



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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. 1376/C5/1333
Data: 25.06.2021

Prin contestația nr. 15225/28.05.2021, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și, în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 28038/31.05.2021 și, respectiv, sub nr. 28479/02.06.2021, ..., cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată legal prin ... – Director general, a contestat raportul procedurii înregistrat sub nr. 1585/18.05.2021 și adresa nr. 1643/20.05.2021, documente emise în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă”, online, cu etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru având ca obiect „Achiziția publică centralizată, la nivel național, pentru medicamentele antiretrovirale și antiinfecțioase, utilizate în scop profilactic, care se acordă bolnavilor incluși în Programul național de prevenire, supraveghere și control al infecției HIV/SIDA”, loturile 2-9, 14-15, 20-24, 28-39, 41-48, cod CPV 33690000-3 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ... și a solicitat anularea actelor atacate și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire și, pe cale de consecință, evaluarea ofertelor în conformitate cu dispozițiile și cerințele stabilite prin anunțul de participare și documentația de atribuire, inclusiv luarea în considerare a etapei licitației electronice desfășurată în 05.04.2021-06.04.2021.

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

În susținerea contestației, autoarea acesteia prezintă pe scurt modul de derulare a procedurii de atribuire, precizând că au avut loc două etape de licitație electronică, una desfășurată în perioada 08.03.2021 ora 16:00 – 09.03.2021 ora 16:00 (anulată de autoritatea

contractantă) și una desfășurată în perioada 05.04.2021 ora 16:00:00 - 06.04.2021 ora 16:00:00 al cărei rezultat nu a fost contestat.

Contestatoarea precizează că împotriva deciziei de anulare a etapei de licitație electronică aferentă loturilor 9 și 42, desfășurată în perioada 08.03.2021 ora 16:00 - 09.03.2021 ora 16:00, comunicată ofertantului ... a fost depusă contestație la Tribunalul București, constituindu-se Dosarul nr. 10094/3/2021. Instanța a soluționat această contestație, în sensul că, prin Sentința civilă nr. 3083/10.05.2021, a admis în parte, „cererea de chemare în judecată principală și cererea de chemare în judecată conexă” și a anulat „în parte, adresele nr. 900/23.03.2021 și nr. 10274/30.03.2021 (...) precum și actele subsecvente acestor adrese în ceea ce privește loturile 9 și 42. Obligă pârâtul să continue procedura de achiziție în ceea ce privește loturile 9 și 42 cu luarea în considerare a etapei licitației electronice din 08.03.2021 - 09.03.2021 (...)”.

Astfel, susține contestatoarea, la data de 19.05.2021, autoritatea contractantă a publicat în SEAP raportul procedurii nr. 1585/18.05.2021, prin care a propus anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) coroborat cu alin. (2) din Legea nr. 98/2016, iar la data de 20.05.2021 i-a comunicat adresa nr. 1643, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, respectiv anularea procedurii de atribuire.

Contestatoarea consideră nelegală decizia autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire, precizând că, prin decizia emisă, Tribunalul București a dispus doar cu privire la cele 2 loturi contestate, respectiv lotul 9 și lotul 42, astfel că autoritatea contractantă trebuia să pună în aplicare această decizie doar cu privire la aceste loturi.

... susține că, deși autoritatea contractantă a indicat, ca temei de drept pentru anularea procedurii de atribuire, art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, aceasta nu a prezentat încălcările prevederilor legale care, în opinia acesteia, afectează procedura sau fac imposibilă încheierea contractului, contrar prevederilor art. 216 alin. (2) lit. g) din același act normativ.

Astfel, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă nu a motivat decizia de anulare a procedurii de atribuire, cu prezentarea concretă a elementelor și/sau măsurilor care afectează tratamentul egal, imposibilitatea aplicării deciziei Tribunalului București neputând prezenta motiv de anulare a procedurii de atribuire, întrucât procedura a fost inițiată pentru 48 loturi, iar decizia instanței vizează doar 2 loturi.

În continuare, autoarea contestației a formulat o serie de susțineri referitoare la modalitatea de desfășurare a etapei finale de licitație electronică.

În dovedire, ... a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 28640/1333/C5/03.06.2021, Consiliul a solicitat contestatoarei precizarea loturilor contestate, precum și, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, transmiterea recipisei de consemnare a cauțiunii, în original, în quantumul stabilit de lege, raportat la loturile contestate.

Contestatoarea a răspuns solicitării CNSC, în sensul că a transmis, inițial, prin mijloace electronice (e-mail) și, ulterior prin poștă, în

original, recipisa de consemnare nr. 207251456/1 don 07.06.2021, eliberată de CEC Bank – Sucursala Victoria, în sumă de 181.702,66 lei, precizând că loturile contestate sunt următoarele: 2-9, 14, 15, 20-24, 28-39, 41-48.

Prin adresa nr. 1870/09.06.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 30020/09.06.2021, autoritatea contractantă a adus la cunoștința Consiliului faptul că, pentru această procedură de atribuire, a fost depusă, de către ... SA, o contestație la Tribunalul București.

De asemenea, prin corespondența nr. 1/13654/14.06.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 30839/14.06.2021, autoritatea contractantă a transmis dovada înștiințării Tribunalului București – Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal, despre faptul că pe rolul CNSC se află în soluționare contestația formulată de ... prin care se solicită anularea raportului procedurii nr. 1585/ 18.05.2021.

Autoritatea contractantă a comunicat Consiliului, prin adresa nr. 1916/16.06.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 31356/16.06.2021, punctul de vedere privind prezenta contestație, în cadrul căruia a invocat excepția lipsei de interes a contestatoarei în formularea contestației motivat de faptul la data de 20.05.2021 a expirat perioada de valabilitate a ofertei contestatoarei și perioada de valabilitate a garanției de participare a acesteia. Față de această situație, autoritatea contractantă consideră că sunt incidente prevederile art. 124 alin. (3) din HG nr. 395/2016, precum și cele ale art. 131 din același act normativ, dar și jurisprudența constantă a CNSC și a instanțelor din care rezultă că participanții la procedura de atribuire trebuie să depună toate diligențele pentru a-și conserva calitatea de participant la procedură, inclusiv prin prelungirea periodică a garanțiilor de participare și a valabilității ofertelor. Astfel, autoritatea contractantă susține că, această chestiune a valabilității ofertelor este prioritară în analiză deoarece în situația în care ofertantul nu prelungește oferta și garanția de participare, astfel încât acestea să fie valabile pe toată durata procedurii de atribuire, operatorul economic pierde în acest fel dreptul de participant în procedura de achiziție și, pe cale de consecință, dreptul de a-i fi atribuit acordul-cadru.

Autoritatea contractantă susține, pe de o parte, că împlinirea termenului ofertei atrage caducitatea acesteia iar ofertantul titular pierde dreptul de a fi desemnat câștigător ca urmare a pierderii calității de participant la procedură, iar pe de altă parte, că, în situația în care acțiunea ar fi admisă, nu ar mai exista posibilitatea semnării acordului-cadru și a contractelor subsecvente atâta timp cât oferta nu mai este valabilă.

În consecință, autoritatea contractantă susține că lipsa de calitate procesuală activă și, în consecință, lipsa de interes a contestatoarei demonstrează lipsa calității de persoană vătămată, nefiind îndeplinite condițiile art. 32 din Codul de Procedură Civilă coroborate cu art. 2 alin. (1) și art. (3) alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 124 alin. (2) din HG nr. 395/2016, susținând că oferta și scrisoarea de garanție de participare trebuie să fie în perioada de valabilitate la momentul încheierii acordului-cadru pentru loturile în discuție, perioada

trebuind să acopere inclusiv perioada de soluționare a contestațiilor administrativ-jurisdicționale și sau/jurisdicționale.

În susținerea excepției, autoritatea contractantă a invocat practica instanțelor naționale.

... a precizat că niciun operator economic participant la procedura de atribuire nu i-a comunicat prelungirea duratei de valabilitate a ofertei și prelungirea duratei de valabilitate a garanției de participare.

Autoritatea contractantă menționează că motivul real pentru care a fost anulată procedura de atribuire, respectiv faptul ofertanților au depus oferte care nu au putut fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluțiilor financiare, nu constituie o situație excepțională care să impună autorității contractante obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă menționează că procedura de atribuire a fost anulată având în vedere următoarele aspecte:

- în cadrul răspunsului consolidat a informat operatorii economici (răspuns întrebare nr. 22) că la data depunerii ofertelor pe platforma SICAP se va cripta valoarea totală fără TVA aferentă cantității maxime a acordului-cadru iar centralizatorul de prețuri va conține și prețul/unitate terapeutică lei fără TVA, obligatoriu calculat la 2 zecimale;

- în fișa de date, la pct. IV.2.2 s-a precizat că elementul care face obiectul procesului repetitiv este prețul unitar fără TVA/unitatea terapeutică, în timpul licitației operatorul SICAP urmând să pună la dispoziția ofertanților informații privind numărul de participanți care licitează și prețul cel mai scăzut;

- pe platforma SICAP, în cadrul licitației electronice, există nota, generată automat de platforma SICAP și asupra căreia autoritatea contractantă nu poate interveni, potrivit căreia oferta de preț reprezintă valoarea totală a achiziției și nu prețul pentru un anumit produs din pachet sau un preț unitar;

- în legătură cu nota generată automat de platforma SICAP a fost informată de către un alt operator economic, „în data de 09.08.2021”, moment la care nu a putut transmite nicio instrucțiune privind elementul care face obiectul repetitiv al licitației electronice ținând cont de neconcordanța dintre instrucțiunile platformei SICAP și informațiile cuprinse în fișa de date a achiziției, fiind disponibile doar 3 ore până la finalizarea acesteia;

- în cadrul licitației electronice unii ofertanți au respectat instrucțiunile platformei SICAP iar alții instrucțiunile din fișa de date a achiziției, ceea ce a condus la informații neclare privind clasamentul, fiind vorba de o ofertare neuniformă;

- platforma SICAP, în timpul licitației electronice, nu pune la dispoziția ofertanților informații privind operatorul economic care a ofertat prețul cel mai scăzut și numele produsului pentru care s-a ofertat acest preț;

- modul neuniform de ofertare a condus la poziționarea în mod eronat pe locul 1 în platforma SICAP a ofertelor depuse raportat la prețul unitar fără TVA/UT (rezultatul fiind viciat) și, ulterior, la anularea licitației electronice desfășurată în perioada 08.03.2021- 09.03.2021. Această

decizie a fost contestată pentru 2 loturi la Tribunalul București, contestația fiind soluționată prin Sentința civilă nr. 3083/10.05.2021;

- procedura de atribuire a fost anulată deoarece s-a constatat că nu poate fi pusă în aplicare decizia Tribunalului București, în condițiile respectării principiului tratamentului egal motivat de faptul că, ulterior anulării etapei de licitație electronică, toate informațiile legate de desfășurarea acesteia au fost șterse automat de platforma SICAP neputând fi restabilită trasabilitatea etapelor aferente procedurii;

- decizia tribunalului București a fost emisă înainte de elaborarea raportului final al procedurii, iar autoritatea contractantă s-a aflat în imposibilitatea de a aplica măsurile dispuse de instanță deoarece în cadrul etapei de licitație electronică derulată în perioada 08.03.2021-09.03.2021, operatorii nu au oferit în mod unitar astfel încât ofertele să poată fi comparate și autoritatea contractantă să poată aplica criteriul de atribuire.

Autoritatea contractantă susține că a detaliat în raportul procedurii motivele care au stat la baza anulării procedurii de atribuire și le-a comunicat ofertanților, suplimentar acestora ... precizând următoarele:

- pe parcursul procedurii de atribuire au intervenit ajustări de preț pentru produsele oferite fapt ce poate conduce la o concurență nereală deoarece prețurile sunt ajustate raportat la produs nu la DCI (Denumirea Comercială Internațională) ceea ce poate conduce la situația în care, în urma semnării acordurilor-cadru operatorul economic să livreze la un preț care în urma ajustării să nu se mai încadreze pe primul loc conform criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”;

- pe parcursul procedurii de atribuire au fost înregistrate la CANAMED și în lista C2 noi produse pentru DCI-uri aferente procedurii ceea ce impune, conform pct. 13 din modelul de acord-cadru, derularea de noi proceduri pentru loturile la care au fost autorizate de punere pe piață noi medicamente având aceeași Denumirea Comercială Internațională, aceeași concentrație și aceeași formă de prezentare;

- pe parcursul procedurii de atribuire au fost excluse din CANAMED și din lista C2 produse pentru care au fost depuse oferte în cadrul procedurii anulate;

- după comunicarea raportului procedurii, 3 operatori economici au solicitat restituirea garanțiilor de participare;

- în prezent, valabilitatea ofertelor depuse și a garanțiilor de participare, au expirat, niciun ofertant necomunicând prelungirea duratei acestora;

- odată cu comunicarea deciziei anulării procedurii, a transmis ofertanților și faptul că reluarea procedurii se va face după ce ... va solicita ADR punerea în concordanță a platformei SICAP cu cerințele fișei de date a achiziției.

În final, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației ca neîntemeiată.

Atașat punctului de vedere, autoritatea contractantă a transmis raportul procedurii și comunicarea rezultatului procedurii transmisă contestatoarei, garanția de participare a contestatoarei, adresa nr. 1495/11.05.2021, adresa nr. 2877/12.05.2021, strategia de contractare și fișa de date a achiziției.

Prin adresa nr. 31613/1333/C5/17.06.2021, Consiliul a solicitat contestatoarei susțineri referitoare la excepția invocată de autoritatea contractantă.

Contestatoarea, prin adresa transmisă prin mijloace electronice (e-mail) nr. 17500/18.06.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 31883/18.06.2021, a formulat susțineri privind excepția invocată de autoritatea contractantă, solicitând respingerea acesteia.

Astfel, contestatoarea invocă prevederile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu cele ale art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016 și susține că oferta sa a fost declarată admisibilă, în urma participării la licitația electronică desfășurată în perioada 05.04.2021-06.04.2021, o parte din ofertele depuse de ea în cadrul acestei faze fiind poziționate pe primul loc, iar restul pe locurile 2, 3 care asigură un loc în cadrul acordului-cadru, având, astfel, un interes justificat în anularea deciziei autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire și a menținerii locului câștigat în urma depunerii ofertelor pentru loturile contestate.

În ceea ce privește prejudiciul suferit, contestatoarea susține că acesta rezultă din pierderea calității de ofertant câștigător în cadrul acordului-cadru.

Contestatoarea menționează că, având în vedere faptul că, pentru unele loturi, a fost poziționată pe locul 1 și, pe cale de consecință, a fost desemnată ofertant furnizor în cadrul contractelor subsecvente ce se vor încheia timp de 1 an de la semnarea acordului-cadru, a început constituirea de stocuri de medicamente.

De asemenea, contestatoarea invocă art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, art. 35, art. 124 alin. (1) și alin. (3), art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016, susținând că prelungirea valabilității ofertelor și a garanției de participare se poate realiza de ofertanți doar la cererea expresă a autorității contractante și în conformitate cu indicațiile acesteia cu privire la perioada de valabilitate, doar autoritatea contractantă putând cunoaște perioada necesară pentru analiza și evaluarea ofertelor, pentru verificările legate de aceste activități, respectiv perioada până la finalizarea procedurii și încheierea acordului-cadru.

Contestatoarea susține că, din analiza dosarului achiziției, rezultă că autoritatea contractantă nu a comunicat, nicio informație privind prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare, iar, anterior expirării valabilității ofertei și a garanției de participare, nu a transmis ofertanților nicio solicitare de prelungire a acestora.

În susținerea argumentelor sale, contestatoarei invocă practica națională.

În ceea ce privește expirarea garanției de participare, contestatoarea susține că valabilitatea ofertei nu este condiționată de valabilitatea garanției de participare, lipsa de diligență a autorității contractante pentru solicitarea prelungirii garanției de participare neafectând valabilitatea ofertei.

De asemenea, contestatoarea invocă și Sentința civilă nr. 4069/15.06.2021 a Tribunalului București, pronunțată în legătură cu prezenta procedură de atribuire, instanța respingând excepția lipsei de interes susținută de autoritatea contractantă.

În final, contestatoarea menționează că autoritatea contractantă a anulat procedura de atribuire pentru că nu a putut pune în aplicare Decizia nr. 3083/10.05.2021 emisă de Tribunalul București, însă a formulat recurs împotriva acesteia.

Prin adresa nr. 1956/23.06.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 32380/23.06.2021, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), autoritatea contractantă a transmis „Completare la punctul de vedere”, în cadrul căreia a reiterat susțineri din punctul de vedere și a susținut, referitor la prejudiciul invocat de contestatoare, că nu a solicitat ofertanților constituirea de stocuri înainte de finalizarea procedurii de atribuire, între ... și contestatoare neexistând niciun angajament legal.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că a informat toate unitățile sanitare să își deruleze propriile achiziții până la finalizarea achiziției centralizate pentru medicamentele HIV, operatorii economici putând, astfel, participa la achizițiile derulate de spitale.

Prin adresa corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la CNSC sub nr. 32507/25.06.2021, autoritatea contractantă a transmis Sentința nr. 3083/10.05.2021, emisă de Tribunalul București.

Prin corespondențele transmise prin mijloace electronice (e-mail) înregistrate la Consiliu sub nr. 32691/24.06.2021, nr. 32809/25.06.2021 și nr. 32921/25.06.2021, autoritatea contractantă a completat dosarul achiziției cu formularele de ofertă depuse de contestatoare în procedura de atribuire și a înaintat Sentința civilă nr. 4069/15.06.2021 emisă de Tribunalul București.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail) înregistrată la Consiliu sub nr. 32694/24.06.2021, ... SA a precizat că la acest moment Sentința civilă nr. 4069/15.06.2021 emisă de Tribunalul București nu i-a fost comunicată.

Prin adresa nr. 32872/25.06.2021, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 32872/25.06.2021 contestatoarea a comunicat răspuns la completarea punctului de vedere formulat de autoritatea contractantă.

Astfel, în legătură cu avizul conform necondiționat emis de ANAP pentru raportul procedurii nr. 1585/18.05.2021, contestatoarea susține că acesta nu înseamnă că raportul procedurii este legal, în legătură cu decizia de anulare a procedurii, ANAP neavând dreptul să intervină. În acest sens, contestatoarea invocă art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, art. 15 din OUG nr. 98/2017. De asemenea, contestatoarea susține că și în legătură cu decizia de anulare a licitației electronice desfășurată în perioada 0803.2021-09.03.2021 a fost emis aviz conform necondiționat de către ANAP, însă Tribunalul București a dispus anularea acestei decizii.

În ceea ce privește susținerea autorității contractante referitoare la faptul că nu a solicitat ofertanților constituirea de stocuri de medicamente din cauza situațiilor anterioare privind derularea acordurilor-cadru încheiate în urma licitațiilor centralizate, când, imediat după semnarea acordurilor-cadru, unitățile spitalicești au transmis comenzi cu termen de livrare foarte scurte.

În ceea ce privește susținerile autorității contractante referitoare la ajustările de preț, contestatoarea susține că acestea nu au legătură și nu privesc decizia de anulare a procedurii de atribuire.

Contestatoarea susține că deși pe parcursul prezentei proceduri de atribuire nu au fost excluse medicamente din CANAMED și/sau din Lista C2 dintre cele care fac obiectul procedurii, anularea procedurii sau organizarea unei alte proceduri nu are legătură cu aceste excluderi, având în vedere ca autoritatea contractantă solicită achiziția de medicamente pe DCI, în fiecare an fiind medicamente care sunt eliminate din CANAMED și/sau Lista C2.

De asemenea, contestatoarea susține că toate medicamentele oferite care au participat la etapa finală de licitație electronică (oferte admisibile) se regăsesc în CANAMED și Lista C2, iar ofertele cu medicamentele care nu au fost în CANAMED și Lista C2 au fost descalificate.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire prin „licitație deschisă” online, cu etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Achiziția publică centralizată, la nivel național, pentru medicamente antiretrovirale și antiinfecțioase, utilizate în scop profilactic, care se acordă bolnavilor incluși în Programul național de prevenire, supraveghere și control al infecției HIV/SIDA”, cod CPV 33690000-3 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1025440/20.10.2020, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la 20.11.2020, criteriul de atribuire „prețul cel scăzut” și valoarea estimată, fără TVA, 7.490.305,86 lei.

Obiectul prezentei proceduri de atribuire a fost divizat în 48 de loturi, prezenta contestație vizând următoarele loturi:

- Lotul 2 – Abacavirum sol. orală 20 mg/ml;
- Lotul 3 – Abacavirum + Lamivudinum + Zidovudinum compr. film. 300 mg/150 mg/300 mg;
- Lotul 4 – Atazanavirum caps. 150 mg;
- Lotul 5 – Atazanavirum caps. 200 mg;
- Lotul 6 – Azithromycinum cp. film. 250 mg;
- Lotul 7 – Azithromycinum cp. film. 500 mg;
- Lotul 8 – Azithromycinum pulp. pt. susp. orală 200 mg/5ml;
- Lotul 9 – Azithromycinum pulp. pt. suspensie orală 100 mg/5ml;
- Lotul 14 - Combinații (Darunavirum + Cobicistatum) compr. film. 800 mg/150 mg;
- Lotul 15 - Combinații (Dolutegravirum + Abacavirum + Lamivudinum) compr. film. 50 mg/600 mg/300 mg;
- Lotul 20 - Darunavirum compr. film. 400 mg;
- Lotul 21 - Darunavirum compr. film. 600 mg;
- Lotul 22 - Darunavirum compr. film. 800 mg;
- Lotul 23 - Darunavirum susp. orală 100 mg/ml;
- Lotul 24 - Dolutegravirum compr. film. 50 mg;
- Lotul 28 - Etravirinum compr. 200 mg;
- Lotul 29 - Etravirinum compr. 25 mg;

- Lotul 30 - Fluconazolum caps. 150 mg;
- Lotul 31 - Fluconazolum caps. 50 mg;
- Lotul 32 - Lamivudinum compr. film. 150 mg;
- Lotul 33 - Lamivudinum compr. film. 300 mg;
- Lotul 34 - Lamivudinum sol. orală 10 mg/ml;
- Lotul 35 - Lamivudinum + Zidovudinum compr. film. 150 mg/300 mg;
- Lotul 36 - Lopinavirum + Ritonavirum sol. orală 80 mg/ml + 20 mg/ml;
- Lotul 37 - Maravirocum compr. film. 150 mg;
- Lotul 38 - Maravirocum compr. film. 300 mg;
- Lotul 39 - Nevirapinum compr. 200 mg;
- Lotul 41 - Nevirapinum susp. orală 50 mg/5ml;
- Lotul 42 - Raltegravirum compr. film. 400 mg;
- Lotul 43 - Rilpivirinum compr. film. 25 mg;
- Lotul 44 - Sulfamethoxazolum + Trimethoprimum compr. 400 mg + 80 mg;
- Lotul 45 - Sulfamethoxazolum + Trimethoprimum susp. orală 25 mg/ml + 5 mg/ml;
- Lotul 46 - Tenofovirum Disoproxil compr. film. 245 mg;
- Lotul 47 - Zidovudinum caps. 100 mg;
- Lotul 48 - Zidovudinum sol. orală 10mg/ml.

În cadrul prezentei proceduri de atribuire au mai fost formulate contestații, după cum urmează:

- contestația formulată de ... SA în legătură cu loturile 9 și 42, transmisă Tribunalului București - Secția a II-a - Contencios Administrativ și Fiscal, care a făcut la instanță obiectul Dosarului nr. 10094/3/2021;

- contestația formulată de către ... SA în legătură cu loturile 9 și 42, transmisă CNSC, care a făcut obiectul Dosarului nr. 750/2021, scos de pe rolul Consiliului prin Încheierea nr. 1140/C5/750 și transmis Tribunalului București - Secția a II-a contencios administrativ și fiscal, în vederea soluționării excepției de conexare cu dosarul nr. 10094/3/2021, aflat pe rolul instanței,

cele două contestații fiind conexe de instanță și soluționate de aceasta prin Sentința civilă nr. 3083 din data de 10.05.2021, potrivit căreia:

„Respinge ca neîntemeiată excepția inadmisibilității.

Admite în parte cererea de chemare în judecată principală și cererea de chemare în judecată conexă formulată de reclamanta ... SA, (...), în contradictoriu cu pârâțul ... (...).

Anulează în parte adresele nr. 900/23.03.2021 și nr. 1027/30.03.2021, actele care au stat la baza emiterii acestor adrese, precum și actele subsecvente acestor adrese în ceea ce privește loturile 9 și 42.

Obligă pârâțul să continue procedura de achiziție în ceea ce privește loturile 9 și 42 cu luarea în considerare a etapei licitației electronice din 08.03.2021-09.03.2021.

Respinge în rest cererile de chemare în judecată ca neîntemeiate”.

Această sentință a fost atacată, de către autoritatea contractantă, cu recurs la Curtea de Apel București – Secția a IX-a de Contencios Administrativ și Fiscal, sens în care a fost constituit la instanță Dosarul nr. 10094/3/2021 cu termen 22.07.2021.

După primirea Sentinței civile nr. 3083/10.05.2021, autoritatea contractantă a întocmit raportul procedurii nr. 1585/18.05.2021, în cadrul căruia a decis anularea procedurii de atribuire.

Nemulțumit de această decizie a autorității contractante, comunicată prin adresa nr. 1643/20.05.2021, ofertantul a depus contestația care face obiectul prezentei cauze.

Autoarea contestației a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207251456/1 din 07.06.2021, în sumă de 181.702,66 RON, eliberată de CEC BANK – Sucursala Victoria.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 611 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, analizând excepția invocată de autoritatea contractantă privind lipsa de interes a contestatoarei ... în formularea prezentei contestații, Consiliul constată că aceasta este întemeiată, așa cum rezultă din argumentele care urmează:

Analizând conținutul fișei de date a achiziției, rezultă că autoritatea contractantă a stabilit următoarele cerințe obligatorii de îndeplinit de ofertanți:

- pct. III.1.6 Depozite valorice și garanții solicitate, lit. a),

- „III.1.6.a) Garanție de participare:*

- Garanția de participare se va constitui conform Anexa B*

- Garanția de participare se constituie în conformitate cu prevederile art. 36 din HG nr. 395/2016. Garanția de participare poate fi constituită și în valută, la cursul BNR, din data publicării în SEAP a anunțului de participare. **Perioada de valabilitate a garanției de participare: 6 luni de la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor. (...)***

- pct. IV.2.6 Perioada minimă pe parcursul căreia ofertantul trebuie să își mențină oferta:

- „6 luni (de la termenul limită de primire a ofertelor)”.*

Din conținutul documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

- potrivit formularelor de ofertă depuse pentru loturile contestate rezultă că ofertantul contestator a declarat, la pct. 3, următoarele: „Ne angajăm să menținem această ofertă valabilă (...) respectiv până la data de **20.05.2021**”.

- potrivit garanției de participare depusă de ..., emisă de UNICREDIT BANK la data de 13.11.2020, garanția de participare „expiră cel mai târziu la data de **21 mai 2021**”.

Față de aspectele mai sus reținute, Consiliul apreciază că în cauză au incidență următoarele prevederi legale:

- art. 124 din HG nr. 395/2016, care stipulează că

„(1) Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant.

(2) Perioada de valabilitate a ofertelor, prevăzută în anunțul/invitația de participare și în documentația de atribuire, trebuie să fie stabilită astfel încât să cuprindă toate etapele până la momentul încheierii contractului/acordului-cadru.

(3) Atunci când stabilește perioada de valabilitate a ofertelor, autoritatea contractantă va lua în considerare estimările privind perioada necesară pentru analiza și evaluarea ofertelor, perioada necesară pentru verificările legate de aceste activități, precum și perioada legală prevăzută pentru rezolvarea eventualelor contestații. Autoritatea contractantă are obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor, precum și, după caz, a garanției de participare, în situații excepționale care impun o astfel de prelungire. În cazul în care un operator economic nu se conformează acestei solicitări, oferta sa va fi respinsă ca fiind inacceptabilă”.

- art. 131 alin. (1) din același act normativ, care stipulează că *„Modul de lucru al comisiei de evaluare este stabilit de comun acord între membrii acesteia, urmând a se avea în vedere calendarul estimativ de aplicare a procedurii de atribuire și perioada solicitată pentru valabilitatea ofertelor”.*

Având în vedere textele legale mai sus menționate, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă are obligația să solicite ofertanților prelungirea valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare, în situații excepționale care impun o astfel de prelungire.

Pe de altă parte, participanții la procedură trebuie să depună toate diligențele pentru a-și conserva calitatea de participant la procedură, inclusiv prelungirea periodică a garanțiilor de participare la licitație și a valabilității ofertelor.

În speță, așa cum rezultă din documentele aflate la dosarul cauzei, valabilitatea ofertei depusă de către contestatoare în cadrul prezentei proceduri de atribuire a încetat la data de 20.05.2021 și cea a garanției de participare la 21.05.2021, iar contestatoarea nu a înțeles să prelungească, din proprie inițiativă, valabilitatea acestora.

Consiliul apreciază că această chestiune a valabilității ofertei este prioritară în analiză deoarece, în situația în care ofertantul nu prelungește oferta și garanția de participare, astfel încât acestea să fie valabile pe toată durata procedurii de atribuire/inclusiv perioada de soluționare a contestațiilor, operatorul economic pierde în acest fel dreptul de a-i mai fi atribuit contractul. Ofertantul devine străin de procedură, nemaivând posibilitatea de a încheia contractul care formează obiectul procedurii de atribuire. Astfel, împlinirea termenului ofertei atrage caducitatea acesteia, iar ofertantul titular pierde dreptul de a fi desemnat câștigător ca urmare a pierderii calității de participant la procedură.

Întrucât legislația în vigoare face referire la „prelungirea ofertelor”, se impune ca acestea să fie valabile la momentul de referință al „prelungirii”. Depunerea unei noi oferte nu poate conduce la acoperirea viciului dat de „neprelungire”, fiind vorba de un act străin de oferta inițial

depusă. Astfel, în speță, toate prelungirile ofertelor sunt acte adiționale ale ofertei inițiale. O eventuală admitere a contestației formulată de ... nu ar putea repune contestatoarea în situația de ofertantă în această procedură de atribuire deoarece nu ar putea fi prelungită oferta și garanția de participare care sunt deja expirate, iar lipsa prelungirii documentelor în discuție, în perioada lor de valabilitate, face dovada încetării calității de ofertant, care nu mai poate avea interes în continuarea procedurii neavând o ofertă valabilă.

Pe de altă parte, chiar și în situația ipotetică în care contestația ar fi admisă, nu ar mai exista posibilitatea semnării contractului atâta timp cât oferta nu mai este valabilă, o atitudine contrară însemnând încălcarea legislației în vigoare în materia achizițiilor publice.

În speță, Consiliul constată că, în condițiile în care, valabilitatea ofertei depusă de ... și garanția de participare la procedură, depusă de contestatoare, au expirat la data de **20.05.2021**, respectiv **21.05.2021**, iar autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire la data de **18.05.2021** (potrivit raportului procedurii nr. 1585/18.05.2021), nu i se poate imputa autorității contractante faptul că nu a solicitat ofertanților prelungirea ofertelor și a garanțiilor de participare.

Consiliul apreciază că, față de cele anterior reținute, coroborat cu faptul că prezenta contestație a fost datată și transmisă CNSC la data de 28.05.2021, (ulterior datei de 21.05.2021, dată la care a expirat valabilitatea ofertei și garanția de participare), autoarea contestației trebuia să dea dovadă de diligență și să-și conserve calitatea de ofertant în procedură prelungindu-și din proprie inițiativă documentele în discuție.

În aceste condiții, lipsa de calitate procesuală activă și, în consecință, lipsa de interes a contestatoarei, demonstrează lipsa calității de persoană vătămată, în speță nefiind îndeplinite condițiile impuse prin art. 32 din Codul de procedură civilă potrivit căruia „Orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia: (...) b) are calitate procesuală (...); d) justifică un interes”.

Consiliul constată că, în speță, sunt incidente și următoarele prevederi legale:

- art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia „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”;

- art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ, conform căruia „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”.

Așadar, pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o autoritatea contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziție publică, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura și să fi suferit, să sufere sau să riște să sufere un prejudiciu urmare a unui act al entității contractante.

Deși nici legislația în vigoare în materia achizițiilor publice și nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înțelege folosul practic **imediat** pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție, precum și critici ca cele de față, cere o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să fie legitim, personal și direct, să fie născut și **actual**.

De altfel, în acest sens s-au pronunțat în spețe similare și Curtea de Apel Cluj – Secția a-II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal prin decizia civilă nr. 8772/2012/31.10.2012 (dosar nr. 1138/33/2012), precum și Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal prin decizia civilă nr. 1658 din 22 noiembrie 2011.

În ceea ce privește prejudiciile invocate de contestatoare, Consiliul apreciază că sunt incidente dispozițiile art. 53 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 *[(1) Procesele și cererile privind acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate în cadrul procedurii de atribuire, precum și cele privind anularea sau nulitatea 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 sau în circumscripția în care își are sediul social/domiciliul reclamantul, prin completuri specializate în achiziții publice”]*.

Pe de altă parte, în ceea ce privește anularea procedurii de atribuire, Consiliul reține că autoritatea contractantă a adoptat această decizie, în vederea aplicării principiului tratamentului egal stipulat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 (situațiile comparabile nu trebuie să fie tratate în mod diferit; egalitate de oportunități și egalitate de rezultat, respectiv egalitatea efectivă după aplicarea unor măsuri sau a unor cerințe), neconcordanțele sesizate de autoritatea contractantă pe parcursul desfășurării licitațiilor electronice fiind de natură să conducă la incidența dispozițiilor art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția invocată de autoritatea contractantă și va respinge, ca lipsită de interes, contestația formulată de ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția invocată de autoritatea contractantă și respinge, ca lipsită de interes, contestația formulată de ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE

MEMBRU

MEMBRU

...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 14 pagini.