



# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

**C.N.S.C.**

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, ..., România, CP 030084, CIF 20329980  
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, [www.cnsc.ro](http://www.cnsc.ro)

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

## **DECIZIE**

**Nr. .../.../...**

**Data:...**

Prin contestația nr. 2353/14.12.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 24118/15.12.2015, S.C. ... S.R.L., cu sediul în localitatea ..., ..., județul ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO., a contestat documentația de atribuire întocmită în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă”, online, fără fază finală de licitație electronică, a acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Medicamente oncologie și diabet”, cod CPV: 33652000-5 (Rev.2), organizată de S..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ..., str. ..., ... și a solicitat modificarea în parte a documentației de atribuire în sensul:

- eliminării condiției de neîncadrare a ofertanților în situațiile prevăzute de art. 181 lit. c<sup>1</sup>) din OUG nr. 34/2006;
- modificării art. 2.1, 3.4. și 6.1 din „Clauze contractuale”, astfel încât, cele prevăzute în cuprinsul acestora să fie conforme cu dispozițiile legale;
- modificării art. 4.4 din „Contract de furnizare”, astfel încât, cele prevăzute în cuprinsul acestora să fie conforme cu dispozițiile legale.

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

## **DECIDE**

Respinge excepția invocată de autoritatea contractantă referitoare la neconstituirea de către contestatoare, a garanției de bună conduită odată cu depunerea contestației.

Admite, în parte, contestația formulată de către S.C. ... S.R.L., cu sediul în localitatea ..., ..., județul ..., în contradictoriu cu S..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ..., str. ..., ... și obligă

autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să remedieze documentația de atribuire în sensul eliminării art. 3.4 din „Condițiile contractuale” ale acordului-cadru.

Respinge, ca nefondate, celelalte capete de cerere formulate de S.C. ... S.R.L.

Dispune continuarea procedurii de atribuire cu aplicarea celor decise anterior.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

## MOTIVARE

Prin contestația nr. 2353/14.12.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 24118/15.12.2015, formulată de S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu S..., în calitate de autoritate contractantă, împotriva documentației de atribuire întocmită în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă”, online, fără fază finală de licitație electronică, a acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Medicamente oncologie și diabet”, cod CPV: 33652000-5 (Rev.2), 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. c<sup>1</sup>) din OUG nr. 34/2006;

- modificării art. 2.1, 3.4. și 6.1 din „Clauze contractuale”, astfel încât, cele prevăzute în cuprinsul acestora să fie conforme cu dispozițiile legale;

- modificării art. 4.4 din „Contract de furnizare”, astfel încât, cele prevăzute în cuprinsul acestora să fie conforme cu dispozițiile legale.

Pentru început contestatoarea a formulat critici referitoare la cerința pct. 7 menționată de autoritatea contractantă atât în cuprinsul anunțului de participare, cap. III.2.1) - Condiții de participare, lit. a) - „Situația personală a operatorilor economici, inclusiv cerințele referitoare la înscrierea în registrul comerțului sau al profesiei”, cât și în fișa de date a achiziției, Secțiunea III - Informații juridice, economice, financiare și tehnice, III.2.1.a) - Situația personală a candidatului sau ofertantului, conform căreia *„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”*, considerând că această cerință de calificare limitează accesul ofertanților, restrânge și distorsionează concurența, încalcă principiul liberei concurențe, fiind stabilită cu nerespectarea dispozițiilor art. 7 din HG nr. 925/2006, art. ...8 alin. (2) și art. 293 lit. i) din OUG nr. 34/2006.

Contestatoarea susține că, în cadrul caietului de sarcini, nu există „Nota justificativă de motivare” a includerii condiției de neîncadrare a ofertanților în situațiile prevăzute de art. 181 lit. c<sup>1</sup>) din OUG nr. 34/2006.

În susținerea criticilor sale, contestatoarea menționează faptul că, în cuprinsul art. 181 lit. c<sup>1</sup>) din OUG nr. 34/2006 nu se precizează că se

au în vedere doar prejudiciile suferite de autoritatea contractantă organizatoare a procedurii de atribuire respective, astfel încât, consideră că autoritatea contractantă are obligația de a preciza faptul că „sunt avute în vedere documentele constatatoare negative emise de către orice altă autoritate contractantă”.

Contestatoarea critică și prevederi ale formularului de contract, respectiv cele menționate la art. 2.1., 3.4. și 6.1. din „Clauze contractuale”, sens în care menționează următoarele:

a) referitor la dispozițiile art. 2.1. potrivit cărora *„Atribuirea oricărui contract subsecvent se va face numai la solicitarea promitentului-achizitor și numai dacă sunt asigurate fondurile necesare în bugetul acestuia”*, contestatoarea apreciază că, sub acest aspect, documentația de atribuire nu respectă dispozițiile art. 66 lit. d), e), f) din HG nr. 925/2006;

b) referitor la dispozițiile art. 6.1. potrivit cărora *„Pentru fiecare lot, cantitatea cumulată a contractelor subsecvente atribuite poate fi mai mică decât cantitatea estimativă minimă”*, contestatoarea susține că, în cuprinsul documentației de atribuire nu este precizat calendarul estimativ de atribuire a contractelor subsecvente, lipsește graficul de livrare a produselor ce ar fi trebuit să constituie Anexa la contractul subsecvent de furnizare, fiind încălcate prevederile imperative ale legii;

c) referitor la dispozițiile art. 3.4. potrivit cărora *„Promitenții - furnizori nu vor ridica pretenții și nu vor solicita despăgubiri în situația în care pe toată durata de valabilitate a prezentului acord-cadru nu vor primi solicitări de livrare de produse din partea promitentului achizitor”*, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă trebuie să acționeze cu bună credință și să propună termeni și condiții contractuale echilibrate, deoarece, în condițiile date, autoritatea contractantă este cea care propune modelul acordului-cadru, ofertanții neavând posibilitatea reală de a negocia termenii acestuia. Astfel, în contextul în care autoritatea contractantă impune să se furnizeze medicamentele într-un termen de maxim 7 zile (vezi art. 8.2. alin. 1 din „Contract de furnizare”) obligând astfel furnizorii să își creeze stocuri de medicamente, cu aplicarea de penalități de întârziere de 0,05% din valoarea produselor nelivrate, rezervându-și totodată și dreptul de a emite pretenții asupra garanției de bună execuție în cazul în care furnizorii creează acesteia vreun prejudiciu, contestatoarea susține că dispozițiile art. 3.4. sunt abuzive.

O altă critică formulată de SC ... SRL vizează prevederile art. 4.4. din „Contractul de furnizare”, conform cărora *„Prețul menționat la art. 4.1 nu se ajustează, pe toată perioada de valabilitate a contractului”*. În legătură cu clauza contractuală citată, contestatoarea solicită modificarea acesteia în concordanță cu prevederile art. 4.2. din „Clauze contractuale” prin care se stabilește atât formula de ajustare a prețului, cât și situațiile în care se realizează ajustarea. În această ordine de idei, contestatoarea apreciază că neconcordanța dispozițiilor impuse de către autoritatea contractantă privind neajustarea prețului încalcă dispozițiile imperative ale OUG nr. 34/2006, art. 68 alin. (1) lit. c), art. 97 alin. (2) și (3) din HG nr. 925/2006.

În drept, contestatoarea își întemeiază contestația pe dispozițiile art. 256<sup>1</sup> și următoarele din OUG nr. 34/2006, precum și pe cele ale art. 7, art. 8 alin. (2) și următoarele din HG nr. 925/2006.

În dovedirea contestației sale, S.C. ... S.R.L. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 12878/... .../16.12.2015, Consiliul a solicitat contestatoarei, în temeiul art. 270 alin. (2) și 275 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, dovada constituirii garanției de bună conduită, conform art. 271<sup>1</sup> din ordonanță și confirmarea transmiterii sau depunerii originalului dovezii la autoritatea contractantă, potrivit art. 271<sup>1</sup> alin. (3) din OUG nr. 34/2006.

Prin adresa nr. 2362/....12.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 24319/....12.2015, contestatoarea a răspuns solicitării Consiliului, transmitând dovada constituirii garanției de bună conduită prin virament bancar, cu Ordinul de plată nr. 9983/16.12.2015 emis de UNICREDITBANK SA – Sucursala „Grigore Mora” ....

Prin adresa nr. 12981/... .../18.12.2015, Consiliul a încunostințat autoritatea contractantă S..., că S.C. ... S.R.L. a depus contestație și i-a solicitat, între altele, în conformitate cu dispozițiile art. 274 din OUG nr. 34/2006, documentele necesare, între care, dosarul achiziției publice definit de art. 213 alin. (1) din aceeași ordonanță, dovada transmiterii unei copii a contestației către operatorii economici interesați în procedură, dovada transmiterii punctului de vedere către contestatoare, precum și confirmarea sa privind creditarea contului instituției cu suma de 112.590 lei, reprezentând contravaloarea garanției de bună conduită, constituită prin Ordinul de plată nr. 9983/16.12.2015.

Prin adresa nr. A2-5128/22.12.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 24541/22.12.2015, autoritatea contractantă a comunicat, în copie certificată, o parte din dosarul achiziției și, în original, Punctul de vedere nr. A2-5128/22.12.2015 referitor la contestația formulată de S.C. ... S.R.L., solicitând respingerea contestației ca nefondată și continuarea procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă a răspuns punctual criticilor formulate de contestatoare.

Referitor la criticile privind cerința din Fișa de Date, Secțiunea III - Informații juridice, economice, financiare și tehnice, III.2.1.a) - Situația personală a candidatului sau ofertantului, pct. 7 conform căreia *„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”*, autoritatea contractantă prezintă cerințele pct. III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului - Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate, din fișa de date a achiziției, susținând că, va ține cont de toate certificatele constatatoare (de care are cunoștință) emise de oricare autoritate contractantă.

În referire la criticile care vizează clauzele contractuale menționate la art. 2.1., 3.4. și 6.1., autoritatea contractantă susține că documentația de atribuire respectă dispozițiile art. 66 din HG nr. 925/2006, întrucât:

- cerința referitoare la calendarul estimativ de aplicare a procedurii, precum și calendarul estimativ de atribuire a contractelor subsecvente

este îndeplinită în condițiile în care pct. II.1.4 din fișa de date a achiziției prevede „durata acordului-cadru 24 luni” și „Frecvența și valoarea contractelor ce urmează a fi atribuite: semestrial”;

- cerința privind estimări ale cantităților minime și maxime care ar putea fi solicitate pe durata întregului acord-cadru este îndeplinită în condițiile în care Anexa B din fișa de date – Informații privind Loturile, prevede, pentru fiecare lot, cantități minime și maxime acord-cadru;

- cerința referitoare la estimări ale cantităților minime și maxime care ar putea face obiectul unui singur contract subsecvent dintre cele care urmează să fie atribuite pe durata acordului-cadru este îndeplinită deoarece Anexa B din fișa de date – Informații privind Loturile, prevede, pentru fiecare lot, cantități minime și maxime contract subsecvent.

În ceea ce privește pretinsa neconcordanță sesizată de contestatoare între prevederile art. 4.4. din „Contract de furnizare” conform căroră *„Prețul menționat la art. 4.1 nu se ajustează, pe toată perioada de valabilitate a contractului”* și prevederile art. 4.2. din „Clauze contractuale” prin care se stabilește atât formula de ajustare a prețului, cât și situațiile în care se realizează ajustarea, autoritatea contractantă susține că S.C. ... S.R.L. „nu a citit foarte bine punctul II.4.1 din fișa de date”, care prevede că, înainte de semnarea unui nou contract subsecvent, prețul se ajustează, conform formulei de ajustare, urmând ca prețul să rămână ferm pe perioada de derulare a contractului subsecvent.

În final, autoritatea contractantă subliniază faptul că, SC ... SRL a depus contestația în data de 14.12.2015, iar garanția de bună conduită fost constituită prin ordinul de plată nr. 9983 din 16.12.2015.

Prin adresa nr. A2-8/04.01.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 33/04.01.2016, autoritatea contractantă a transmis confirmarea creditării contului instituției suma de 112.590 lei reprezentând contravaloarea garanției de bună conduită, respectiv extrasul de cont din data de ....12.2016.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

Autoritatea contractantă a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă online, fără fază finală de licitație electronică, a acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Medicamente oncologie și diabet”, cod CPV: 33652000-5 (Rev.2), divizat în ... loturi, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 164875/..., stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor ca fiind 25.01.2016, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată, fără TVA, cuprinsă între 4.116.323,80 și 20.583.986,00 lei.

Analizând excepția invocată de autoritatea contractantă referitoare la neconstituirea de către contestatoare, a garanției de bună conduită odată cu depunerea contestației, Consiliul constată că aceasta este nefondată, așa cum rezultă din considerentele prezentate în continuare.

Prin adresa nr. 12878/... .../16.12.2015 (transmisă spre știință și autorității contractante), Consiliul a solicitat contestatoarei ca „în termen de cel mult 3 (trei) zile lucrătoare de la primirea prezentei” să comunice „dovada constituirii garanției de bună conduită, conform art. 271<sup>1</sup> alin. (3) din ordonanță”.

Prin adresa nr. 2362/....12.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 24319/....12.2015, contestatoarea a transmis Consiliului dovada constituirii garanției de bună conduită prin ordinul de plată nr. 9983/16.12.2015, emis de UNICREDIT BANK în favoarea autorității contractante, în valoare de 112.590 lei.

Consiliul reține că OUG nr. 34/2006 nu permite respingerea unei contestații fără a i se acorda contestatoarei dreptul de a-și completa contestația. Astfel, art. 270 alin. (2) prevede că: „În situația în care Consiliul apreciază că în contestație nu sunt cuprinse toate informațiile prevăzute la alin. (1), va cere contestatorului ca, în termen de 3 zile de la înștiințare, să completeze contestația. În cazul în care contestatorul nu se conformează obligației impuse de Consiliu, contestația va fi respinsă ca inadmisibilă”.

De asemenea, art. 297 din același act normativ prevede că: „În măsura în care prezenta ordonanță de urgență nu prevede altfel, sunt aplicabile dispozițiile dreptului comun”.

Așa cum rezultă din considerentele deciziei Curții Constituționale nr. 5/15 ianuarie 2015, pag. 16, Curtea a constatat „că garanția de bună conduită are semnificația unei cauțiuni menite să asigure exercitarea corespunzătoare și neabuzivă a drepturilor procesuale, cu toate consecințele procesuale care decurg din finalitatea urmărită prin instituirea acesteia”.

În acest context, în speță au incidență următoarele texte legale:

- art. 6 alin. (1) din Codul de procedură civilă: „Orice persoană are dreptul la judecarea cauzei sale în mod echitabil, în termen optim și previzibil, de către o instanță independentă, imparțială și stabilă de lege. În acest scop, instanța este datoră să dispună toate măsurile permise de lege și să asigure desfășurarea cu celeritate a judecății”.

Față de conținutul acestui articol, Consiliul apreciază că solicitarea de completare a garanției de bună conduită, întrucât nu e interzisă de ordonanță, este permisă.

- art. 1056 și următoarele din Codul de procedură civilă care reglementează cauțiunea judiciară, garanția de bună conduită reprezentând o specie de cauțiune.

Având în vedere textele legale mai sus menționate, pentru a nu aduce atingere drepturilor persoanelor vătămate de a contesta actele nelegale ale autorității contractante, Consiliul, în ipoteza în care constată că actul de sesizare nu este însoțit de garanția de bună conduită, nu poate respinge contestația pur și simplu și trebuie să manifeste un rol activ și să-i pună în vedere contestatoarei să constituie garanția de bună conduită solicitată de lege.

În speță, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă nu este prejudiciată în niciun fel de faptul că garanția de bună conduită a fost virată în contul său abia la data de ....12.2015 (aspect care rezultă din documentele depuse la dosarul cauzei) de vreme ce scopul de a o proteja de riscul unui eventual comportament necorespunzător al SC ... SRL a fost atins prin faptul că, în prezent, garanția de bună conduită în valoare totală de 112.590 lei se află în contul său.

În acest sens, s-au pronunțat și instanțele de judecată Curtea de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal prin

Decizia nr. 3052/CA/2014-R din 13 octombrie 2014 și Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal Decizia civilă nr. 6837 din 10 septembrie 2014.

Prin urmare, având în vedere cele menționate anterior, Consiliul va respinge excepția invocată de către autoritatea contractantă referitoare la neconstituirea garanției de bună conduită odată cu depunerea contestației (respectiv nerespectarea de către contestatoare a dispozițiilor art. 271<sup>1</sup> din OUG nr. 34/2006).

Analizând contestația pe fond, Consiliu constată că aceasta vizează documentația de atribuire, criticile formulate făcând referire atât la cerințe de calificare, cât și la prevederi ale modelului de formular de contract.

Prima critică a contestatoarei vizează cerința de calificare menționată în fișa de date a achiziției la pct. III.2.1) Situația personală a operatorilor economici, pct. 7, în cadrul căreia autoritatea contractantă a menționat că „Încadrarea ofertantului în condițiile prevăzute de către art. 180 și 181 din OUG nr. 34/2006 atrage excluderea acestuia de la procedura pentru atribuirea contractului”, respectiv cerința referitoare la neîncadrarea ofertantului în art. 181 lit. c<sup>1</sup>) din OUG nr. 34/2006.

Potrivit fișei de date a achiziției, pct. III.2.1) lit. a), cerința nr. 2, ofertanții au obligația de a prezenta *„declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 181. (...) Încadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG nr. 34/2006 atrage excluderea ofertantului pentru atribuirea contractului.”*. În cadrul aceleiași cerințe, autoritatea contractantă a menționat că „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”.

Analizând critica formulată de contestatoare Consiliul constată că sunt incidente următoarele prevederi legale prevăzute de OUG nr. 34/2006:

- art. ...6: *„Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile 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)”*;

- art. 180: *„Autoritatea contractantă are obligația de a exclude din procedura aplicată pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat despre care are cunoștință că, în ultimii 5 ani, a fost condamnat prin hotărârea definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru participare la activități ale unei organizații criminale, pentru corupție, pentru fraudă și/sau pentru spălare de bani”*;

- art. 181: *„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: (...)*

*c<sup>1</sup>) 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”.*

Relevante în speță sunt și prevederile art. 7 din HG nr. 925/2006, potrivit căroră „Criteriile de calificare și selecție, astfel cum sunt prevăzute la art. ...6 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”.

Din conținutul prevederilor legale citate anterior rezultă că pentru a se asigura de potențialul tehnic, financiar și organizatoric al ofertanților, respectiv de posibilitatea acestora de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, autoritatea contractantă are dreptul de a impune, printre cerințele privind situația personală, cerința potrivit căreia ofertanții nu trebuie să se încadreze în prevederile art. 181 lit. c<sup>1</sup>) din ordonanță.

Ori, în prezenta speță, autoritatea contractantă a uzat de dreptul conferit de legiuitor de a stabili în sarcina ofertanților ca aceștia să nu se încadreze în prevederile art. 181 lit. c<sup>1</sup>) din OUG nr. 34/2006, înțelegând să aprecieze potențialul organizatoric și posibilitatea îndeplinirii contractului și a rezolvării eventualelor dificultăți, prin impunerea acestei cerințe, neputându-se astfel reține restricționarea participării la procedura de atribuire a unor operatori economici.

Solicitarea contestatoarei adresată Consiliul de a constata că autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire că sunt avute în vedere „documentele constatatoare negative emise de orice altă autoritate în ultimii 2 ani”, nu poate fi reținută de Consiliu, aceasta fiind redundantă în condițiile în care cerința criticată (respectiv încadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 lit. c<sup>1</sup>) din OUG nr. 34/2006 atrage excluderea ofertantului pentru atribuirea contractului), nu face nici un fel de referire la emitentul documentului constatat (respectiv dacă este vorba de prezenta autoritate contractantă sau alte autorități contractante), mențiunea din finalul cerinței nr. 2 de la pct. III.2.1.a) fiind, de fapt, o completare a cazurilor care conduc la excluderea ofertanților.

Este evident faptul că, cerința de calificare menționată la pct. III.2.1) Situația personală a operatorilor economici, pct. 7 (respectiv „Încadrarea ofertantului în condițiile prevăzute de către art. 180 și 181 din OUG nr. 34/2006 atrage excluderea acestuia de la procedura pentru atribuirea contractului”), include și situația invocată de contestatoare, legiuitorul, prin intermediul art. 181 lit. c<sup>1</sup>) din OUG nr. 34/2006, nefăcând distincție între beneficiarii contractelor, respectiv dacă neîndeplinirea sau îndeplinirea în mod defectuos a obligațiilor contractuale din motive imputabile ofertantului a produs sau este de natură să producă grave prejudicii autorității contractante din procedura de atribuire în cadrul căreia este solicitată declarația referitoare la acest aspect sau alte autorități contractante.

Existența mai multor operatori economici furnizori de medicamente pentru care s-au emis documente constatatoare nu este de natură a conduce la înlăturarea cerinței de calificare analizată, având în vedere faptul că, însăși existența unor asemenea documente constatatoare poate fi de natură a crea suspiciuni în ceea ce privește potențialul organizatoric al ofertantului respectiv în ceea ce privește posibilitățile acestuia de a rezolva dificultățile apărute în derularea contractului.

Pe de altă parte, existența unor documente constatatoare negative nu este de natură să conducă, în mod automat, la excluderea din procedura de atribuire a ofertanților în legătură cu care s-au emis aceste documente, în condițiile în care încadrarea în prevederile lit. c<sup>1</sup>) a art. 181 din OUG nr. 34/2006, presupune că neîndeplinirea sau îndeplinirea în mod defectuos a obligațiilor contractuale din motive imputabile ofertantului în cauză a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor, deci excluderea respectivilor ofertanți presupune îndeplinirea cumulativă a celor două condiții.

Susținerea contestatoarei potrivit căreia în speță ar fi incidente prevederile art. ...8 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 nu poate fi reținută de Consiliu, aceasta fiind lipsită de relevanță în condițiile în care aceasta face referire la „cerințe minime privind situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională” (cerințe de calificare prevăzute la art. 184-190), iar cerința de calificare criticată, așa cum s-a reținut anterior, se referă la situația personală a candidatului sau a ofertantului, cerință de calificare prevăzută de art. 180-182 din ordonanța amintită.

Consiliul nu poate reține nici susținerea contestatoarei referitoare la lipsa din caietul de sarcini a unei motivații referitoare la introducerea acestei cerințe, având în vedere faptul că, potrivit art. 35 din OUG nr. 31/2006, caietul de sarcini conține specificații tehnice și nu motivări referitoare la cerințe/criterii de calificare. De fapt, având în vedere că această cerință de calificare analizată nu este de natură să dovedească situația economică și financiară sau capacitatea tehnică și/sau profesională, ci face parte din situația personală a ofertantului, acesteia nu i se aplică prevederile art. 8 alin. (2) din HG nr. 925/2006 și ale art. ...8 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Concluzionând, în legătură cu critica privind mențiunea din finalul cerinței nr. 7 a pct. III.2.1.a) din fișa de date a achiziției, Consiliul constată că aceasta este neîntemeiată.

Analizând criticile referitoare la anumite clauze contractuale, respectiv cele prevăzute la art. 2.1, art. 3.4 și art. 6.1, Consiliul constată că acestea vizează lipsa din documentația de atribuire a calendarul estimativ de atribuire a contractelor subsecvente și lipsa graficului de livrare a produselor, respectiv nerespectarea prevederilor art. 66 din HG nr. 925/2006.

Potrivit art. 66 din HG nr. 925/2006, *„Documentația de atribuire trebuie să conțină, alături de elementele prevăzute la art. 33 alin. (2) din ordonanța de urgență, și un set minim de informații specifice referitoare la:*

a) numărul sau intervalul în care se va încadra numărul de operatori economici care vor fi parte a acordului-cadru ce urmează să fie încheiat;

b) opțiunea de a atribui contractele subsecvente încheierii acordului-cadru fără reluarea competiției sau prin reluarea competiției, în cazul în care acordul-cadru urmează să fie încheiat cu mai mulți operatori economici;

c) criteriul de atribuire/factorii de evaluare care urmează să se aplice pentru atribuirea contractelor subsecvente, precum și orice alte reguli aferente, în cazul în care atribuirea contractelor respective urmează să se realizeze prin reluarea competiției;

d) calendarul estimativ de aplicare a procedurii, precum și calendarul estimativ de atribuire a contractelor subsecvente;

e) estimări ale cantităților minime și maxime care ar putea fi solicitate pe durata întregului acord-cadru;

f) estimări ale cantităților minime și maxime care ar putea face obiectul unui singur contract subsecvent dintre cele care urmează să fie atribuite pe durata acordului-cadru”.

Conform acestor prevederi legale [în special lit. e) și f)], autoritatea contractantă are obligația să estimeze cantitățile minime și maxime care ar putea fi solicitate pe durata întregului acord-cadru dar și ale celor care ar putea face obiectul unui singur contract subsecvent dintre cele care urmează să fie atribuite pe durata acordului-cadru, iar informațiile privind aceste aspecte să facă parte din documentația de atribuire. Rezultă astfel că, informațiile privind cantitățile minime/maxime ale produselor aferente acordului-cadru și contractelor subsecvente (în speță, a cantităților de medicamente), pe care autoritatea contractantă are obligația să le pună la dispoziția posibililor ofertanți, reprezintă, în fapt, estimări ale anumitor cantități și nu cantități concrete.

În cadrul fișei de date a achiziției, pct. II.1.4) - Informații privind acordul-cadru, s-a menționat că durata acordului-cadru este de 24 de luni și „frecvența și valoarea contractelor ce urmează să fie atribuite: semestrial”, în timp ce, la pct. II.2.1) – Cantitatea totală sau domeniul, s-a indicat faptul că furnizarea de medicamente se va face „conform ANEXEI B – Informații privind loturile”. De asemenea, în cadrul informațiilor din Anexa B – Informații privind loturile, pentru fiecare dintre cele ... loturi, autoritatea contractantă a precizat cantitatea minimă și maximă a acordului cadru dar și cantitatea minimă și maximă a unui contract subsecvent, precum și valoarea estimată a lotului.

Din conținutul „Condițiilor contractuale” ale acordului-cadru, publicate în SEAP odată cu anunțul de participare, rezultă următoarele:

- potrivit cap. 2 – Obligațiile promitentului-achizitor, pct. 2.1, „Promitentul-achizitor se obligă să încheie contracte subsecvente cu promitentul-furnizor clasat pe locul 1 pentru furnizarea produselor înscrise în tabelul de la art. 5.1, în condițiile convenite în prezentul acord cadru și documentele sale. Atribuirea oricărui contract subsecvent se va face numai la solicitarea promitentului-achizitor și numai dacă sunt asigurate fondurile necesare în bugetul acestuia”;

- potrivit cap. 6 – Cantitate, pct. 6.1, „Cantitățile estimative minime/maxime care fac obiectul acordului-cadru sunt prevăzute în

tabelul de la art. 5.1. pentru fiecare lot, cantitatea cumulată a contractelor subsecvente atribuite poate fi mai mică decât cantitatea estimativă minimă”.

Analizând coroborat informațiile existente în documentația de atribuire, așa cum au fost acestea enumerate anterior, rezultă că autoritatea contractantă a furnizat informații referitoare atât la durata acordului-cadru, frecvența contractelor subsecvente, cât și la valorile estimate minime și maxime ale acordului-cadru și ale contractelor subsecvente aferente fiecărui lot.

Având în vedere cele reținute anterior dar și faptul că legiuitorul nu a stabilit pentru „calendarul estimativ de atribuire a contractelor subsecvente”, înțelegându-se că acesta ar trebui să conțină, în principal, informații referitoare la periodicitatea contractelor subsecvente și cantitatea minimă și maximă estimată a fi furnizată în cadrul acestora, Consiliul nu poate reține ca întemeiată critica referitoare la inexistența unui calendar estimativ de atribuire a contractelor subsecvente [potrivit art. 66 lit. d) din HG nr. 925/2006 acest document trebuie să facă parte din documentația de atribuire] având în vedere, pe de o parte, faptul că, din însăși titlul documentului „calendar estimativ de atribuire a contractelor subsecvente”, rezultă că informațiile pe care acesta le conține sunt unele aproximative, iar pe de altă parte, faptul că informațiile furnizate de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire (așa cum au fost acestea reținute într-unul din paragrafele anterioare), deși nu sunt prezentate sub forma unui calendar estimativ de atribuire a contractelor subsecvente, de fapt, au natura unor informații de genul celor ce ar trebui să se regăsească, în principal, în documentul în discuție.

Referirile contestatoarei la inexistența în documentația de atribuire a unui grafic de livrare a produselor nu poate fi reținută de Consiliu, având în vedere inexistența vreunei norme care să impună în sarcina autorității contractante obligația de a include în documentația de atribuire un asemenea document, contestatoarea nedepunând nici un fel de dovezi în acest sens deși, potrivit art. 249 din Codul de procedură civilă, avea această obligație („Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”).

În ceea ce privește critica referitoare la fraza finală a art. 2.1 din „Condițiile contractuale” ale acordului-cadru, potrivit căreia „Atribuirea oricărui contract subsecvent se va face numai la solicitarea promitentului-achizitor și numai dacă sunt asigurate fondurile necesare în bugetul acestuia”, Consiliul constată că aceasta este neîntemeiată.

Astfel, potrivit art. 3 lit. b) din OUG nr. 34/2006, acordul-cadru este definit ca fiind „înțelegerea scrisă intervenită între una sau mai multe autorități contractante și unul sau mai mulți operatori economici, al cărei scop este stabilirea elementelor/condițiilor esențiale care vor guverna contractele de achiziție publică ce urmează a fi atribuite într-o perioadă dată, în mod special în ceea ce privește prețul și, după caz, cantitățile avute în vedere”, în timp ce lit. e<sup>1)</sup> a aceluiași articol definește contractul ca fiind „orice contract de achiziție publică sau acord-cadru”. Rezultă astfel că, acordul-cadru, având caracterul unui contract, reprezintă un

act juridic care conține acordul de voință între două sau mai multe persoane, în speță autoritatea contractantă și ofertantul/ofertanții declarați câștigători, încheiat în scopul de a crea, modifica sau stinge între ele drepturi și obligații.

Pe de altă parte, Consiliul apreciază că, în speță, sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 94 din HG nr. 925/2006, potrivit căruia „Indiferent de momentul inițierii procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a verifica, înainte de încheierea contractului, respectarea dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice”;

- art. 2 pct. 3<sup>2</sup>, pct. 6, pct. 14, pct. 15, pct. 16 din Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora:

„În înțelesul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos se definesc după cum urmează:

- 3<sup>2</sup>. angajarea cheltuielilor - fază în procesul execuției bugetare, prin care instituția publică își asumă obligația de a plăti o sumă de bani, rezultată în urma îndeplinirii condițiilor stipulate într-un angajament legal pentru livrarea de bunuri, executarea de lucrări, prestarea de servicii și onorarea obligațiilor de plată rezultate în baza legilor, hotărârilor de Guvern, acordurilor, hotărârilor judecătorești, în limita creditelor de angajament aprobate prin legea bugetară anuală”;

- 6. buget - document prin care sunt prevăzute și aprobate în fiecare an veniturile și cheltuielile sau, după caz, numai cheltuielile, în funcție de sistemul de finanțare a instituțiilor publice;

- 14. credite destinate unor acțiuni multianuale - sume alocate unor programe, proiecte, subproiecte, obiective și altele asemenea, care se desfășoară pe o perioadă mai mare de un an și dau loc la credite de angajament și credite bugetare;

- 15. credit de angajament - limita maximă în cadrul căreia pot fi încheiate angajamentele legale în timpul anului bugetar”;

- 16. credit bugetar - sumă aprobată prin buget, reprezentând limita maximă până la care se pot ordona și efectua plăți în cursul anului bugetar pentru angajamentele legale contractate în cursul exercițiului bugetar și/sau din exerciții anterioare”;

- art. 4 alin. (3) din Legea nr. 500/2002, privind finanțele publice, potrivit căruia „Angajarea cheltuielilor din aceste bugete se face numai în limita creditelor bugetare aprobate”.

- art. 22 alin. (2) din Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice, conform căruia (2) Ordonatorii de credite răspund, potrivit legii, de:

a) angajarea, lichidarea și ordonanțarea cheltuielilor în limita creditelor bugetare repartizate și aprobate potrivit prevederilor art. 21;

b) realizarea veniturilor;

c) angajarea și utilizarea creditelor bugetare pe baza bunei gestiuni financiare;

d) integritatea bunurilor încredințate instituției pe care o conduc;

e) organizarea și ținerea la zi a contabilității și prezentarea la termen a situațiilor financiare asupra situației patrimoniului aflat în administrare și execuției bugetare;

*f) organizarea sistemului de monitorizare a programului de achiziții publice și a programului de lucrări de investiții publice;*

*g) organizarea evidenței programelor, inclusiv a indicatorilor aferenți acestora;*

*h) organizarea și ținerea la zi a evidenței patrimoniului, conform prevederilor legale”.*

Din conținutul prevederii criticate, rezultă că pentru atribuirea unui contract subsecvent trebuie îndeplinite, în mod cumulativ, două condiții și anume: existența solicitării autorității contractante și asigurarea fondurilor necesare respectivului contract subsecvent. Îndeplinirea în mod cumulativ a acestor condiții este absolut necesară, întrucât acestea sunt strâns legate între ele, fiind evident faptul că, un contract, inițiat printr-o solicitare adresată câștigătorului, nu poate fi încheiat în lipsa asigurării fondurilor (așa cum s-a reținut anterior, potrivit art. 94 din HG nr. 925/2006, indiferent de momentul inițierii procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a verifica, înainte de încheierea contractului, respectarea dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele), întrucât ar conduce la imposibilitatea efectuării plăților către furnizor. O interpretare contrară ar conduce la situația în care autoritatea contractantă ar fi nevoită să încheie un contract subsecvent deși nu are asigurate fondurile necesare realizării acestuia. Ori, din prevederile citate în paragrafele anterioare, rezultă că autoritatea contractantă trebuie/are obligația să se asigure, înainte de încheierea unui contract, în speță a unui contract subsecvent, că are resursele financiare necesare efectuării plății produselor ce îi vor fi furnizate.

Având în vedere cele reținute anterior, Consiliul apreciază ca fiind neîntemeiată critica referitoare la prevederile art. 2.1 din „Condiții contractuale” ale acordului-cadru, menținerea aceste clauze contractuale fiind necesară, sub acest aspect contestația fiind neîntemeiată.

Pe de altă parte, întrucât, în cazul acordului-cadru, la momentul inițierii procedurii de încheiere a acestuia, autoritatea contractantă nu cunoaște care sunt cantitățile exacte de medicamente care îi vor fi necesare, cantitățile minime și maxime ale contractelor subsecvente prevăzute a fi încheiate sunt unele estimate și au un caracter aproximativ.

Tocmai acest caracter aproximativ/estimat/incert al cantității concrete de medicamente de care autoritatea contractantă ar avea nevoie la un moment dat (respectiv momentul încheierii contractului subsecvent), poate conduce și la situația, menționată la pct. 6.1 din „Condițiile contractuale” ale acordului-cadru, în care „cantitatea cumulată a contractelor subsecvente atribuite poate fi mai mică decât cantitatea estimativă minimă”. În aceste condiții, critica privind acest aspect apare ca fiind neîntemeiată.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la prevederile art. 3.4 din „Condițiile contractuale” ale acordului-cadru, Consiliul constată că aceasta este întemeiată.

Din conținutul condiției contractuale criticate, potrivit căreia „Promitenții-furnizori nu vor ridica pretenții și nu vor solicita despăgubiri în situația în care pe toată durata de valabilitate a prezentului acord

cadru nu vor primi solicitări de livrare de produse din partea promitentului achizitor”, rezultă că ar putea exista posibilitatea ca autoritatea contractantă să nu încheie nici un contract subsecvent pe parcursul acordului-cadru, ceea ce conduce la concluzia că prezentul acord-cadru ar avea un caracter formal.

Ori, având în vedere prevederile legale citate anterior, precum și faptul că acordul-cadru este un contract, încheiat între autoritatea contractantă și câștigătorul/câștigătorii ce urmează să fie desemnați în prezenta procedură de atribuire, al cărui scop este crearea de drepturi și obligații între părți, menținerea clauzei contractuale analizate (3.4 din „clauzele contractuale ale acordului cadru”) ar fi de natură să înlăture însăși scopul încheierii acestuia.

Având în vedere cele reținute anterior, precum și lipsa apărărilor autorității contractante referitoare la acest aspect, Consiliul apreciază critica privind clauza contractuală prevăzută la art. 3.4 din „Clauzele contractuale” ale acordului cadru ca fiind întemeiată, fiind necesară eliminarea din documentația de atribuire a acestei clauze.

Analizând ultima critică formulată de SC ... SRL, Consiliul constată că aceasta vizează prevederea art. 4.4 din „Contractul de furnizare” existent în documentația de atribuire.

În analiza acestei critici sunt relevante următoarele prevederi ale documentației de atribuire:

- cap. 4 – Obiectul și prețul contractului, al modelului de contract de furnizare subsecvent acordului-cadru, prevede următoarele:

- „4.1 Prezentul contract are ca obiect stabilirea drepturilor și obligațiilor ce revin părților pentru furnizarea produselor, la prețurile înscrise în dreptul fiecăror în tabelul de mai jos: (...);
- 4.2 Prețul unitar din tabelul de la art. 4.1 este cel înscris în acordul-cadru nr. ... din ..., rezultat în urma procedurii de atribuire a acordului-cadru/cel rezultat în urma ajustării conform art. 4.2 din acordul-cadru; (...)
- 4.4 Prețul menționat la art. 4.1 nu se ajustează, pe toată perioada de valabilitate a contractului”.

- cap. 4 – Prețul acordului-cadru, pct. 4.2, din cadrul „Clauzelor contractuale” ale acordului-cadru, potrivit căruia „Înainte de încheierea unui contract subsecvent, partea interesată poate trimite o solicitare de ajustare a prețului, în care vor fi menționate motivele ce justifică ajustarea, și va prezenta documente justificative în acest sens; ajustarea se poate efectua conform formulei:  $P_{uaj} = P_c \times Q$ , unde  $P_{uaj}$  = preț unitar ajustat;  $P_c$  = preț conform catalogului CANAMED la momentul ajustării;  $Q$  (coeficient privind menținerea avantajului obținut la licitație) =  $P_u/P_{co}$ , unde  $P_u$  = preț unitar ofertat inițial și  $P_{co}$  = preț conform catalogului CANAMED la momentul inițial”.

Coroborând prevederile contractului subsecvent de furnizare cu cele ale acordului-cadru, anterior citate, rezultă că prețul aferent unui contract subsecvent poate fi ajustat înainte de încheierea acestuia, potrivit prevederilor art. 4.2 din acordul-cadru, pe baza algoritmului precizat de autoritatea contractantă în această clauză contractuală. Astfel, prețul care nu poate fi ajustat pe perioada contractului, prevăzut în cadrul modelului de contract de furnizare subsecvent la art. 4.4,

necesar a fi prevăzut în tabelul de la art. 4.1 din același contract, reprezintă, de fapt, prețul unitar care, potrivit art. 4.2 din același contract subsecvent, poate fi „cel rezultat în urma ajustării conform art. 4.2 din acordul-cadru”.

În aceste condiții critica autoarei contestației privind necorelarea dintre art. 4.4 din contractul subsecvent și 4.2 din acordul-cadru este neîntemeiată, condițiile contractuale ale unui contract (în speță art. 4.1, 4.2 și 4.4 din contractul subsecvent) trebuind interpretate coroborat și nu individual, sub acest aspect contestația fiind neîntemeiată.

În temeiul art. 278 alin. (1) și (5) din OUG nr. 34/2006, Consiliul va respinge excepția invocată de autoritatea contractantă referitoare la neconstituirea de către contestatoare, a garanției de bună conduită odată cu depunerea contestației.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din ordonanță, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de S.C. ... S.R.L. și va obliga autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să remedieze documentația de atribuire în sensul eliminării art. 3.4 din „Condițiile contractuale” ale acordului-cadru.

În temeiul art. 278 alin. (5) din același act normativ, Consiliul va respinge, ca nefondate, celelalte capete de cerere formulate de S.C. ... S.R.L, iar în temeiul alin. (6) al aceluiași articol din ordonanță, va dispune continuarea procedurii de atribuire cu aplicarea celor decise anterior.

**PREȘEDINTE COMPLET**

...

**MEMBRU COMPLET**

...

**MEMBRU COMPLET**

...

Redactată în 4 exemplare originale, conține 15 pagini.