, în condițiile în care autoritatea contractantă are cunoștință despre documentele constatatoare negative emise cu privire la distribuitorii de medicamente și nici nu a inclus în caietul de sarcini nota justificativă de motivare a includerii cerinței mai sus indicate.

Prin adresa nr. 12146/832-C4/22.04.2016, Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către SC ...SRL, solicitând punctul de vedere cu privire la contestație, precum și copia dosarului achiziției.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare în soluționarea contestației, împreună cu punctul său de vedere nr. A2-1135/26.04.2016, înregistrat la Consiliu cu nr. 12506/26.04.2016, prin care solicită respingerea contestației SC ...SRL, ca fiind neîntemeiată, și continuarea procedurii de atribuire fără modificarea documentației de atribuire, pentru următoarele argumente:

I. În baza prevederilor art. 181 lit. c¹) din Ordonanța de urgență nr. 34/2006: *„Autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situații:*

c¹) în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia”.

Mai mult, în conformitate cu cerințele din fișa de date a achiziției de la pct. III.2.1) *„Situația personală a operatorilor economici, inclusiv cerințele referitoare la înscrierea în registrul comerțului sau al profesiei*

Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate.

2. Cerința obligatorie: Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 181. Completarea Formularului F.2 din Secțiunea III a prezentei documentații de atribuire.

Încadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG nr. 34/2006 atrage excluderea ofertantului de la procedura pentru atribuirea contractului.

ATENȚIE:

- dacă ofertantul a fost în relație contractuală cu autoritatea contractantă în ultimii 2 ani și din motive imputabile acestuia, autoritatea contractantă a fost pusă în situația de a rezilia contractul, depunerea acestei declarații de către ofertantul respectiv poate da dreptul autorității contractante de a încadra acest aspect la „fals în declarații” și atrage descalificarea ofertei.”

Astfel, autoritatea contractantă încă de la publicarea anunțului de participare și a documentației de atribuire informează ofertanții de condițiile de participare solicitate.

Eliminarea condiției de neîncadrare a ofertanților în situațiile prevăzute de art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006, ar pune autoritatea contractantă în postura de a nu trata în mod unitar procedurile de achiziții, în condițiile în care la toate procedurile din cursul anului 2015 s-a menținut această prevedere.

Analizând documentele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

Pentru încheierea acordului cadru de furnizare având ca obiect „medicamente PN oncologie, PN diabet, PN HIV SIDA, PN boli rare”, ... în calitate de autoritate contractantă a inițiat procedura de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 167485 din 16.04.2016, odată cu care a postat și documentația de atribuire. Nemulțumită de conținutul documentației de atribuire, SC ...SRL a înaintat Consiliului prezenta contestație, solicitând *modificarea, în parte, a documentației de atribuire, în sensul eliminării condiției de neîncadrare a ofertanților în situațiile prevăzute de art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006.*

Criticile contestatoarei formulate împotriva prevederilor din fișa de date a achiziției, conform cărora „încadrarea ofertantului în condițiile prevăzute de către art. 180 și art. 181 din OUG nr. 34/2006 atrage excluderea acestuia de la procedura pentru atribuirea contractului” (cu referire expresă la prevederile art. 181 lit. c¹ din OUG nr. 34/2006), sunt considerate de Consiliu nefondate. Prin fișa de date a achiziției, la cap. III.2.1.a) „Situația personală a candidatului sau ofertantului”, autoritatea contractantă a precizat:

2.Cerinta obligatorie:Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 181.= Completarea Formularului F. 2. din Secțiunea III a prezentei documentații de atribuire.

Încadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din O.U.G. nr. 34/2006 atrage excluderea ofertantului de la procedura pentru atribuirea contractului.

ATENȚIE:

- dacă ofertantul a fost în relație contractuală cu autoritatea contractantă în ultimii 2 ani, și din motive imputabile acestuia, autoritatea contractantă a fost pusă în situația de a rezilia contractul, depunerea acestei declarații de către ofertantul respectiv, poate da dreptul autorității contractante de a încadra acest aspect la „fals în declarații” și atrage descalificarea ofertei.

.....

Încadrarea ofertantului în condițiile prevăzute de către art. 180 și art. 181 din O.U.G. nr. 34/2006 atrage excluderea acestuia de la procedura pentru atribuirea contractului.

În conformitate cu prevederile art. 176 din OUG nr. 34/2006, Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criterii de calificare și selecție referitoare numai la:

- a) situația personală a candidatului sau ofertantului;*
- b) capacitatea de exercitare a activității profesionale;*
- c) situația economică și financiară;*
- d) capacitatea tehnică și/sau profesională;*
- e) standarde de asigurare a calității;*
- f) standarde de protecție a mediului, în cazurile prevăzute la art.*

188 alin. (2) lit. f) și alin. (3) lit. e).

De asemenea, conform prevederilor art. 181 lit. c¹ din OUG nr. 34/2006, Autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situații:

c¹) în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia;

Prin urmare dispozițiile legale mai sus citate dau dreptul autorității contractante de a exclude dintr-o procedură de atribuire a contractului de achiziție publică orice ofertant care și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză.

În condițiile în care considera că certificatul constatator emis de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile art. 97¹ din HG nr. 925/2006, nu corespunde realității (neîndeplinirea obligațiilor contractuale s-a datorat unor motive ce nu-i sunt imputabile), contestatoarea avea dreptul de a contesta documentul în justiție potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările ulterioare, așa cum prevăd dispozițiile alin. (5) al aceluiași articol. Contestatoarea nu a anexat contestației vreun document în acest sens, ceea ce înseamnă că și-a asumat îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor contractuale în anumite contracte.

Susținerile contestatoarei că autoritatea contractantă, pentru această cerință a avut în vedere operatorii economici care au primit

documente constatatoare negative doar de la aceasta, sunt considerate de Consiliu nefondate. Cerința autorității contractante „*Încadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din O.U.G. nr. 34/2006 atrage excluderea ofertantului de la procedura pentru atribuirea contractului*”, se referă la orice operator economic care dorește să participe la procedură și la orice autoritate contractantă care a emis un astfel de certificat constatator operatorului economic.

Atenționarea din fișa de date a achiziției mai sus redată, se referă la situația în care un operator economic care a primit de la autoritatea contractantă din procedura de față un certificat constatator negativ și totuși prezintă *Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 181, acest fapt poate da dreptul autorității contractante de a încadra acest aspect la „fals în declarații” și atrage descalificarea ofertei.*

Susținerile contestatoarei că prin includerea acestei cerințe de calificare în fișa de date a achiziției autoritatea contractantă limitează accesul ofertanților și încalcă principiul liberei concurențe, sunt considerate de Consiliu nefondate. În conformitate cu prevederile art. 7 din HG nr. 925/2006, *Criteriile de calificare și selecție, astfel cum sunt prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.*

Prin urmare, autoritatea contractantă trebuie să se asigure că operatorul economic are posibilitatea concretă de a îndeplini contractul, inclusiv de a rezolva eventuale dificultăți ce pot apare pe perioada de derulare a contractului.

De asemenea, sunt nefondate susținerile contestatoarei privind nerespectarea de către autoritatea contractantă a prevederilor art. 8 alin. (2) din HG nr. 925/2006. Conform dispozițiilor art. 8 alin. (2) din HG nr. 925/2006, *Atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției.*

Cerința criticată se încadrează la cerințele de calificare privind „situația personală a candidatului sau a ofertantului” și nu la cele privind situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, motiv pentru care autoritatea contractantă nu avea obligația de a întocmi o notă justificativă.

Pentru cele ce preced, în temeiul dispozițiilor de la art. 278 alin. (5) și (6) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu ... și va dispune continuarea procedurii de atribuire.

Redactată în patru exemplare, conține 7 pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,