



# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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.cnscc.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. 2407/22.12.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 24721/24.12.2015, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. J ..., având CUI ..., formulată împotriva prevederilor documentației de atribuire, elaborată de .... cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă în procedura de cerere de oferte online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Interferon BETA 1 B”, s-a solicitat modificarea în parte a documentației de atribuire în sensul:

- eliminarea condiției de neîncadrare a ofertanților în situațiile prevăzute de art. 181 lit. c<sup>1</sup> din OUG nr. 34/2006,
- modificarea dispozițiilor pct. III.1.2.e) din fișa de date și ale art. 3.1, 13.3, 13.5, 16.3 și 17.2 din „Contract de furnizare”, astfel încât cele prevăzute în cuprinsul acestora să fie în concordanță cu restul clauzelor din documentația de atribuire și conforme cu dispozițiile legale în materia achizițiilor publice.

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

## **DECIDE:**

În temeiul art. 278 alin. (5) 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, respinge ca nefondată contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ...

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. 2407/22.12.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 24721/24.12.2015, ..., în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de cerere de oferte online indicată mai sus, organizată de ..., critică prevederile documentației de atribuire, pe care le consideră restrictive.

Contestatoarea menționează că în cadrul fișei de date, la pct. III.2) Condiții de participare; pct. III.2.1) 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”.

Se invocă prevederile art. 181 lit. c<sup>1</sup>) din OUG nr. 34/2006 precizându-se totodată că legislația achizițiilor 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.

Or, contextul în care autoritatea contractantă a considerat că încadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG nr. 34/2006 atrage excluderea ofertantului Mediplus de la procedura de atribuire a contractului, contestatoarea 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.

În acest sens, contestatoarea învederează că 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.

Contestatoarea face această mențiune având în vedere că din deciziile Consiliului, rezultă fără echivoc faptul că în evaluarea ofertelor autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere documentele constatatoare negative emise de către orice altă autoritate contractantă.

De asemenea, se subliniază faptul 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,

distribuitorii aflându-se astfel în imposibilitatea reală și obiectivă de a onora în întregime astfel de comenzi.

În acest context, atât Mediplus, cât și alți distribuitori au fost puși în situația de a primi certificate constatatoare negative pe motiv că se încadrează situației indicată de art. 181 lit. c<sup>1</sup>) din OUG nr. 34/2006.

Se arată că există documente constatatoare negative emise pentru distribuitorii angro de medicamente aflați în topul celor mai mari companii din domeniul distribuției, top publicat de Ziarul Financiar.

Având în vedere cele precizate anterior, contestatoarea apreciază că transpunerea de către autoritatea contractantă a dreptului reglementat de art. 181 lit. c<sup>1</sup>) din OUG nr. 34/2006 prin cerința de clarificare inclusă în documentația de atribuire, se limitează accesul ofertanților la procedură și se încalcă principiul liberei concurențe, invocând, în acest sens, prevederile art. 178 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

Se face precizarea că în cadrul dosarului nr. .../2/2015 aflat pe rolul Curții de Apel București, în care autoritatea contractantă a avut calitatea de parte, a luat la cunoștință de emiterea documentelor constatatoare negative pentru distribuitorii angro de medicamente aflați în topul celor mai mari companii din domeniul distribuției pharma.

Or, în contextul în care autoritatea contractantă are cunoștință de faptul că au fost emise documente constatatoare negative, chiar și pentru cei mai mari distribuitori angro de medicamente, în opinia contestatoarei prin introducerea în caietul de sarcini a condiției de neîncadrare în situațiile prevăzute de art. 181 lit. c<sup>1</sup>) din OUG nr. 34/2006, aceasta restricționează participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică chiar a operatorilor economici care au cea mai mare posibilitate de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia.

Contestatoarea invocă prevederile art. 8 alin. (2) din HG nr. 925/2006 și susține că în caietul de sarcini aferent licitației, nu există nicio motivare a autorității contractante cu privire la condiția de neîncadrare a ofertanților în situațiile prevăzute de art. 181 lit. c<sup>1</sup>) din OUG nr. 34/2006. De altfel, însăși OUG nr. 34/2006 sancționează încălcarea principiului proporționalității prin utilizarea criteriilor de calificare și selecție ca mijloc de a restricționa concurența.

Având în vedere cele precizate anterior, contestatoarea învederează că prin introducerea în fișa de date a condiției de neîncadrare a ofertanților în situațiile prevăzute de art. 181 lit. c<sup>1</sup>) 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.

În ceea ce privește solicitarea de modificare a dispozițiilor pct. III.1.2.e) din fișa de date și ale art. 13.3, 13.5, 16.3 și 17.2 din „Contract de furnizare”, document ce face parte din documentația de atribuire, contestatoarea face următoarele precizări:

a) Potrivit dispozițiilor art. III.1.2.e) din fișa de date „Plata produselor se va efectua în lei, în maxim 60 de zile calendaristice de la data recepției cantitative, cu condiția respectării termenelor de livrare din contract”.

Astfel, contestatoarea învederează următoarele:

- art. 10.1 din Contractul de furnizare stabilește faptul că nerespectarea termenelor de livrare este sancționată cu o penalitate de 0,05% din valoarea fără TVA a produselor nelivrate la termen.

- art. 13.5 din Contractul de furnizare stabilește că „Plata se face cu ordin de plată pe care achizitorul îl va emite în termen de maxim 60 zile de la data primirii documentelor justificative, în limita fondurilor puse la dispoziție prin deschiderile bugetare lunare”,

- art. 16.3 din Contractul de furnizare prevede că „Documentarea se va face cu ordin de plată pe care achizitorul îl va emite nu mai târziu de 60 de zile de la data primirii tuturor documentelor prevăzute la pct. 16.1”.

Prin clauzele cuprinse în documentația de atribuire, autoritatea contractantă instituie o dublă sancțiune pentru nerespectarea termenului de livrare:

a) plata de penalități de întârziere și

b) modificarea plății produselor achiziționate, autoritatea contractantă nu indică în ce fel este afectată plata produselor de nelivrarea în termen.

În plus, este evidentă neconcordanța între art. 13.5 și 13.6 prin care se stabilește plata produselor achiziționate, respectiv

- de la data primirii documentelor justificative și

- de la data primirii documentelor justificative, în limita fondurilor puse la dispoziție prin deschiderile bugetare.

Cât privește condiționarea plății de existența fondurilor puse la dispoziție prin deschiderile bugetare, este important de menționat că, potrivit art. 4 din HG nr. 925/2006, autoritatea contractantă are obligația de a stabili programul anual al achizițiilor publice în funcție și de fondurile ce urmează să îi fie alocate prin bugetul anual. Așadar, autoritatea contractantă deține informații estimative despre fondurile pe care le are la dispoziție și își configurează programul de achiziții în funcție de aceste fonduri estimate. În plus în durata contractului așa cum este menționată la pct. II.3) din fișa de date, durata contractului este de 2 luni.

În considerarea celor precizate anterior, contestatoarea apreciază că plata produselor achiziționate se poate face de către autoritatea contractantă în termen de 60 de zile de la data recepției cantitative, cu condiția primirii tuturor documentelor prevăzute la pct. 16.1., motiv pentru care se solicită modificarea art. III.1.2.e) din fișa de date și art. 13.5, 16.3 din „Contract de furnizare” pentru a se asigura concordanța tuturor clauzelor din documentația de atribuire.

b) În ceea ce privește documentele indicate de autoritatea contractantă necesare efectuării plății produselor achiziționate, contestatoarea învederează că sunt indicate documente diferite în funcție de care se efectuează plata de către autoritate astfel:

- art. 13.3 stabilește că „Plata se face în baza următoarelor documente după cum urmează:

a) factura în original – în care se va specifica denumirea integrală a produsului specificat la pct. 4.1 din contract, cantitatea, prețul unitar, valoarea și TVA, precum și numărul contractului,

b) N.R.C.D. – exemplarul nr. 1”

- art. 16.1 stabilește că „Achizitorul are obligația de a efectua plata produselor primite în baza următoarelor documente:

a) factura în original – în care se va specifica denumirea integrală a produsului, cantitatea, prețul unitar, valoarea totală și valoarea TVA precum și numărul contractului;

b) N.R.C.D. întocmit de achizitor – exemplarul nr. 1,

c) declarație de conformitate/certificate de calitate,

d) certificat de calitate și garanție,

e) proces – verbal de recepție, întocmit de comisia achizitorului”.

Este evident că documentația de atribuire trebuie să conțină clauze clare cu privire la documentele pe care furnizorul trebuie să le transmită autorității contractante pentru a se putea efectua plata produselor achiziționate, motiv pentru care contestatoarea solicită obligarea autorității contractante de a indica în mod unitar documentele în baza cărora se face plata.

c) Potrivit dispozițiilor art. 17.2 din documentul numit Contract de furnizare „*Autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a diminua cantitățile de produse prevăzute în prezentul contract, fără ca furnizorul să ridice pretenții asupra cantității din contract rămasă nelivrată*”.

Or, în contextul în care autoritatea contractantă impune să furnizeze medicamentele într-un termen de maxim 7 zile, 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 solicită să se constate că dispozițiile art. 17.2 sunt abuzive, solicitând eliminarea acestui articol.

De asemenea, contestatoarea învederează că furnizorul trebuie să cumpere produse de la furnizorii săi și să își asume obligația de plată a acestora independent de obligațiile asumate de autoritatea contractantă, furnizorul trebuie să depoziteze stocurile cel puțin echivalente cu cantitatea de produse ce trebuie livrate în termenul de 7 zile indicat de autoritatea contractantă ceea ce presupune costuri logistice.

Așadar, furnizorul se poate regăsi foarte ușor în situația de a cumpăra cantități mari de produse de la furnizorii săi, de a le stoca (toate acestea presupunând costuri semnificative) însă de a nu primi nicio comandă sau poate doar o comandă de la autoritatea contractantă pe durata întregului contract.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluționării contestației precum și punctul său de vedere nr. A<sub>2</sub>5221/29.12.2015, înregistrat la Consiliu cu nr. 24885/29.12.2015, în care solicită respingerea contestației SC ... SRL ca fiind neîntemeiată și continuarea procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă invocă prevederile art. 181 lit. c<sup>1</sup>) din OUG nr. 34/2006 și arată că 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. 180 și 181 din OUG nr. 34/2006 atrage excluderea ofertantului de la procedura pentru atribuirea contractului”.

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

De asemenea, autoritatea contractantă va ține cont de toate certificatele constatatoare (de care are cunoștință) emise de oricare autoritate contractantă.

Documentul la care se referă contestația este „Modelul de contract” iar autoritatea contractantă constată că nu există nicio neconcordanță în ceea ce privește plata penalităților de întârziere.

În ceea ce privește neconcordanța dintre art. 13.3 și art. 16.1 autoritatea contractantă va introduce o erată pentru a îndrepta erorile apărute la art. 16.1.

Având în vedere că procedura aplicată este „cerere de oferte” în temeiul art. 27 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, în paralel cu o licitație deschisă, autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a diminua cantitățile de produse prevăzute în contract” în eventualitatea finalizării licitației deschise și încheierea acordului cadru.

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

Pentru atribuirea contractului de furnizare având ca obiect „Interferon BETA 1 B”, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de cerere de oferte, prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. 383658/21.12.2015, la care a atașat și documentația de atribuire, valoarea estimată fiind de 327.708 lei, fără TVA.

Ca urmare a publicării în SEAP a documentației de atribuire, a formulat contestație SC ... SRL, solicitând eliminarea condiției de neîncadrare a ofertanților în situațiile prevăzute de art. 181 lit. c<sup>1</sup> din OUG nr. 34/2006 și modificarea dispozițiilor pct. III.1.2.e) din fișa de date și ale art. 3.1, 13.3, 13.5, 16.3 și 17.2 din „Contract de furnizare”,

astfel încât cele prevăzute în cuprinsul acestora să fie în concordanță cu restul clauzelor din documentația de atribuire și conforme cu dispozițiile legale în materia achizițiilor publice.

În motivarea primului capăt de cerere, contestatoarea invocă drept argumente care ar susține necesitatea eliminării cerinței de calificare referitoare la neîncadrarea în prevederile art. 181 lit. c<sup>1</sup> din OUG nr. 34/2006, arătând că atât ea, cât și alți operatori economici au primit în cursul anului 2015 certificate referitoare la neîndeplinirea sau îndeplinirea necorespunzătoare a obligațiilor contractuale, deoarece în luna decembrie 2014, spitalele au primit buget suplimentat, ca urmare a unui excedent bugetar, iar autoritățile contractante au efectuat comenzi foarte mari de produse, distribuitorii aflându-se în imposibilitatea reală și obiectivă de a onora în întregime astfel de comenzi. Astfel, contestatoarea arată că, similar ei, în ceastă situație se află și alți operatori economici de top din România. Pentru exemplificare, contestatoarea depune o serie de documente constatatoare emise de diverse spitale pentru o serie de furnizori de medicamente din România.

Prevederea criticată de contestatoare se regăsește în invitația de participare și în fișa de date a achiziției, la cap. III.2.1 „Situația personală a operatorilor economici, inclusiv cerințele referitoare la înscrierea în registrul comerțului sau al profesiei (...)

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. 180 și 181 din OUG nr. 34/2006 atrage excluderea ofertantului de la procedura pentru atribuirea contractului”.

Cu privire la eliminarea cerinței criticate, Consiliul reține că dispozițiile art. 181 din OUG nr. 34/2006 stabilesc următoarele: **„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”.** Din textul respectiv rezultă faptul că stabilirea unei asemenea cerințe de calificare este strict la latitudinea autorității contractante, ea fiind pe deplin îndreptățită la introducerea ei în cadrul documentației de atribuire. Consiliul nu poate îngreuna dreptul conferit de lege autorității contractante impunându-i să accepte în cadrul procedurii ofertanți care nu și-au executat obligațiile contractuale, cauționându-i, astfel, pe aceștia. Răspunderea acceptării/neacceptării unor astfel de ofertanți aparține exclusiv autorității contractante, ea fiind cea care răspunde de calitatea actului medical și de viața pacienților. Medicamentul a cărui achiziție se urmărește este destinat unor boli grave, iar aprovizionarea ritmică este esențială atât pentru pacienți, cât și pentru autoritatea contractantă.

În același timp, existența unui număr mare de operatori cu astfel de certificate nu înseamnă că aceștia ar fi discriminați în vreun fel, ci doar că suportă consecințele legale ale încălcării contractelor pe care și le-au asumat. În situația în care s-ar admite caracterul discriminatoriu al unei cerințe legale, s-ar ajunge în situația absurdă în care orice cerință de calificare ar putea fi considerată de orice operator care nu o îndeplinește, drept discriminatorie. Astfel, și operatorii economici în faliment sau cu datorii către bugetul de stat pot invoca același caracter discriminatoriu al prevederilor art. 180 și 181 din OUG nr. 34/2006.

Din susținerile contestatoarei și din documentele depuse la dosar de autoritatea contractantă, respectiv certificatul constatator nr. A1-699/08.04.2015 și certificatul constatator nr. A1-2432/08.12.2015, emise de aceeași autoritate contractantă, Consiliul reține că la adresa SC .... SRL au fost emise două certificate constatatoare, primul dintre ele recunoscut de aceasta, iar în legătură cu cel de-al doilea, nu menționează nimic în cuprinsul contestației. Deși contestatoarea are interes legat de eliminarea cerinței de calificare atacate, legitimitatea interesului este discutabilă, fiind pusă în discuție dispoziția legală care sancționează comportamentul necorespunzător al ofertanților în executarea contractelor publice. În același timp, deși contestatoarea recunoaște că nu a furnizat medicamentele în conformitate cu dispozițiile contractuale, aceasta caută explicații pentru încălcarea dispozițiilor respective într-o serie de circumstanțe exterioare, respectiv comenzi disproporționate, lipsite de ritmicitate, fără să aducă vreun argument din care să rezulte că respectivele comenzi au excedat cantitățile la care s-a obligat prin contract. Mai mult, contestatoarea nu aduce dovezi ale invalidării certificatelor respective în instanță, deși de la emiterea primului dintre ele au trecut nouă luni, invocându-și propria culpă (nerespectarea contractului anterior), în justificarea înlăturării cerinței respective. În condițiile date, solicitarea înlăturării cerinței respective este vădit nefondată.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei referitoare la art. 3.1, 13.3, 13.5, 16.3 și 17.2 din modelul de „Contract de furnizare”, Consiliul reține că, în condițiile în care a fost respinsă solicitarea referitoare la necesitatea eliminării cerinței de calificare referitoare la neîncadrarea în prevederile art. 181 lit. c<sup>1</sup> din OUG nr. 34/2006, este de prisos discutarea clauzelor contractuale, fiind lipsită de interes contestația cu privire la acestea, astfel că, în temeiul art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, acestea nu vor mai fi analizate pe fond.

Față de cele de mai sus, în temeiul art. 278 alin. (5) 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 urmează să respingă ca nefondată contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ....”.

Redactată în 4 exemplare, cuprinde nouă pagini.

**PREȘEDINTE COMPLET,**

**...**

**MEMBRU,**

**....**

**MEMBRU,**