CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR
C. N. S. C.
Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..... / ..... / .....
Data: .....

Prin contestaţia nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de ..... SRL, cu sediul în ....., str. ……, județul ....., având CUI RO ....., număr de înregistrare în Registrul Comerţului ....., reprezentată convențional de ……, cu sediul pentru comunicarea actelor de procedură în ……, privind procedura de licitație deschisă, organizată de ....., cu sediul în ……, județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare gaze medicale, lotul nr. 1 – Oxigen medicinal lichid, cod CPV 24111500-0 Gaze medicale (Rev. 2), contestatoarea a solicitat anularea, în parte, a comunicării rezultatului procedurii nr. 12485/ 10.05..... în ceea ce privește evaluarea ofertei depuse de ..... SRL pentru lotul 1, a raportului final al procedurii, reevaluat în baza deciziei CNSC nr. ...../...../...../....., a oricăror și tuturor actelor ce au stat la baza emiterii acestora, precum și a tuturor actelor subsecvente acestora, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de ..... SRL prin verificarea valabilității garanției de participare și a valabilității ofertei și constatarea faptului că ofertantul și-a pierdut calitatea de participant la procedura de atribuire, ca urmare a nedepunerii dovezii de prelungire a valabilității ofertei și a garanției de participare în perioada de valabilitate a acestora, respectiv verificarea DUAE și a documentelor de calificare prezentate în susținerea acestuia, prin verificarea termenelor de valabilitate a Autorizației de Fabricație nr. 65F/25.02.2015 și a Certificatului de bună practică (GMP) nr. O09/2015/R0/08.04.2015 și constatarea inadmisibilității ofertei, ca urmare a depunerii unei

autorizații de fabricație și a unui certificat de bună practică (GMP), a căror valabilitate a expirat, cu aplicarea corespunzătoare a criteriului de atribuire și atribuirea acordului-cadru, precum și emiterea unor noi comunicări privind rezultatul procedurii.

..... SRL, cu sediul în ……, având CUI ……, număr de înregistrare în Registrul Comerţului ……, a formulat cererea de intervenţie nr. ....., înregistrată la Consiliu cu nr. ....., prin care a solicitat, în principal, admiterea cererii de intervenție accesorie formulată în interesul autorității contractante, iar pe fond, respingerea contestației formulată de ..... SRL ca neîntemeiată.

Contestaţia şi cererea de intervenţie vor fi soluţionate împreună, având în vedere dispoziţiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) şi art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ofertantul ..... SRL reclamă comunicarea rezultatului procedurii nr. 12485/10.05..... prin care autoritatea contractantă i-a comunicat că oferta sa pentru lotul 1 a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare, oferta declarată câștigătoare fiind cea depusă de ..... SRL, în cadrul procedurii de atribuire menţionată în partea introductivă, învederând în motivare următoarele:

Evaluarea inițială a ofertelor depuse pentru lotul 1 a fost contestată prin contestația nr. ...../....., admisă prin decizia CNSC nr. ...../...../...../.....

De asemenea, a contestat modalitatea de reevaluare a ofertelor dispusă ca urmare a primei decizii a Consiliului, iar prin decizia sa nr. ...../...../...../....., Consiliul a admis, în parte, contestația nr. ...../....., în ceea ce privește criticile privind îndeplinirea cerinței de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale, reținând, inter alia, că Autorizația de fabricație nr. 65F/25.02.2014 și Certificatul de bună practică (GMP) nr. 009/2015/RQ/08.04.2015 deținute de ..... SRL și-au pierdut valabilitatea pe parcursul evaluării ofertelor, fiind necesară efectuarea unor verificări din partea autorității contractante în acest sens.

Prin comunicarea rezultatului procedurii nr. 12485/10.05....., autoritatea contractantă i-a comunicat că oferta sa pentru lotul 1 a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare, oferta declarată câștigătoare fiind tot cea depusă de ..... SRL.

La data de 18.05....., a transmis autorității contractante notificarea prealabilă nr. TM261733, prin care a învederat caracterul inadmisibil al ofertei declarate câștigătoare.

Prin răspunsul nr. 13669/22.05....., autoritatea contractantă a refuzat adoptarea măsurilor de remediere solicitate.

În continuare, contestatoarea arată că ..... SRL nu mai deține calitatea de participant la procedura de atribuire, dat fiind că ofertantul nu și-a prelungit valabilitatea ofertei și a garanției de participare. Totodată, din clarificările transmise de ofertant, ulterior deciziei CNSC nr. ...../...../...../....., rezultă că oferta declarată câștigătoare este inadmisibilă din perspectiva neîndeplinirii cerinței de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale.

Potrivit secțiunii referitoare la valabilitatea ofertei și a garanției de participare din raportul procedurii nr. 1245/09.05....., oferta depusă de ..... SRL a fost valabilă până la data de 23.02.....

Prin solicitarea nr. 4639/12.02....., autoritatea contractantă a solicitat ofertantului ..... SRL prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare până la data de 30.04..... Prin adresa nr. 143/13.02....., ... SRL și-a prelungit perioada de valabilitate a ofertei până la data de 30.04..... și a prezentat dovada prelungirii garanției de participare până la aceeași dată.

Prin urmare, începând cu data de 01.05....., ... SRL nu a mai deținut o ofertă valabilă, încetând totodată și valabilitatea garanției de participare.

Ca urmare a semnalării de către ..... SRL a pierderii calității de ofertant a ..... SRL, prin expirarea ofertei și a garanției de participare, autoritatea contractantă a încercat să apeleze la un artificiu, astfel cum rezultă din răspunsul la notificarea prealabilă. La data de 22.05....., după aproximativ o lună de la expirarea valabilității ofertei și a garanției de participare, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului „o nouă ofertă valabilă 90 de zile și confirmarea valabilității garanției de participare”.

Astfel, prin transmiterea solicitării nr. 13567/22.05....., autoritatea contractantă recunoaște practic temeinicia criticilor din notificarea prealabilă și faptul că ofertantul ..... SRL nu mai deținea o ofertă și o garanție de participare valabile în cadrul procedurii.

În egală măsură, autoritatea contractantă însăși recunoaște că este imposibilă „prelungirea" unui act juridic expirat, adresa nr. 489/22.05..... având, atât în fapt, cât și în drept, semnificația depunerii unei noi oferte.

Temenul limită pentru depunerea ofertelor a fost stabilit la data de 13.11.2017. Conform art. 60 alin. (1) din HG nr. 395/2016, operatorul economic are obligația de a transmite oferta și DUAE în format electronic și numai până la data și ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare.

Prin urmare, autorității contractante nu îi este permis să accepte depunerea unei noi oferte, după ce oferta inițială a expirat.

În contextul în care, potrivit art. 125 din Normele metodologice „Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit,

cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă", singurul responsabil de neprelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare este ..... SRL care avea obligația de a lua toate măsurile necesare astfel încât să nu își piardă calitatea de participant la procedura de atribuire.

În același sens a statuat și Consiliul în jurisprudența sa anterioară.

Spre deosebire de ..... SRL, contestatoarea precizează că și-a prelungit atât oferta, cât și garanția de participare până la data de 31.07.....

Prin urmare, solicită obligarea autorității contractante la constatarea faptului că ..... SRL nu mai deține calitatea de participant la procedura de atribuire încă de la data de 30.04....., dat fiind că ofertantul nu și-a prelungit valabilitatea ofertei și a garanției de participare în timp util, anterior expirării acestora.

Referitor la inadmisibilitatea ofertei depuse de ..... SRL, societatea contestatoare consideră că oferta depusă de ..... SRL nu ar fi trebuit declarată câștigătoare, ci ar fi trebuit respinsă dat fiind faptul că:

- oferta nu îndeplinește cerințele de calificare impuse prin documentația de atribuire, impunându-se respingerea ofertei drept inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice coroborat cu art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016;
- față de neconcludența răspunsului la solicitările de clarificări, oferta ..... SRL ar fi trebuit respinsă ca inacceptabilă, conform art. 134 alin. (5) din Normele metodologice; în vederea demonstrării îndeplinirii cerințelor de calificare, ... SRL a depus în cadrul ofertei ca documente: Autorizația de fabricație nr. 65F/06.02.2015 și Certificate de bună practică (GMP) nr. 009/2015/RO/08.04.2015, niciunul dintre aceste documente nefiind valabil pe perioada derulării acordului-cadru, iar prin decizia sa nr. ...../...../...../....., Consiliul a admis criticile formulate de ..... SRL cu privire la neîndeplinirea cerinței de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale reținând că Autorizația de fabricație și Certificatul de bună practică și-au pierdut valabilitatea ulterior depunerii ofertei și că autoritatea contractantă nu a analizat modul în care ..... SRL a respectat cerințele de reînnoire pentru cele două documente, deși trebuia să se asigure că ofertantul are capacitatea de a executa acordul-cadru în condiții de legalitate.

Prin urmare, Consiliul a obligat autoritatea contractantă, inclusiv, să analizeze măsura în care ..... SRL a demarat și respectat prevederile legale privind reînnoirea Autorizației de Fabricație și a Certificatului de bună practică.

Prin solicitarea de clarificări nr. 12228/08.05....., autoritatea contractantă a solicitat ..... SRL prezentarea „Autorizației de Fabricație și Certificatul de bună practică valabile la data solicitată (Certificatul de bună practică prezentat în cadrul documentelor de calificare expiră la data de 08.04.....)".

..... SRL nu a prezentat documentele valabile, astfel cum a solicitat autoritatea contractantă. În plus, din răspunsul nr.

390/09.05....., rezultă că ofertantul nu a demarat și respectat cerințele legale de reînnoire pentru cele două documente.

Prin urmare, în condițiile în care:

- prin criteriul de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale, autoritatea contractantă a impus ca operatorul economic să aibă capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului, inclusiv să dețina o Autorizație de fabricație și un Certificat de bună practică (GMP) valabile pe toată durata executării acordului-cadru;
- documentația de atribuire acceptată și necontestată a devenit obligatorie în forma publicată în SEAP, atât pentru operatorul economic, cât și pentru autoritatea contractantă în perioada de evaluare;
- Consiliul însuși a obligat autoritatea contractantă să se asigure că ofertantul va putea executa acordul-cadru cu respectarea atât a prevederilor documentației de atribuire, cât și a prevederilor legale incidente pentru domeniul de activitate;
- ..... SRL nu este în măsură să facă dovada că executarea acordului-cadru se va desfășura în condiții de legalitate, întrucât nu deține în prezent o autorizație de fabricație și un certificat de bună practică valabile;
- solicitarea unor noi clarificări ofertantului ar contraveni art. 209 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, încălcându-se principiul tratamentului egal și al transparenței și creându-se un avantaj evident ofertantului ..... SRL față de ..... SRL, celălalt participant care a respectat documentația de atribuire la întocmirea ofertei.

Consideră că autoritatea contractantă nu are certitudinea că ofertantul declarat câștigător poate asigura executarea în integralitate, în legalitate și în condiții optime a acordului-cadru, având obligația respingerii acestei oferte ca inacceptabilă în temeiul art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele Metodologice întrucât nu îndeplinește criteriul de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale.

Contestatoarea menționează că, prin solicitarea de clarificări nr. 12228/08.05....., autoritatea contractantă a cerut, în mod expres, transmiterea Autorizației de Fabricație și Certificatului de bună practică valabile la data solicitată, dar prin răspunsul comunicat de ..... SRL este neconcludent, sens în care oferta sa ar fi trebuit respinsă ca inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (5) din Normele Metodologice.

Astfel, prin declararea drept câștigătoare a unei oferte inadmisibile și încheierea acordului-cadru cu ..... SRL, autoritatea contractantă a încălcat în mod flagrant principiile din materia achizițiilor publice prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, petenta susține că autoritatea contractantă a menținut în SEAP informațiile cu privire la semnarea unui acord-cadru cu ..... SRL la data 18.12.2017, în pofida faptului că la data respectivă dreptul

de a încheia acordul-cadru era suspendat față de formularea notificării prealabile nr. B256694/12.12.2017 de către ..... SRL și că între ..... SRL și autoritatea contractantă există un contract care ar fi permis achiziționarea produselor necesare până la finalizarea procedurii de atribuire. În orice caz, art. 7 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 stabilește sancțiunea nulității absolute pentru orice contract/acord-cadru care ar fi semnat în astfel de condiții.

În vederea soluţionării contestaţiei, Consiliul a solicitat autorităţii contractante, prin adresa nr. 21924/...../...../04.06....., în temeiul art. 18 din Legea nr. 101/2016, transmiterea documentelor emise ulterior deciziei CNSC nr. ...../...../...../....., precum şi punctul de vedere cu privire la contestaţie.

Prin adresa nr. 2583/08.06....., înregistrată la Consiliu cu nr. 22865/08.06....., ... SRL a solicitat accesul la documentele ce compun dosarul procedurii de achiziție publică aferent contestației nr. ...../.....

Prin adresa nr. 14763/06.06....., înregistrată la CNSC cu nr. 22398/06.06....., autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestaţia depusă de ..... SRL, iar documentele solicitate au fost comunicate în data de 08.06....., fiind înregistrate cu nr. 22934.

....., prin punctul său de vedere, solicită respingerea contestației ca neîntemeiată, pentru următoarele motive:

În conformitate cu dispozițiile deciziei Consiliului nr. ...../...../...../..... a anulat în parte raportul procedurii și documentele subsecvente ale acestuia, inclusiv comunicările rezultatului procedurii referitoare la lotul 1 - Oxigen medicinal lichefiat și a reevaluat oferta ..... SRL, în conformitate cu cele reținute în motivarea deciziei menționate, respectiv verificarea valabilității garanției de participare și a valabilității ofertei și verificarea DUAE și a documentelor de calificare prezentate în susținerea acestuia, respectiv prin verificarea termenelor de valabilitate a Autorizației de Fabricație nr. 65F/25.02.2015 și a Certificatului de bună practică (GMP) nr. 009/2015/RO/08.04.2015 concluzionând următoarele:

Prin adresa nr. 13567/ 22.05....., a solcitat: „O nouă ofertă valabilă 90 de zile și confirmarea valabilității garanției de participare”.

La această solicitare, ofertantul ..... SRL a răspuns cu adresa nr. 489/22.05....., respectiv:

- „Având în vedere data expirării valabilității ofertei, respectiv 30.04..... și solicitarea de prelungire cu 90 de zile, subscrisa, prelungim prin intermediul prezentei, oferta depusă cu încă 90 de zile calculate de la data expirării acesteia și ne angajăm să menținem oferta valabilă până la data de 30.07....., iar în măsura în care va fi necesar aceasta va fi prelungită din nou, la solicitarea autorității contractante.

- În ceea ce privește garanția de participare constituită prin OP nr. 2930 din data de 07.11.2017 și OP nr. 2947 din data de 13.11.2017, emise de Unicredit Bank, menționăm că aceasta se prelungește până la data de 30.07..... conform dovezii prelungirii garanției de participare anexate".

Comisia de evaluare a constatat răspunsul concludent pentru documentele depuse.

Prin intermediul formularului online emis către Ministerul Sănătății Agenția Națională a Medicamentui și a Dispozitivelor Medicale (ANMDM) și înregistrat sub nr. 44033/03.05....., autoritatea contractantă a solicitat relații referitoare la situația Autorizației de punere pe piață pentru produsul Oxigen medicinal lichefiat deținută de ..... SRL.

La această solicitare, Ministerul Sănătății Agenția Națională a Medicamentui și a Dispozitivelor Medicale (ANMDM) a răspuns cu adresa nr. 44033E/25.05....., respectiv: „Compania ..... SRL a depus cerere de reînnoire a autorizației de punere pe piață pentru produsul medicamentos despre care ne-ați solicitat relații înregistrată la ANMDM sub nr. 5375/16.11.2016, dată de la care se află în procedura de reînnoire a autorizației de punere pe piață și poate fi menținut în circuitul terapeutic până la soluționarea cererii, în conformitate cu prevederile art. 738 alin. (3) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, republicată".

Comisia de evaluare a considerat răspunsul concludent pentru documentele depuse.

În urma reevaluării documentului DUAE și a documentelor de eligibilitate depuse de către ..... SRL, și anume verificarea termenelor de valabilitate a Autorizației de Fabricație nr. 65F/25.02.2015 și a Certificatului de bună practică (GMP) nr. 009/2015/RO/08.04.2015, comisia de evaluare a solicitat clarificări cu privire la „Valabilitate - Autorizație de fabricație." Și „Valabilitate – Certificat de bună practică (GMP) prin adresa nr. 12228/08.05.....

La această solicitare, ofertantul ..... SRL a răspuns cu adresa nr. 390/09.05....., răspuns pe care comisia de evaluare l-a considerat concludent pentru documentele depuse.

Ca urmare a studierii dosarului, ... SRL a transmis Concluzii scrise și răspuns la punctul de vedere al autorității contractante prin adresa nr. 2591/13.06....., înregistrată la Consiliu cu nr. 23868/13.06....., reiterând ca aspecte:

-pierderea calității de participant la procedura de atribuire a SC ..... SRL;

-inadmisibilitatea ofertei depuse de SC ..... SRL.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. ....., ... SRL a depus cererea de intervenţie, solicitând, în principal, admiterea cererii de intervenție accesorie formulată în interesul autorității contractante,

iar pe fond, respingerea contestației formulată de ..... SRL ca neîntemeiată.

Intervenienta precizează, legat de solicitarea de admitere în principiu a cererii de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, că are un interes justificat, legitim, născut actual și direct de a interveni în cadrul contestației fomulată de ..... SRL, prin raportare la calitatea de ofertant declarat câștigător pentru lotul 1, în cadrul procedurii de atribuire, astfel cum a fost stabilit prin raportul procedurii emis ca urmare a reevaluării desfășurată conform recomandărilor din Decizia CNSC nr. ...../...../...../.....

Cu privire la fondul cauzei, intervenienta solicită Consiliului respingerea contestației ca neîntemeiată, pentru motivele pe larg detaliate prin intermediul cererii de intervenție.

În ceea ce privește prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare, intervenienta solicită respingerea criticilor formulate de ..... SRL ca netemeinice, pentru următoarele motive:

În conformitate cu art. 124 din normele de aplicare ale Legii nr. 98/2016, autoritatea contractantă are obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor, precum și, după caz, a garanției de participare, în situațiile excepționale care impun o astfel de prelungire.

Astfel, intervenienta apreciază că nu-i poate fi imputată lipsa de diligență a autorității contractante de a solicita prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare depuse de către societatea sa.

Contrar celor susținute de contestatoare, jurisprudența CNSC-ului și a Curții de Apel, este constantă în materie, fiind respinse excepțiile, întrucât culpa pentru neprelungirea ofertei și a garanției de participare aparține autorității contractante. În acest sens, amintește decizia CNSC nr. 1959/22.06.2012 și nr. 4013/08.11.2013, precum și decizia nr. 7392/05.11.2012 a Curții de Apel Alba Iulia, Secția de contecios administrativ și fiscal.

Mai mult, a răspuns pozitiv, în termenul indicat de autoritatea contractantă prin comunicarea nr. 13567/22.05..... privind solicitarea de prelungire a valabilității ofertei sale cu 90 de zile și a garanției de participare.

Având în vedere data expirării valabilității ofertei, respectiv 30.04..... și solicitarea de prelungire cu 90 de zile, ... SRL a prelungit oferta depsă cu încă 90 de zile calculate de la data expirării acesteia, angajându-se să mențină oferta valabilă până la data de 30.07....., cu mențiunea că în măsura în care aceasta va fi prelungită din nou, la solicitarea autorității contractante.

Referitor la solicitarea ..... SRL cu privire la reevaluarea documentului DUAE și a documentelor de eligibilitate depuse de către ..... SRL, și anume verificarea valabilității a Autorizației de Fabricație nr. 65F/25.02.2015 și a Certificatului de bună practică (GMP) nr. 009/2015/RO/08.04.2015 cu consecința declarării ofertei ca

inadmisibilă ca urmare a depunerii acestor două documente expirate, intervenienta învederează următoarele aspecte:

Ca urmare a recomandărilor CNSC din decizia nr. ...../...../ ...../....., în procesul de reevaluare, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări prin adresa nr. 12228/08.05....., la care a răspuns prin adresa nr. 390/09.05....., precizând încă odată, în mod ferm, că își va respecta obligațiile asumate prin documentația depusă.

Intervenienta a precizat că Autorizația de fabricație nr. 65F/25.02.2015 este valabilă până la data de 25.02....., cu mențiunea că termenul de valabilitate al acesteia se extinde până la data inspecției de recertificare a cărei dată nu a fost încă stabilită de către ANMDM.

De asemenea, Certificatul de bună practică (GMP) are valabilitate până la data de 08.04....., valabilitate care se va prelungi conform prevederilor legale în vigoare până la data inspecției de recertificare.

Prin adresa nr. 5374-5375E/15.06....., intervenienta precizează că i-a fost reconfirmat faptul că poate menține în circuitul terapeutic medicamentul pe care-l produce.

Astfel, are dreptul de a fabrica în continuare oxigenul medicinal lichid.

Totodată, ... SRL precizează că, până la această dată, nu a avut loc încă inspecția, așadar nu-i poate fi imputat și nici nu-i poate crea prejudicii în raport cu procedurile de atribuire ce se află în desfășurare sau la care participă până la data finalizării inspecției.

Prin adresa nr. 2618/27.06....., înregistrată la Consiliu cu nr. 2618/27.06....., ... SRL a transmis răspuns la cererea de intervenție, solicitând:

- pe cale de excepție, admiterea excepției tardivității cererii de intervenție formulate de ..... SRL, și pe cale de consecință, respingerea cererii de intervenție ca tardiv formulată confmor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și admiterea excepției lipsei de interes a cererii de intervenție și respingerea acesteia ca lipsită de interes pe motivul că este formulată de o persoană care nu justifică un interes;
- pe fondul cauzei, respingerea ca nefondate și netemeinice a argumentelor ..... SRL din cererea de intervenție.

Prin adresa nr. 2624/28.06....., înregistrată la Consiliu cu nr. 26521/29.06....., ... SRL a transmis Note scrise prin care reiterează solicitarea de a dispune admiterea contestației nr. ...../....., astfel cum a fost formulată.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reţine următoarele:

În vederea încheierii acordului-cadru de furnizare gaze medicale, lotul nr. 1 – Oxigen medicinal lichid, ..., în calitate de autoritate contractantă, a iniţiat procedura de licitație deschisă. Conform anunţului de participare nr. ...../ 22.08....., publicat în Sistemul

Electronic de Achiziţii Publice, data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 26.09.2017, ora 1600, modificată ulterior în 13.11.2017, ora 1600. Valoarea estimată a acordului-cadru este de 3.293.989 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este preţul cel mai scăzut.

Ca urmare a comunicării de către autoritatea contractantă a rezultatului procedurii prin adresa nr. 12485/10.05..... pentru lotul 1, nemulţumită fiind de faptul că oferta SC ..... SRL a fost declarată câștigătoare, ... SRL a depus contestaţie, solicitând anularea, în parte, a comunicării rezultatului procedurii nr. 12485/10.05..... în ceea ce privește evaluarea ofertei depuse de ..... SRL pentru lotul 1, a raportului final al procedurii, reevaluat în baza deciziei CNSC nr. ...../...../...../....., a oricăror și tuturor actelor ce au stat la baza emiterii acestora, precum și a tuturor actelor subsecvente acestora, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de ..... SRL prin verificarea valabilității garanției de participare și a valabilității ofertei și constatarea faptului că ofertantul și-a pierdut calitatea de participant la procedura de atribuire, ca urmare a nedepunerii dovezii de prelungire a valabilității ofertei și a garanției de participare în perioada de valabilitate a acestora, respectiv verificarea DUAE și a documentelor de calificare prezentate în susținerea acestuia, prin verificarea termenelor de valabilitate a Autorizației de Fabricație nr. 65F/25.02.2015 și a Certificatului de bună practică (GMP) nr. O09/2015/R0/08.04.2015 și constatarea inadmisibilității ofertei, ca urmare a depunerii unei autorizații de fabricație și a unui certificat de bună practică (GMP), a căror valabilitate a expirat, cu aplicarea corespunzătoare a criteriului de atribuire și atribuirea acordului-cadru, precum și emiterea unor noi comunicări privind rezultatul procedurii.

În ceea ce priveşte cererea de intervenţie formulată ..... SRL, văzând că are calitate şi capacitate procesuală şi a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind operator economic a cărui ofertă a fost declarată câștigătoare, în conformitate cu art. 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul o încuviinţează în principiu, ca cerere de intervenţie accesorie în interesul autorităţii contractante.

Referitor la excepția tardivității cererii de intervenție invocată de contestatoare, Consiliul consideră relevante prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016: Până la soluţionarea contestaţiei de către Consiliu, operatorii economici interesaţi să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanţi la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenţie voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestaţiei. Cererea de intervenţie depusă la Consiliu va fi comunicată şi celorlalte părţi ale cauzei în termen de două zile de la primire. În cazul procedurilor a căror iniţiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestaţiei.

Astfel, conform acestor prevederi legale, operatori economici participanți pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu în

termen de 10 zile de la data publicării contestației în SEAP. Ori, accesând SEAP, Consiliul constată că nici până la acest moment nu a fost publicată în SEAP contestația în analiză, ultimul document postat fiind răspunsul achizitoarei la notificarea prealabilă.

Prin urmare, nefiind îndeplinite condițiile de formă necesare pentru calcularea termenului, nu poate fi pusă în discuție tardivitatea cererii de intervenție, pentru culpa autorității contractante, legiuitorul stabilind expres că termenul se calculează de la data publicării în SEAP a contestației, motiv pentru care Consiliul va respinge ca nefondată excepția tardivității cererii de intervenție invocată de contestatoare.

Pe fondul contestației, Consiliul constată lipsa de temei a criticilor contestatoarei împotriva deciziei autorității contractante de declarare a ofertei ..... SRL câștigătoare.

Astfel, o primă critică este cea legată de pierderea calității de participant la procedura de atribuire de către ..... SRL deoarece nu și-ar fi prelungit valabilitatea ofertei și garanției de participare anterior expirării acestora.

În acest sens, Conbsiliul constată că, prin adresa nr. 13567/ 22.05....., autoritatea contractantă a solicitat ..... SRL transmiterea unei noi oferte, valabilă 90 de zile și confirmarea garanției de participare.

Prin adresa nr. 489/22.05....., ... SRL a răspuns autorității contractante menționând că, urmare a prelungirii anterioare a acesteia valabilității ofertei până la 30.04....., valabilitatea ofertei este prelungită cu 90 de zile de la acest termen, respectiv până la 30.07..... De asemenea, s-a afirmat că se prelungește și valabilitatea garanției de participare până la 30.07....., sens în care este anexată copia documentului doveditor.

Consiliul constată că prin demersul său autoritatea contractantă a a asigurat continuitatea valabilității ofertei și garanției de participare depuse de ..... SRL.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei legate faptul că oferta contestatoarei ar fi trebui respinsă deoarece oferta sa nu mai era valabilă, Consiliul are în vedere faptul că obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare îi aparține exclusiv autorității contractante, conform dispozițiilor art. 124 alin. (3) din HG nr. 395/2016: (3) Atunci când stabileşte perioada de valabilitate a ofertelor, autoritatea contractantă va lua în considerare estimările privind perioada necesară pentru analiza şi evaluarea ofertelor, perioada necesară pentru verificările legate de aceste activităţi, precum şi perioada legală prevăzută pentru rezolvarea eventualelor contestaţii. Autoritatea contractantă are obligaţia de a solicita prelungirea valabilităţii ofertelor, precum şi, după caz, a garanţiei de participare, în situaţii excepţionale care impun o astfel de prelungire.

Situațiile excepționale invocate sunt determinate de nefinalizarea evaluării procedurii și singura responsabilă este autoritatea contractantă, care obligația de de a solicita prelungirea valabilității ofertelor și a garanției de participare. Regula este ca evaluarea ofertelor de către autoritatea contractantă să fie finalizată în termenul

stabilit, iar pe cale de excepție, atunci când nu reușește să finalizeze evaluarea este obligată să se asigure de prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare. Cum legiuitorul a prevăzut expres în sarcina achizitoarei o astfel de obligație nu pot fi sancționați operatorii economici pentru comportamentul autorității contractante.

De altfel, o astfel de practică nu ar putea fi acceptată și pentru faptul că ar putea constitui un motiv artficial de anulare a procedurii fiind cunoscut faptul că după depunerea ofertelor ofertanții nu pot transmite, din oficiu documente, ci doar în urma unei solicitări din partea autorității contractante. Ori, conform dispozițiilor art. ..... alin. (1) lit. k) din Legea nr. 98/2016, crearea unor circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire este considerată contravenție dacă nu au fost săvârşite în astfel de condiţii încât să fie considerate, potrivit legii penale, infracţiuni.

De asemenea, faptul că autoarea contestației s-a asigurat de depunerea acestor documente anterior expirării lor, este irelevant, deoarece, pe de o parte, fiind o procedură online, în lipsa unei solicitări din partea achizitoarei cu acest subiect aceasta nu ar fi putut încărca în SEAP astfel de documente. Pe de altă parte, ar putea fi pus în discuție faptul că lipsa de diligență a autorității contractante ar putea fi utilizată pentru crearea unui avantaj în favoarea contestatoarei în detrimentul intervenientei, odată cu încălcarea principiului tratamentului egal.

Prin urmare, procedurile de atribuire derulându-se on-line, pe lângă faptul că legiuitorul a stabilit în sarcina achizitoarei obligația de a solicita prelugirea valabilității documentelor, nu poate fi invocată lipsa de diligența a unui ofertant în a-și prelungi valabilitatea documentelor depuse în cadrul procedurii, ori lipsa de interes a acestuia.

De altfel, în sensul celor stabilite de Consiliu au fost mai multe decizii ale Curților de Apel: nr. 7392/05.11.2012a Curții de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal, nr. 3171/20.09.2012 și 341/28.01.2013 ale Curții de Apel București, Secția a VIII-a contecios administrativ și fiscal, nr. 8772/31.10.2012a Curții de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 2898/CA/2013-r/17.06.2013A Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, respectiv deciziile nr. 2256/R-CONT/24.10.2012, 2479/R-CONT/14.11.2012 și 1/R-CONT/09.01.2013 ale Curții de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, care au stabilit fără echivoc că este culpa autorității contractante neachitarea de obligațiile ce-i reveneau în a solicita prelungirea valabilității garanției de participare sau a ofertei.

În ceea ce privește criticile contestatoarei legate de modul de îndeplinire a cerințelor de calificare, Consiliul constată că în discuție este și demonstrarea capacității de exercitare a activității profesionale.

Astfel, autoarea contestației aduce critici legate de Autorizația de fabricație pentru oxigenul medicinal lichefiați de Certificatul de bună practică (GMP) pentru oxigen medicinal.

Legat de aceste aspecte, Consiliul consideră relevante cele constatate prin decizia sa anterioară nr. ...../...../...../....., rămasă definitivă prin neatacarea ei cu plângere:

În ceea ce privește criticile legate de Autorizația de Fabricație nr. 65F/25.02.2015 și Certificatul de bună practică (GMP) nr. 009/ 2015RO/08.04.2015, Consiliul constată că în mod eronat autoarea contestației invocă depunerea unor documente expirate, în condițiile în care cele două documente au o valabilitate de 3 ani, fiind valabile încă 3 luni, respectiv 5 luni de la data deschiderii ofertelor. Ori, conform Ordinului ministrului sănătății nr. 1295/2015 privind autorizarea de fabricaţie a producătorilor, importatorilor de medicamente de uz uman, inclusiv cele pentru investigaţie clinică şi a unităţilor de control independente şi privind acordarea certificatului de bună practică de fabricaţie, la art. 10 alin. (1) și 24 alin. (1), se precizează că demersurile se fac cu 90 de zile înainte de expirarea acestora.

Cu toate acestea nu se constată existența nici unei analize a autorității contractante cu privire la modul în care au fost respectate cerințele de reînnoire a acestora conform dipozițiilor acestui ordin:

- art. 10. - (1) Frecvenţa următoarei inspecţii la fabricantul/importatorul de medicamente/unitatea de control independentă se stabileşte în acord cu Hotărârea Consiliului ştiinţific al ANMDM referitoare la aprobarea Modelului privind planificarea inspecţiilor la fabricanţii de medicamente pe baza evaluării riscului, publicată pe pagina web a ANMDM; de asemenea, frecvenţa următoarei inspecţii se consemnează în raportul de inspecţie şi ulterior, cu 90 de zile înainte de data menţionată, deţinătorul legal al autorizaţiei are obligaţia de a solicita la ANMDM efectuarea inspecţiei.

(2) Inspecţia se efectuează în termen de 10 zile de la confirmarea achitării tarifului de inspecţie la o data stabilită de comun acord cu unitatea inspectată; inspecţia se desfăşoară în acord cu prevederile art. 6-8.

(3) În cazul în care inspecţia nu este solicitată în termenul stabilit sau este amânată din motive care ţin de fabricant/importator/unitatea de control independentă, ANMDM va decide asupra statutului unităţii privind conformitatea cu buna practică de fabricaţie şi va lua măsurile necesare.

- art. 24. - (1) Cu 90 de zile înainte de expirarea termenului prevăzut de certificatul de bună practică de fabricaţie, fabricantul de substanţe active din ţară terţă sau fabricantul de medicamente din ţara terţă/reprezentantul lui în România trebuie să depună la ANMDM o cerere (conform anexei nr. II) însoţită de Dosarul standard (întocmit conform părţii a III-a a Ghidului privind buna practică de fabricaţie); în cazul în care fabricantul de medicamente/substanţe active din ţară terţă deţine un certificat de bună practică de fabricaţie emis de o autoritate din SEE, aceasta îl va depune la ANMDM pentru a dovedi conformitatea cu buna practică de fabricaţie.

(2) Reînnoirea certificatului de bună practică se face în conformitate cu prevederile art. 18-23.

Ori, în condițiile în care prin noul raport al procedurii, achizitoarea a preluat informații detaliate și legate de aceste documente, inclusiv privind faptul că ultima inspecție a avut loc la data de 05.12.2014, se impunea ca, având în vedere data elaborării Raportului final al procedurii reevaluat nr. 4640/12.02....., când unul dintre documente urma să expire în următoarele zile (Autorizația de Fabricație nr. 65F/ 25.02.2015), se impunea o minim diligență în verificarea măsurii în care au fost demarate și respectate prevederile legale privind reînnoirea lor.

Faptul că intervenienta a transmis solicitarea sa nr. 55/18.01..... către Agenția Națională a Medicamentului și Dispozitivelor Medicale, odată cu cererea de intervenție, este irelevantă în soluționarea contestației atât timp cât achizitoarea nu a făcut nicio verificare a modului în care acest operator economic este în măsură să ducă la îndeplinirea acordului-cadru dorit a se încheia în condițiile stabilite prin documentația de atribuire și cu respectarea prevederilor legale.

Prin urmare, se constată necesitatea efectuării unei astfel de analize de către achizitoare, tocmai pentru a se asigura că ofertantul declarat câștigător este în măsură să îndeplinească acordul-cadru în discuție, inclusiv cu respectarea dispozițiilor Cap. IV Fabricație și import din Legea nr. 95/2006 (art. 755 și următoarele).

Cât privește invocarea de către contestatoare a prevederilor art. 750 alin. (1) din Legea nr. 95/2006, Consiliul constată că acesta are următorul conținut și nu are cuprinse informații legate de valabilitatea autorizației de fabricație: *Orice cerere din partea deţinătorului autorizaţiei de punere pe piaţă pentru modificarea unei autorizaţii de punere pe piaţă care a fost acordată conform prevederilor prezentei secţiuni trebuie să fie depusă la ANMDM şi la toate statele membre ale UE care au autorizat anterior medicamentul în cauză*.

Având în vedere cele reținute de Consiliu prin decizia sa anterioară, rămasă definitivă este evident faptul că s-a constatat doar lipsa unei analiza a achizitoarei și a unei minime diligențe în verificarea măsurii în care au fost demarate și respectate prevederile legale de reînnoire a acestor documente și nu lipsa de efect a acestor documente.

Legat de acest aspect, prin adresa nr. 12228/08.05..... autoritatea contractantă a solicitat ..... SRL, printre altele, prezentarea Autorizației de Fabricație și Certificatul de bună practică valabile la data solicitată.

La această solicitare ..... SRL a răspuns prin adresa nr. 390/09.05....., menționând că Autorizația de Fabricație nr. 65F/25.02.2015 a fost valabilă până la data de 25.02....., cu mențiunea că termenul de valabilitate al acesteia se extinde până la data inspecției de recertificare a cărei dată nu a fost stabilită încă de către ANMDM, iar Certificatul de bună practică (GMP) nr. 009/ 2015RO/08.04.2015, a fost valabil până la data de 08.04....., valabilitatea acestuia prelungindu-se conform prevederilor legale în vigoare până la data inspecției de recertificare. De asemenea, a menționat că, respectând prevederile art 10 și 24 din Ordinul ministrului sănătății nr. 1295/2015, a transmis ANMDM solicitarea nr. 40449/ 18.01....., împreună cu Dosarul standard al unităților, urmând ca în urma inspecției să primească acordul pentru emiterea unui nou Certificat GMP și o nouă autorizație.

Consiliul constată că, potrivit raportului final al procedurii nr. 2459/09.05....., răspunsul ..... SRL a fost considerat concludent de către autoritatea contractantă, aceasta reținând din răspunsul primit că acest operator economic are dreptul de a fabrica în continuare gaze medicale cu sistemul de calitate deja implementat având dovada depunerii cererii și dosarul de solicitare a inspecției și că, deși la acest moment nu a avut loc inspecția, au fost demarate demersurile în confomitate cu prevederile legale în vigoare.

Având în vedere toate aceste informații, Consiliul constată că autoritatea contractantă și-a asumat răspunsul dat de ..... SRL. Astfel, char dacă preluarea susținerilor ..... SRL nu presupune o analiză în sine, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu avea niciun motiv pentru care nu ar fi trebuit să ia în considerare răspunsul primit.

Cele două documente în discuție erau la data depunerii ofertei în termenul de valabilitate, iar operatorul economic a făcut demersurile necesare pentru planificarea inspecției la sediul său în vedere emiterii certificatului de bună practică.

Chiar dacă termenul de 90 de zile nu a fost respectat, demersul către ANMDM fiind făcut cu 80 de zile înainte de expirarea certificatului (solicitarea nr. 55/18.01..... la ..... SRL și 40449/ 18.01..... la ANMDM), conform art. 10 alin. (3) din Ordinul ministrului sănătății nr. 1295/2015, singura instituție care se poate pronunța asupra valabilității acestor documente este ANMDM: În cazul în care inspecţia nu este solicitată în termenul stabilit sau este amânată din motive care ţin de fabricant/importator/unitatea de control independentă, ANMDM va decide asupra statutului unităţii privind conformitatea cu buna practică de fabricaţie şi va lua măsurile necesare.

Nici autoritatea contractantă și nici Consiliul, în lipsa unor informații și documente nu poate pune la îndoială legalitatea desfășurării activității de către acest operator economic atât timp cât ANMDM nu s-a pronunțat asupra statutului unităţii privind conformitatea cu buna practică de fabricaţie şi nu a luat eventualele măsurile necesare. Mai mult decât atât, conform documentelor depuse la dosar se constată că ANMDM, prin adresa nr. 5374-5375SE/13.06....., de răspuns la solicitarea ..... SRL confirmă faptul că medicamentele Oxigen medicinal lichefiat și Oxigen medicinal comprimat se află în continuare în procedură de reînnoire a autorizației de punere pe piață.

De altfel, legat de emiterea unei autorizații de fabricație art. 758 din Legea nr. 95/2006 stabilește faptul că *ANMDM ia măsuri adecvate pentru a se asigura că timpul necesar pentru procedura de acordare a autorizaţiei de fabricaţie nu depăşeşte 90 de zile de la data la care ANMDM a primit solicitarea,* dar acest termen a fost depășit cu mult fără ca ANMDM să se fi pronunțat, deși art. 755 alin. (1) din același act normativ prevede obligația ANMDM de a lua toate măsurile necesare pentru a se asigura că fabricaţia medicamentelor pe teritoriul României se efectuează numai de către deţinătorii unei autorizaţii de fabricaţie.

Cum prevederile legale nu impun o sancțiune în sensul imposibilității desfășurării activității până la pronunțarea ANMDM, atât timp cât au fost făcute demersurile necesare ci, dimpotrivă, permit desfășurarea activității și punerea pe piață a medicamentelor până la soluționarea cererilor, chiar dacă valabilitatea documentelor a expirat (art. 738 alin. (3) din Legea nr. 95/2006 – medicamentele pot fi menținute în circuitul terapeutic până la soluționarea cererii de reînnoire a autorizației), și în lipsa unor alte documente și informații care să ateste contrariul, Consiliul consideră că decizia autorității contractante cu privire la concludența răspunsului primit este întemeiată.

Nu poate fi imputată operatorilor economici lipsa de diligență a ANMDM în a se pronunța cu privire la o solicitare, cu atât mai mult cu cât pentru punerea pe piață a respectivelor medicamente se invocă de către respectiva instituție (ANMDM) prevederile art. 738 alin. (3) din Legea nr. 95/..... care permit menținerea în circuitul terapeutic al

respectivelor medicamente, iar autorizația nu a fost emisă nici până la acest moment, la peste 18 luni de la solicitare.

Legat de susținerea contestatoarei că nu există certitudinea că, în urma derulării următoarei inspecții, ofertantul va obține o altă autorizație și un alt certificat, deși există această posibilitate, Consiliul consideră că nu poate fi luată în considerare datorită faptului că, potrivit art. 10 alin. (3) din ordinul amintit, ANMDM este cea care trebuie să decidă asupra statutului unităţii privind conformitatea cu buna practică de fabricaţie şi va lua măsurile necesare.

Până la emiterea unei rezoluții în acest sens și până la stabilirea sau nu a unei date pentru realizarea inspecției, lipsa de diligență a ANMDM nu poate fi imputată operatorilor economici.

Contrar susținerilor contestatoarei, Autorizația de fabricație este în strânsă legătură cu Autorizația de punere pe piață și Certificatul de bună practică.

Pentru toate aceste motive, Consiliul consideră că acceptarea răspunsului de către autoritatea contractantă corespunde prevederilor legale aplicabile și documentației de atribuire. Aceste documente trebiau să fie valabile la depunerea ofertei, iar Consiliul a stabilit în sarcina achzitoarei prin deciziile sale rămase definiteve, necesitatea ca autoritatea să se asigure că poate fi realizat contractul supus achiziției de către ..... SRL. La acest moment, pe baza prevederilor legale amintite și documentelor depuse nu a putut fi constatat contrariul. Nu în ultimul rând, Consiliul constată necesitatea urmăririi în continuare a modului în care ANMDM va gestiona situația creată de această lipsa a sa de diligență în emiterea documentelor, termenele stabilite de legiuitor fiind cu mult depășite. O eventuală poziționare a acesteia în detrimentul ..... SRL prin refuzul/respingerea solicitărilor de eliberare a autorizațiilor sau a certificatului de bună practică putând afecta chiar derularea contractului.

Cât privește susținerile contestatoarei legate de încălcarea principiilor în materia achizițiilor publice de către achizitoare, Consiliul constată că sunt neîntemeiate, o asemenea conduită a autorității contractante nefiind constatată.

Legat de modul de administrare a informațiilor de către autoritatea contractantă în SEAP, Consiliul constată că este îndreptățită, aceasta nedepunând o minimă diligență în a actualiza stadiul procedurii și a se achita de atribuțiile care-i reveneau în acest sens, și la acest moment procedura de atribuire figurând ca atribuită încă din 19.12..... Cu toate acestea, lipsa de diligență a achizitoarei în acest sens nu este de natură a-i aduce vreun prejudiciu, ori a afecta rezultatul procedurii, având în vedere că orice contract încheiat fără respectarea prevederilor art. (4) din legea nr. 101/2016 este lovit de nulitate absolută.

În aceste condiții, Consiliul constată că decizia autorității contractante de a considera concludent răspunsul primit și a declara câștigătoare oferta, din acest punct de vedere este corectă, motiv

pentru care contestația formulată de ..... SRL, în contradictoriu cu ....., va fi respinsă ca nefondată.

În conformitate cu art. 64 Cod procedura civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de ..... SRL și o admite.

Pentru aceste motive,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestaţia formulată de către ..... SRL, în contradictoriu cu .....

În conformitate cu art. 64 Cod procedura civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de ..... SRL și o admite.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**