CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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. 3801/06.11.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 47188/07.11.2017, depusă de către SC ... SRL, cu sediul ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de înregistrare ..., reprezentată convenţional prin Cabinet de Avocat ..., cu sediul în .... formulată împotriva actului administrativ nr. 5201/13.10.2017, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, emis de către ... cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă în procedura de licitaţie deschisă online privind atribuirea acordului - cadru de furnizare având ca obiect „Vaccin combinat rujeolă - oreion - rubeolă viu atenuat (ROR)", s-a solicitat:

- anularea în totalitate a rezultatului procedurii nr. 5201/13.10.2017 şi a actelor care au stat la baza acestuia şi reluarea prcocedurii de ofertare,
- reluarea procedurii de atribuire cu respectarea obligaţiei impusă autorităţii contractante de art. 2 alin. (2) şi de art. 167 din Legea nr. 98/2016 precum şi de art. 1 alin. (2) şi alin. (3) din Normele Metodologice de aplicare, ca pe toată perioada aplicării procedurii de atribuire să ia toate măsurile necesare pentru a evita apariţia unor situaţii de natură să determine existenţa unui conflict de interese şi/sau înpiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenţei.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 49420/20.12.2017, SC ... SRL cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de înregistrare ... reprezentată convenţional prin SCA ..., formulează cerere de intervenţie accesorie în sprijinul autorităţii contractante, în cadrul procedurii de atribuire antemenţionate, solicită respingerea contestaţiei ca neîntemeiată şi, pe cale de consecinţă menţinerea rezultatului procedurii, inclusiv menţinerea raportului procedurii, a rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr.

52011/13.10.2017, precum şi a tuturor actelor care au stat la baza acestuia, obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor efectuate pentru soluţionarea contestaţiei, respectiv onorariu avocat.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 3599/20.11.2017, SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de înregistrare ... reprezentată convenţional prin SCA ... cu sediul în ..., în calitate de ofertant câştigător pentru loturile 1, 2, 3, 5 şi 6 din cadrul procedurii de licitaţie deschisă cu etapă finală de licitaţie electronică având ca obiect furnizarea de medicamente oncologice în cadrul Programului Naţional de Oncologie (anunţ de participare nr. .../13.01.2017), organizată de către ..., formulează cerere de intervenţie prin care solicită respingerea contestaţiei SC ... SRL ca tardiv formulată, respingerea contestaţiei formulate de către SC ... SRL ca inadmisibilă, iar pe fond ca neîntemeiată /nefondată, admiterea pe fond a cererii de intervenţie, obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor ocazionate de prezentul litigiu.

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

Prin contestaţia nr. 3801/06.11.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 47188/07.11.2017, SC ...SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică rezultatul procedurii conform căruia, oferta sa a fost declarată admisibilă, însă clasându-se pe locul 3 în clasamentul final rezultat în urma etapei finale de licitaţie electronică.

Contestatoarea menţionează că în data de 11.10.2017, a trimis către Ministerul Sănătăţii adresa nr. 2867, prin care a solicitat să i se comunice informaţii cu privire la închiderea rundei finale de licitaţie electronică din data de 10.10.2017, deoarece oferta SC ... SRL se situa pe locul în clasament, cu preţul de 33.87 lei/ doza de vaccin ROR, oferta clasată pe locul 1 având preţul de 23.52 lei/doza. în data de 10.10.2017, la ora 15.00 sistemul electronic informează ... a finalizat evaluarea pentru licitaţia electronică, iar oferta SC ... SRL se situează pe locul 3 în clasament, diferit faţă de ceea ce se putea vizualiza în sistem la închiderea rundei finale.

În data de 13.10.2017, i s-a comunicat contestatoarei adresa nr. 5201 privind rezultatul procedurii conform căruia oferta sa având preţul unitar de 33,87 lei/doza fără TVA a fost declarată admisibilă, clasându-se pe locul
2 în clasamentul final rezultat în urma etapei finale de licitaţie electronică, pe primele locuri fiind clasate următoarele oferte:
- Locul 1 - SC ... DCI SRL - 23,52 lei/doza fără TVA
- Locul 2 - SC ... SA - 24,68 lei/ doza fără TVA.

Cu privire la acest aspect, contestatoarea susţine că s-a adresat şi Agenţiei pentru Agenda Digitală a României, care i-a comunicat prin adresa nr. 98710 din 20.10.2017, că într-adevăr până la ora 13.59.55 din data de 10.10.2017, ... s-a situat pe locul 2, precizând că la final, s-a clasat pe locul 3 *(„menţionăm faptul că ofertele introduse după momentul*

13-59-55-520, moment în care dumneavoastră aţi introdus şi salvat ultimul preţ, au dus la modificarea finală a clasamentului, ... SRL fiind clasat pe locul 3 la finalizarea etapei de licitaţie electronică").

Contestatoarea menţionează că atât autoritatea contractantă, cât şi Agenţia pentru Agenda Digitală a României, nu au răspuns în mod clar la solicitările sale cu privire la:

- modalitatea de întocmire a clasamentului final şi a criteriilor ulterioare, în acord cu principiile transparenţei şi tratamentului egal, conform art. 2 din Legea achiziţiilor publice nr. 98/2016;
- comunicarea listingului fazei finale de licitaţie electronică la toate rezultatele înregistrate cu succes sau nu, locul pe care s-a clasat oferta ... SRL, precum şi rezultatele (listingul fazei finale de licitaţie electronică şi locul ... în clasament) de la ora la 13.59.59 şi la ora 14.00.00 din data de 10.10.2017.

Având în vedere acest aspect, contestatoarea afirmă că în data de 23.10.2017, a formulat notificarea prealabilă nr. 3159 către autoritatea contractantă, iar în data de 27.10.2017, aceasta i-a comunicat punctul de vedere nr. 5748 prin care i se comunică faptul că nu vor fi adoptate măsuri de remediere.

Astfel, contestatoarea apreciază că rezultatul procedurii de atribuire comunicat în 13.10.2017, prin adresa nr. 5201, este viciat, conţine neclarităţi şi abateri de la dispoziţiile legale în vigoare, este anticoncurenţial.

Se arată că autoritatea contractantă ar fi trebuit să facă verificări conform art. 122 alin. (2) din HG nr. 395/2016 cu privire la preţul neobişnuit de scăzut dat de cele două societăţi clasate pe locul 1 şi 2, care pot denatura concurenţa în cadrul prezentei licitaţii, mai ales că pentru acest tip de vaccin, sunt doar doi producători (... şi ...) cărora contestatoarea le-am cerut ofertă de preţ.

Contestatoarea precizează că în data de 14.08.2017, a solicitat societatii producătoare ... să îi comunice condiţiile comerciale pentru intenţia de a participa la procedura de achiziţie publică organizată de Ministerul Sănătăţii Publice pentru furnizare vaccin combinat rujeola - oreion - rubeola viu atenuat, cu data de depunere a documentaţiei în 14.08.2017, comunicându-se un preţ mult mai mare decât GlaxoSmithKline, iar SC ... SRL a decis, în acest context, să meargă cu preţul ..., şi nu cu cel comunicat de ... în 14.08.2017.

Având în vedere acest aspect, contestatoarea critică modul în care a verificat autoritatea contractantă modalitatea de întocmire a preţului „neobişnuit de scăzut" pentru cele două societăţii clasate pe locul 1 şi 2.

Având în vedere cele mai sus, rezultatul procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 5201/13.10.2017, este viciat şi nul absolut în ceea ce priveşte licitaţia, întrucât ofertanţii clasaţi pe locul 1 şi 2 au dobândit aceasta poziţie cu încălcarea flagrantă a legislaţiei europene şi naţionale de concurenţă, prin practicarea unor preţuri neobişnut de mici şi pentru care autoritatea contractantă ar fi trebuit să se sesizeze şi să facă verificări.

Această situaţie încalcă prevederile art. 1 alin. (2) şi alin. (3) din Normele metodologice prin HG nr. 395/2016. Sunt, de asemenea, încălcate principiile prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Totodată, este încălcat art. 167 din Legea nr. 98/2016, care obligă autoritatea contractantă să excludă din procedură orice operator economic despre care are indicii că a încheiat cu alţi operatori acorduri vizând denaturarea concurenţei, în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză. Acest caz de excludere ar trebui să fie aplicabil inclusiv în cazul denaturării concurenţei prin acţiunile unui singur operator participant.

Mai mult, prin înlăturarea unei concurenţe reale din cadrul procedurii, Ministerul Sănătăţii, în calitate de autoritate contractantă, a creat în mod direct premisa unui potenţial şi semnificativ prejudiciu cu privire la sumele ce vor face obiectul decontării vaccinului ce constituie obiectul prezentei licitaţii.

În concret, deşi autoritatea contractantă a desemnat ca şi câştigătoare cele mai ieftine oferte pentru loturile contestate, în realitate, prin lipsa unei concurenţe reale în ofertarea acestor vaccinuri, preţurile desemnate ca şi câştigătoare au fost stabilite în mod discreţionar de producător şi cei doi furnizori. În acest context, având în vedere gravitatea atribuirii nelegale a licitaţiei conform rezultatului procedurii cu încălcarea flagrantă a normelor de concurenţă şi principiilor legii achiziţiilor publice, contestatoarea solicită autorităţilor controlul ex-post al modului în care au fost atribuite contractele de achiziţie publică de către Ministerul Sănătăţii.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluţionării contestaţiei, precum şi punctul de vedere nr. 6472/17.11.2017, înregistrat la Consiliu sub nr. 49075/17.11.2017, în care solicită respingerea contestaţiei formulată de către SC ... SRL.

De asemenea, autoritatea contractantă menţionează că în data de 04.10.2017, a comunicat participanţilor la procedura de achiziţie mai sus menţionată, prin intermediul sistemului electronic SEAP, invitaţia la etapa finală de licitaţie electronică, aşa după cum este prevăzut în art. 116 şi art. 120 din HG nr. 395/2016.

Licitaţia electronică s-a derulat prin intermediul platformei SEAP în intervalul 09.10.2017, ora 14,00 - 10.10.2017, ora 14,00, într-o singură rundă de 24 de ore, conform invitaţiei transmise, în baza informaţiilor publicate de către autoritatea contractantă. Din momentul iniţierii etapei de licitaţie electronică şi până la închiderea licitaţiei electronice, autoritatea contractantă nu are posibilitatea tehnică de a interveni, în vreun mod sau altul, în derularea acestei etape.

Mai mult, după încheierea licitaţiei electronice, autoritatea contractantă poate utiliza doar clasamentul întocmit şi pus la dispoziţie de sistemul electronic SEAP.

Se precizează de asemenea că, autoritatea contractantă a bifat cu NU opţiunile referitoare la posibilitatea opririi licitaţiei dacă oferta nu s-a îmbunătăţit în runda precedentă şi la prelungirea automată, în cazul modificării clasamentului.

Conform prevederilor art. 122 alin. (1) din HG nr. 395/2016: "La momentul finalizării licitaţiei electronice, sistemul informatic va pune la dispoziţia autorităţii contractante clasamentul rezultat ca urmare a

derulării acestei faze, determinat prin luarea în considerare a ofertelor finale introduse de ofertanţii participanţi şi pe baza criteriului de atribuire specificat în fişa de date a achiziţiei".

Prin urmare, clasamentul pus la dispoziţie de către sistemul electronic nu poate fi modificat în niciun fel de către autoritatea contractantă, cu excepţia situaţiei în care una dintre oferte este respinsă ulterior ca fiind neconformă. Mai mult, criteriile pe baza cărora este întocmit acest clasament sunt cele specificate în art. 122 alin (1) din HG nr. 395/2016, mai sus menţionat, respectiv criteriul de atribuire comunicat prin fişa de date a achiziţiei şi ofertele finale introduse de ofertanţii participanţi.

În situaţia de faţă, ulterior luării la cunoştinţă de clasamentul rezultat în urma licitaţiei electronice, Ministerul Sănătăţii a informat operatorul economic SC ... SRL că niciuna dintre ofertele depuse în procedură nu a fost respinsă. Acest lucru a putut fi cu uşurinţă constatat ulterior transmiterii de către autoritatea contractantă a adresei nr. 5201/13.10.2017 privind rezultatul procedurii către toţi participanţii.

În data de 11.10.2017, prin adresa nr. 2867/11.10.2017, înregistrată la Ministerul Sănătăţii cu nr. 5083/11.10.2017, operatorul economic SC ... SRL a solicitat autorităţii contractante explicaţii referitoare la modul de întocmire a clasamentului final rezultat în urma etapei de licitaţie electronică, având în vedere că, potrivit contestatoarei, în data de 10.10.2014, imediat după 14,00, oferta sa se situa pe locul 2, iar ulterior, la ora 15,00, sistemul electronic SEAP comunicat operatorului economic că oferta sa s-a situate pe locul 3 în clasament.

Prin adresa nr. 5195/13.10.2017, Ministerul Sănătăţii a comunicat operatorului economic SC ... SRL faptul că, în ceea ce priveşte alcătuirea clasamentului final al licitaţiei electronice, autoritatea contractantă utilizează informaţiile furnizate de sistemul electronic SEAP, neavând posibilitatea, din punct de vedere tehnic, de a interveni în niciun fel, în desfăşurarea licitaţiei electronice.

De asemenea, în adresa mai sus menţionată, Ministerul Sănătăţii a arătat că, pentru întocmirea clasamentului final se utilizează informaţiile furnizate de sistemul SEAP şi numai declararea uneia dintre oferte ca fiind inacceptabilă sau neconformă poate conduce la modificarea clasamentului final. Or, în situatia de fată, Ministerul Sănătăţii a arătat că toate ofertele au fost declarate acceptabile şi conforme şi, pe cale de consecinţă, admisibile, astfel încât la comunicarea rezultatului procedurii către ofertanţi, a fost luat în considerare clasamentul pus la dispoziţie de SEAP, aşa după cum a fost acesta înregistrat în sistemul electronic şi generat de acesta.

Având în vedere că solicitarea operatorului economic depăşea aria de competenţă a autorităţii contractante, aceasta a recomandat operatorului economic ca, pentru clarificarea situaţiei, să se adreseze Agendei Digitale a României, administratorul platformei electronice SEAP.În data de 23.10.2017, prin adresa nr. 3159/23.10.2017, înregistrată la Ministerul Sănătăţii cu nr. 5563/24.10.2017, operatorul economic SC ... SRL a transmis autorităţii contractante o notificare prealabilă prin care solicita anularea în totalitate a rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin

adresa nr. 5201/13.10.2017 şi reluarea procedurii de atribuire, cu respectarea prevederilor art. 2 afin. (2) şi ale art. 167 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare. în motivarea cererii sale, operatorul economic SC ... SRL a reluat considerentele referitoare la modalitatea pretins netransparentă a autorităţii contractante de întocmire a clasamentului final al licitaţiei electronice, considerente pentru care Ministerul Sănătăţii deja transmisese punctul său de vedere contestatoarei prin adresa nr. 5195/13.10.2017, mai sus menţionată.

În plus, pentru a da o mai mare amplitudine solicitării sale, operatorul economic a adăugat în cadrul notificării prealabile, cu vădită rea-credinţă şi în necunoştinţă de cauză, acuzaţii referitoare la nerespectarea de către Ministerul Sănătăţii a obligaţiilor care îi reveneau în situaţia constatării unui preţ aparent neobişnuit de scăzut, conform prevederilor art. 210 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice şi art. 122, alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Referitor la modalitatea pretins netransparentă a autorităţii contractante de întocmire a clasamentului final al licitaţiei electronice, aceasta din urmă precizează că, este doar utilizator al platformei informatice SEAP, neavând nici calitatea, nici privilegiile de administrator al acesteia, nefiind în măsură, în aceste condiţii, să intervină în niciuna dintre etapele vreunei proceduri.

Mai mult, din adresa nr. 98710/20.10.2017, transmisă de Agenţia pentru Agenda Digitală a României către operatorul economic SC ... SRL şi ataşată notificării prealabile mai sus menţionate, reiese faptul că, la ora 13:59:57.150, sistemul a înregistrat o ofertă din partea SC ... SRL, ofertă care nu a fost salvată, ea nefiind îmbunătăţită, între momentul 13:59:57.150 şi momentul 13:59:58.0000, în sistem au fost depuse oferte de către alţi trei ofertanţi, nenominalizaţi, iar ultima ofertă depusă la ora 13:59:58.0000, a altui ofertant, nu a fost salvată, ea nefiind îmbunătăţită.

În adresa mai sus menţionată se specifică clar faptul că ofertele introduse după momentul 13:59:55.520, moment în care SC ... SRL a introdus şi salvat ultimul preţ, au dus la modificarea finală a clasamentului, ceea ce a condus la clasarea pe locul 3 a SC ... SRL.

Faţă de afirmaţia potrivit căreia autoritatea contractantă ar fi trebuit să facă verificări conform art. 122 alin 2. din H.G. nr. 395/2016 cu privire la preţul neobişnuit de scăzut dat de cele două societăţi clasate pe locul 1 si 2, autoritatea contractantă menţionează că potrivit art. 136 alin. (1) din HG nr. 395/2016 „În situaţia în care comisia de evaluare constată că elemente de preţ ale unei oferte sunt aparent neobişnuit de scăzute, prin raportare la preţurile pieţei, utilizându-se ca referinţă în acest sens informaţii cum ar fi buletine statistice, sau cotaţii ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză, explicaţii cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului încondiţiile de calitate impuse prin documentaţia de atribuire."

În ceea ce priveşte verificările efectuate de comisia de evaluare referitor la preţul neobişnuit de scăzut al afertelor clasate pe primele două locuri, comisia de evaluare a comparat preţurile ofertate cu preţurile istorice de achiziţie şi a constatat faptul că în anii precedenţi Ministerul

Sănătăţii a încheiat contracte subsecvente pentru furnizarea aceluiaşi produs (vaccin combinat rujeolă - oreion - rubeolă) la preţuri chiar mai mici decât cele rezultate în etapa finală de licitaţie electronică a prezentei proceduri.

Astfel, în raportul procedurii se precizează: "De asemenea, comisia de evaluare a luat act de faptul că, potrivit acordului cadru nr. 89/18.11.2014, încheiat de Ministerul Sănătăţii, preţul vaccinului combinat rujeolă - oreion - rubeolă a fost de 21,98 lei/doză fără TVA, preţ la care au fost încheiate: contractul subsecvent nr. 90/18.11.2014, contractul subsecvent nr. 47/16.07.2015 şi contractul subsecvent nr. 57/29.04.2016. Având în vedere preţul la care a fost achiziţionat vaccinul conform acordului cadru nr. 89/18.11.2014, comisia a constatat că preţurile de 23,52 lei/doză fără TVA, respectiv 24,68 lei/doză fără TVA, aferente locurilor 1 şi 2 din clasamentul final al licitaţiei electronice nu se încadrează în prevederile art 210 din Legea nr. 98/2016 referitoare la preţul aparent neobişnuit de scăzut [...]".

Având în vedere faptul că legislaţia în vigoare în materia achiziţiilor publice nu mai impune un prag procentual sub care o propunere financiară să fie considerată ca având un preţ neobişnuit de scăzut şi ţinând cont de preţurile de achiziţie din anii anteriori, ofertele operatorilor economici clasaţi pe primele două locuri în urma etapei finale de licitaţie electronică au fost considerate admisibile.

În ceea ce priveşte preţurile oferite SC ... SRL de către producătorii ..., Ministerul ... nu se poate pronunţa, politicile de preţuri şi discounturi practicate între producători şi distribuitori nefiind de competenţa sa.

De asemenea, autoritatea contractantă menţionează că procedura de licitaţie deschisă cu etapă finală de licitaţie electronică având ca obiect furnizarea de vaccin combinat rujeolă - oreion - rubeolă, procedură iniţiată prin publicarea în Sistemul Electronic al Achiziţiilor Publice a anunţului de participare nr. 176934/07.07.2017 s-a derulat cu respectarea în integralitate a prevederilor legale în materia achiziţiilor publice.

Ministerul Sănătăţii respinge afirmaţiile operatorului economic SC ... SRL privind pretinsa încălcare a prevederilor art. 167 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice în ceea ce priveşte obligaţia de a exclude din procedură orice operator economic despre care are indicii că a încheiat cu alţi operatori acorduri vizând denaturarea concurenţei în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză, considerând că prevederile articolului de lege mai sus menţionat nu sunt aplicabile acestei proceduri, pe parcursul derulării procedurii nefiind identificate situaţii care să ateste faptul că vreunul dintre ofertanţi s-ar fi putut afla în situaţia de excludere din procedură în baza acestui articol.

Faţă de cele afirmate, Ministerul Sănătătii consideră că aceste acuzaţii ar trebui probate, astfel încât să poată fi demonstrat faptul că ar fi avut la cunoştinţă despre eventuale acorduri încheiate între operatorii economici în scopul denaturării concurenţei şi că, astfel "a creat în mod direct premisa unui potenţial şi semnificativ prejudiciu cu privire la sumele ce vor face obiectul decontării vaccinului ce constituie obiectul prezentei licitări".

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 49420/20.12.2017, SC ... SRL formulează cerere de intervenţie accesorie în sprijinul autorităţii contractante, în cadrul procedurii de atribuire antemenţionată, în care solicită respingerea contestaţiei SC ... SRL ca neîntemeiată şi, pe cale de consecinţă, menţinerea rezultatului procedurii, inclusiv menţinerea raportului procedurii, a rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 52011/13.10.2017, precum şi a tuturor actelor care au stat la baza acestuia, obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor efectuate pentru soluţionarea contestaţiei, respectiv onorariu avocat.

Intervenienta arată că autoarea contestaţiei solicită anularea rezultatului procedurii, motivând ca acesta „...este viciat, conţine neclaritati si abateri de la dispoziţiile legale in vedere, este anticoncurential...", fără a arăta în mod clar şi concret care sunt viciile, neclarităţile şi/sau abaterile de la dispoziţiile legale aplicabile.

Susţinerile contestatoarei în ceea ce priveşte preţul depus în runda finală de licitaţie electronică din data de 10.10.2017 nu sunt fondate, întrucât:

- în perioada 09.10.2017, ora 14,00 -10.10.2017, până la ora 14,00 cei 5 participanţi din cadrul procedurii, cărora autoritatea contractanta le-a transmis invitaţii de participare (astfel cum sunt aceştia identificaţi în dosarul de achiziţie publică) la runda de licitatie electronică au introdus preţul în sistemul electronic.

- în conformitate cu dispoziţiile art. 122 alin. (1) din HG nr. 395/2016, la finalul rundei licitatiei electronice, respectiv după ora 14,00, sistemul informatic a emis automat clasamentul final al preţurilor introduse de participanţi în sistem pe baza criteriului de atribuire - preţul cel mai scăzut - stabilit de autoritatea contractantă - în mod transparent - prjn documentaţia de atribuire publicată în SEAP, respectiv fişa de date. în speţă, în acord cu principiile transparenţei şi tratamentului egal, sistemul informatic a stabilit clasamentul final, în care preţul contestatoarei s-a situat pe locui 3.

- ora 13.59.55, când contestatoarea susţine că se afla pe locul 2, nu reprezintă închiderea rundei finale de licitaţie electronică, ci doar un interval intermediar, până la ora finală la fazei, respectiv ora 14,00. în speţă, după acest moment au fost introduse preţuri care au dus la modificarea clasamentului final, respectiv stabilirea pe locul 3 pentru oferta depusă de către ..., aspect arătat şi de Agenţia pentru Agenda Digitală a României prin adresa indicată chiar de contestatoare.

- potrivit dispoziţiilor art. 125 din Legea nr. 98/2016, riscul ...pentru introducerea în sistem a ultimului preţ la ora 13.59.55.520 (ora după care oricare dintre participanţi putea să mai introducă preţ până la ora maximă de 14.00) îi aparţine.

- faptul că ... nu este mulţumită de locul 3 din clasamentul final al fazei electronice, nu reprezintă un motiv şi/ sau o justificare pentru a fi pusă la îndoială corectitudinea şi/sau desfăşurarea rundei finale de licitaţie electronică din data de 10.10.2017.

În concluzie, pentru toate aceste considerente, intervenienta apreciază clasamentul final al rundei de licitaţie electronică din data de 10.10.2017 ca fiind unul legal, stabilit cu respectare dispoziţiilor HG nr.

395/2016 şi Legii nr. 98/2018, inclusiv cele privind respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei.

Cu privire la susţinerile contestatoarei potrivit cărora „autoritatea contractantă ar fi trebuit să facă verificări conform art. 122 alin. (2) din HG nr. 395/2016...cu privire la preţul neobişnuit de scăzut dat de cele două societăţi clasate pe locul 1 şi 2...", intervenienta afirmă că acestea sunt nefondate, pentru următoarele considerente:

Legislaţia actuală aplicată achiziţiilor publice nu mai prevede un prag minim faţă de care o ofertă poate fi apreciată ca având un preţ neobişnuit de scăzut, în acest sens, invocând prevederile art. 136 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Aşa fiind, în conformitate cu dispoziţiile legale precitate, decizia de a constata că anumite elemente de preţ sunt aparent scăzute aparţine autorităţii contractante, respectiv a comisiei de evaluare.

În speţă, autoritatea contractantă prin comisia de evaluare nu a constatat că ofertele clasate pe locul 1 şi 2 au un preţ neobişnuit de scăzut, prin urmare nu avea obligaţia să solicite ofertanţilor clarificări cu privire la preţul propus.

De altfel este şi firesc să fie aşa, căci autoritatea contractantă este direct interesată şi cunoaşte în detaliu care sunt preţurile şi condiţiile de achiziţie a produselor respective, or în măsura în care autoritatea contractantă nu a suspectat nimic, iar contestatoarea nu aduce niciun argument cu care să susţină această teză a preţului neobişnuit de scăzut, susţinerea apare ca neîntemeiată.

Jurisprudenţa a stabilit în mod constant faptul că „Credibilitatea preţului ofertat nu se impune a fi raportată la preţul ofertat de ceilalţi participanţi la licitaţie, ... ci la elementele componente ale acestuia şi costul acestora din piaţă, în contextul activităţilor impuse de caietul de sarcini."

Nu pot fi reţinute nici susţinerile contestatoarei pentru justificarea preţului neobişnuit de scăzută ale ofertelor clasate pe locul 1 şi 2 în raport de condiţiile comerciale comunicate de producătorul vaccinului ROR, întrucât Farmexpert, în conformitate cu politica sa comercială, îşi stabileşte în mod independent preţurile şi celelalte condiţii comerciale în cadrul activităţii pe care o desfăşoară, inclusiv în ce priveşte stabilirea preţului ofertat în cadrul prezentei proceduri.

Cu privire la susţinerile contestatoarei potrivit cărora „...este încălcat art 167 din Legea 98/2016, care obligă autoritatea contractantă să excludă din procedură orice operator economic despre care are indicii că a încheiat cu alţi operatori acorduri vizând denaturarea concurenţei în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză...", intervenienta solicită respingerea acestora ca nefondate pentru următoarele considerente:

Deşi indică drept text încălcat de autoritatea contractantă, art. 167 din Legea nr. 98/2017, contestatoare aduce critici cu privire la dispoziţiile art. 167 alin. (1) lit. d). în justificarea existenţei situaţiei prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea afirmă că „...preţurile desemnate ca şi câştigătoare au fost stabilite în mod discreţionar de producător şi cei doi furnizori", fără a dovedi, în vreun fel, această susţinere.

Această afirmaţie a contestatoarei nu este dovedită şi/sau susţinută de nicio probă.

Dispoziţiile art. 167 alin. (6) din Legea nr. 98/2017 stabilesc în mod clar că, „înainte de excluderea unui operator economic în temeiul alin. (1) lit. d), autoritatea contractantă solicită în scris Consiliului Concurenţei punctul de vedere cu privire la indiciile identificate care vizează denaturarea concurenţei în cadrul sau în legătură cu procedura de atribuire în cauză, pe care acesta îl va înainta în termen de maximum 15 zile."

În speţă, autoritatea contractantă nu a avut niciun indiciu şi/sau informaţii care să considere că ofertanţii de pe locul 1 şi 2 au încheiat acorduri care vizează denaturarea concurenţei, prin urmare nu a avut motive să elimine din procedură ofertanţii de pe locul 1 si 2.

De asemenea, nici afirmaţia contestatoarei potrivit căreia în cadrul prezentei proceduri nu a existat o concurenţă reală nu poate fi susţinută, întrucât în etapa finală de licitaţie electronică au participat 5 ofertanţi.

Etapa finală de licitaţie electronică din 10.10.2017 a avut loc în mod transparent prin sistemul informatic la care au avut acces toţi participanţii, iar desfăşurarea acestei etape s-a realizat cu respectarea condiţiilor şi criteriile stabilite de autoritatea contractantă în mod transparent prin documentaţia de atribuire publicată în SEAP, precum şi cu respectarea principiilor stabilite de legiuitor prin art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016.

Având în vedere cele mai sus aratate, intervenienta solicită respingerea ca nefondate a criticilor contestatoarei privind încălcarea dispoziţiilor 2 alin. (2) şi art. 167 din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 3599/20.11.2017, SC ... SRL în calitate de ofertant câştigător pentru loturile 1, 2, 3, 5 şi 6 din cadrul procedurii de licitaţie deschisă cu etapă finală de licitaţie electronică, având ca obiect furnizarea de medicamente oncologice în cadrul Programului Naţional de Oncologie (anunţ de participare nr. 172593/13.01.2017), organizată de către ..., formulează cerere de intervenţie prin care solicită respingerea contestaţiei SC ... SRL ca tardiv formulată, respingerea contestaţiei ca inadmisibilă, iar pe fond ca neîntemeiată /nefondată, admiterea pe fond a cererii de intervenţie, obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor ocazionate de prezentul litigiu.

Cu privire la susţinerile contestatoarei conform cărora oferta SC ... SRL încalcă atât legea achiziţiilor publice, cât şi legea concurenţei, deoarece preţurile ofertate pentru cele 5 loturi contestate sunt mai mici decât preţurile cu care contestatoarea poate achiziţiona medicamentele ce fac obiectul acestor loturi de la SC ... SRL în temeiul contractului de distribuţie încheiat între acestea, acestea sunt, în opinia intervenientei, neîntemeiate.

Intervenienta susţine că potrivit legii şi statutului de funcţionare, Consiliul este competent să soluţioneze contestaţii care vizează acte ale autorităţii contractante dispuse în cadrul procedurilor de atribuire cărora li se aplică legislaţia achiziţiilor publice.Nu intră în competenţa Consiliului investigarea unor pretinse fapte de tip anticoncurenţial şi dispunerea unor măsuri în acest sens.

Prin adresa nr. 354/27.11.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 50648/27.11.2017, SC ... SRL formulează concluzii scrise, în care reiterează solicitările de cadrul contestaţiei, precizând totodată că în baza declaraţiilor angajaţilor săi, care au participat efectiv la licitarea electronică şi care deţineau drept de semnătură electronică, şi conform e mailului acestora din data de 10.10.2017, orele 02.04.PM, s-a adresat de două ori Agenţiei pentru Agenda Digitală a României (AADR) solicitându-i să îi comunice un desfăşurător detaliat şi exact al fazei finale de licitaţie electronică din data de 10.10.2017 pentru licitaţia de ROR, la toate rezultatele înregistrate cu succes sau nu, locul pe care s-a aflat oferta sa în raport cu ceilalţi ofertanţi, locul şi numele clar al celorlalţi operatori economici.

Potrivit e-mailului angajaţilor ..., care au participat efectiv la procesul de licitare, la orele 14.04 din data de 10.10.2017, după închiderea procedurii, ...apărea pe locul 2, iar nu pe locul 3.

Mai mult, dintr-un motiv de neînţeles, AADR a refuzat şi refuză să îi pună la dispoziţie contestatoarei desfăşurătorul detaliat solicitat. Din listingurile comunicate de AADR, se pot observa următoarele aspecte care susţin că ... a fost pe locul 2 la închiderea licitaţiei:

- din listing rezultă că locul ... în clasamant în intervalul orar 13.59-14.00, din data de 10.10.2017, este locul 2, iar nu locul 3, aşa cum precizează AADR fără însă să dovedească acest lucru,

- mai grav, deşi în listing apare că ... a ofertat şi la ora 13.59.58.000, dar această ofertă nu a fost salvată, întrucât nu a fost îmbunătăţită, lipseşte oferta depusă pentru a se proba că aceasta a fost sau nu mai bună,

-din listing lipsesc ultimele 2 secunde şi clasamentul final, singurele în măsură să dovedească clasamentul real şi actualizat la închiderea procedurii de licitaţie.

Referitor la afirmaţia autorităţii contractante din cadrul punctului de vedere conform căruia: *„în ce priveşte verificările efectuate de comisia de evaluare referitor la preţul neobişnuit de scăzut al ofertelor clasate pe primele 2 locuri comisia de evaluare a comparat preţurile ofertate cu preţurile istorice de achiziţie şi a constatat că în anii precedenţi, Ministerul Sănătăţii a încheiat contracte subsecvente pentru furnizarea aceluiaşi produs (...) la preţuri chiar mai mici decât cele rezultate în etapa finală de licitaţie electronică a prezentei proceduri",* contestatoara afirmă că preţul legal reglementat de însăşi autoritatea contractantă pentru vaccinul ROR este de 39,96 de lei/doza fără TVA pentru vaccinul ROR produs de ... (OMS 410/05.04.2017 publicat în Monitorul Oficial nr. 244/07.04.2017), respectiv, de 38,54 lei/doza fără TVA pentru vaccinul ROR produs de ... (OMS nr. 93/2016, actualizat prin OMS nr. 251/13.03.2017).

Având în vedere aceste preţuri reglementate (care reprezintă singurul preţ real ce ţine cont de costuri de producţie şi alte costuri adiacente), în referatul de necesitate nr. 34034 din 09.06.2017, Ministerul a menţionat că "având în vedere cele 2 preţuri ale vaccinului ROR pentru cei 2 producători, valoarea medie estimată a preţului/doza este de 39,25 lei/doza fără TVA"

În concluzie, în mod corect şi obiectiv la momentul redactării referatului de necesitate, Ministerul Sănătăţii a apreciat că preţul real de achiziţie al vaccinului ROR este de 39,25 lei, preţ calculat ţinând cont de preţul de producător în cuantum de 39,96 lei, respectiv 38,54 lei/doza şi de concurenţa reală dintre ofertanţi - distribuitori care au achiziţionat acest vaccin de la aceeaşi producători la un preţ superior preţului de producător.

Mai mult, aceleaşi concluzii sunt reiterate de către Minister în Strategia de Contractare nr. 5691 din 15.06.2017, fiind detaliate justificările privind determinarea valorii estimate a acordului cadru legat de obţinerea de beneficii pentru autoritatea contractantă şi/sau îndeplinirea obiectivelor comunicate la nivelul sectorului administraţiei publice în care activează autoritatea contractantă.

Faţă de aceste aspecte, este flagrantă încălcarea de către autoritatea contractantă a dispoziţiilor art. 210 din Legea nr. 98/2016 având în vedere următoarele aspecte:

a) Dintre cei 5 ofertanţi, ofertele desemnate câştigătoare, respectiv locul 1 şi 2, sunt diminuate cu 40% respectiv 37,12 % faţă de preţul estimat în mod obiectiv de către autoritatea contractantă prin documentaţia de atibuire. Nu pot fi reţinute nici susţinerile intervenientei în sensul că noua legislaţie nu mai impune un prag minim de la care autoritatea contractantă este obligată să solicite clarificări întrucât, pe de o parte pragul minim prevăzut anterior era de 30%, acesta fiind cu mult depăşit în situaţia de faţă, iar pe de altă parte fiind flagrantă diminuarea excesivă a preţului cu risc de prejudiciere semnificativă a autorităţii contractante prin însăşi veridicitatea susţinerii unei astfel de oferte raportat la preţul reglementat al vaccinului ROR în piaţă la momentul organizării licitaţiei.

b) Este extrem de important faptul că restul de 3 ofertanţi s-au încadrat în preţuri competitive în mod real, care puteau fi suportate în mod obiectiv de către aceştia (cuprinse între 33,88 lei - 34,84 lei). în aceste condiţii se pune întrebarea firească dacă oferta celor 2 societăţi desemnate câştigătoare este una serioasă şi sustenabilă, sens în care autoritatea era obligată să solicite lămuriri în sensul probării de către cei 2 câştigători a sustenabilităţii acestor oferte.

Or, în condiţiile în care în ultimele 2 secunde din etapa de licitaţie, ofertanţii desemnaţi câştigători pentru primele două locuri oferă preţuri mult sub preţul autorizat pe piaţă de către autoritatea contractantă, în concret preţul de 23,52 lei respectiv 24,68 lei/doza fără TVA, se impune verificarea licitaţiei.

În raportul procedurii nr. 10337 din 13.10.2017, emis de autoritatea contractantă, se reţin următoarele: "Comisia de evaluare a analizat preţurile ofertate în cadrul etapei de licitaţie electronică şi a constatat că acestea se încadrează în valoarea estimată a achiziţiei deşi preţul ofertat per doza a fost diminuat cu 40%). De asemenea Comisia de evaluare a luat act de faptul că, potrivit Acordului Cadru nr. 89/18.11.2014 încheiat de Ministerul Sănătăţii, preţul vaccinului ROR a fost de 21,98 lei/doza fără TVA, preţ la care au fost încheiate: contractul subsecvent numărul 90/18.11.2014, contractul subsecvent nr. 47/16.07,2015 şi contractul subsecvent nr. 57/29.04.2016. Având în vedere preţul la care a fost

achiziţionat vaccinul, conform Acordului Cadru nr. 89/18.11.2014, Comisia a constat că preţurile de 23,52 lei/doza fără TVA, respectiv 24,69 lei/doza fără TVA aferente locurilor 1 şi 2 din clasamentul final al licitaţiei electronice nu se încadrează în prevederile art. 210 din Legea nr. 98/2016 referitor la preţul aparent neobişnuit de scăzut, declarând admisibile ofertele operatorilor economici Locul 1 ... SRL şi locul 2 ... SA".

Or, în condiţiile în care la momentul organizării licitaţiei, preţul oficial reglementat al vaccinului ROR este cu mult superior preţului ofertat de către Farmexpert într-o procedură anterioară, nu poate fi acceptată motivarea comisiei de evaluare din cadrul autorităţii contractante, care, în loc să se raporteze la preţul oficial, aşa cum o obligă art. 136 din HG nr. 395/2016, se raportează la preţurile oferite de acelaşi distribuitor desemnat câştigător pentru o perioadă în care produsele au lipsit semnificativ din piaţă.

Pe lângă subiectivismul comisiei de evaluare în analiza admisibilităţii preţului neobişnuit de scăzut, raportat la contractele subsecvente încheiate anterior cu acelaşi câştigător desemnat pe locul 1, şi anume intervenientul Farmexpert, trebuie reţinut, înainte de orice, că raţionamentul comisiei de evaluare este greşit, subiectiv, nelegal şi ridică serioase suspiciuni de evaluare a admisibilităţii preţului neobişnuit de scăzut. în condiţiile impuse de legea achiziţiilor publice, autoritatea contractantă şi comisia de evaluare trebuiau să analizeze obiectiv dacă preţurile desemnate câştigătoare sunt neobinşnuit de scăzute în raport de preţul reglementat la momentul organizării licitaţiei şi de condiţiile actuale de piaţă, iar nu în baza preţului desemnat câştigător într-o procedură de achiziţie publică organizată în anul 2014.

Autoritatea contractantă, în loc să analizeze obiectiv ofertele neobişnuit de scăzute ale primilor 2 ofertanţi şi să solicite lămuriri, a fundamentat şi validat aceste oferte documentat pe ofertele anterioare ale aceluiaşi câştigător din ultimii 3 ani de zile.

În ceea ce priveşte cheltuielile judiciare solicitate de intervenienta Farmexpert, contestatoarea apreciază că nu sunt justificate, precizând, în acest sens, că dreptul la un proces echitabil trebuie asigurat tuturor părţilor din proces, astfel încât suma plătită pentru un serviciu avocaţial nu trebuie să împovăreze excesiv partea adversă. Chiar dacă practica judiciară şi în doctrină s-a apreciat că obligarea la plata cheltuielilor de judecată a părţii care pierde procesul este întemeiată pe răspunderea civilă delictuală, aceasta nu trebuie transformată într-o sancţiune care să afecteze accesul la justiţie.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 52652/11.12.2017, SC ... SRL formulează concluzii scrise în cuprinsul cărora apreciază că SC ... SRL nu poate fi considerată persoană vătămată întrucât:

- prezenta procedură se finalizează prin încheierea unui acord-cadru cu maximum 7 operatori economici, iar contractele subsecvente se încheie prin reluarea competiei,

- potrivit raportului procedurii emis de autoritatea contractantă, acordul-cadru se va încheia cu cei 5 operatori economici ale căror oferte au fost declarate admisibile din care face parte şi contestatoarea, clasaţi

pe locurile corespunzătoare rezultatului de la finalul procedurii de licitaţie electronică din 10.10.2017,

- clasamentul final al procedurii de licitaţie electronică încheiată în data de 10.10.2017, ora 14,00, în care contestatoarea are locul 3, nu îi aduce acestuia nicio suferinţă şi/sau pierdere, întrucât contractele subsecvente se vor încheia cu reluarea competiţiei, aşa cum indică autoritatea contractantă în documentaţia de atribuire, procedură care poate schimba locul celor 5 operatori economici.

Mai mult, contestatoarea nu a indicat nicăieri în conţinut contestaţiei în ce mod îi este afectată calitatea sa de ofertant, parte în acordul cadru ce se va încheia cu autoritatea contractantă de pe locul 3, obţinut în urma procedurii de licitaţiei electronică din 10.10.2017 şi/ sau de lipsa justificării pentru preţurile ofertate de operatorii economici clasaţi pe locul 1 şi 2.

În considerarea celor antemenţionate, intervenienta solicită să se constate că Mediplus nu poate fi considerată vătămată conform dispoziţiilor art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016, întrucât aceasta nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiu, ca o consecinţă a locului 3 obţinut în urma licitaţiei electronice şi/sau deciziei autorităţii contractante de nu solicita justificări de preţ pentru ofertele clasate pe locul 1 şi 2.

Cu privire susţinerile contestatoarei potrivit cărora „Rezultatul procedurii de licitaţie electronică este viciat conform documentelor depuse la dosarul cauzei", intervenienta afirmă că acestea sunt:

- lipsite de interes, în condiţiile în care locul 2 solicitat de contestatoare nu îi oferă acesteia niciun folos practic imediat. Conform raportului procedurii nr. 10337 emis de autoritatea contractantă în 13.10.2017, contestatoarea va fi parte în acordul cadru pe locul 3, alături de ceilalţi 4 operatori economici câştigători.
- sunt neîntemeiate pentru următoarele considerente:
  - declaraţiile angajaţilor Mediplus şi/sau e-mailurile transmise între aceştia privind clasamentul contestatoarei la finalul licitaţiei elctronice nu pot fi reţinute ca probe în susţinerea locului obţinut la finalul rundei licitaţiei electronice. Mai mult, documentul prezentat de contestatoare în care aceasta apare pe locul 2 este întocmit de însăşi contestatoare, şi nu este emis de SEAP.
  - singurul clasament real este cel final emis automat de sistemul informatic la finalul rundei licitaţiei electronice conform art. 122, alin. (1) din HG nr. 395/2016, în sistem pe baza criteriului de atribuire - preţul cel mai scăzut,
  - adresele AADR depuse chiar de contestatoare arată foarte clar momentul la care aceasta a introdus în sistem ultimul preţ care a clasat oferta sa pe locul 3.

În concluzie, clasamentul final al rundei de licitaţie electronică din data de 10.10.2017, este unul legal, stabilit cu respectare dispoziţiilor HG nr. 395/2016 şi Legii nr. 98/2018, inclusiv cele privind respectarea principiilor tratamentului egal si transparenţei.

În temeiul dispoziţiilor din Normele privind modul de calcul şi procedura de aprobare a preţurilor maximale ale medicamentelor de uz uman aprobate prin Ordinul ministrului sănătatii nr. 368/2017, Ministerul Sănătăţii aprobă preţurile maximale pentru medicamentele care se

eliberează pe bază de prescripţie medicală, a căror punere pe piaţă este autorizată de Agenţia Naţională a Medicamentului şi a Dispozitivelor Medicale sau în baza deciziei Comisiei Europene acordate conform procedurii centralizate în condiţiile legii.

În temeiul actului normativ indicat, Ministerul Sănătăţii a probat prin Ordin şi preţurile maximale pentru cele două vaccinuri ROR din ofertele depuse în cadrul procedurii.

Prin urmare, când se vorbeşte despre preţuri aprobate/avizate/ reglementate de Ministerul Sănătăţii pentru medicamentele de uz uman, inclusiv vaccinuri, trebuie să se raporteze la preţul maximal, nu la „singurul preţ real".

În concluzie, preţurile reglementate de Ministerul Sănătăţii sunt preţuri maximale, iar în conformitate cu propriile politici comerciale distributorii de medicamente sunt liberi să vândă medicamentele sub valoarea maximă aprobată de Ministerul Sănătăţii.

Susţinerile contestatoarei potrivit cărora preţul corect şi real pentru vaccinul ROR este cel din referatul de necesitate emisă de Ministerul Sănătăţii sunt lipsite de temei legal.

Prin referatul de necesitate Ministerul Sănătăţii a stabilit o valoare maximă estimată în raport de media preţurilor maximale aprobate pentru cele două vaccinuri ROR cu preţ aprobat de Ministerul Sănătăţii.

Prin adresa nr. 855/12.12.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 53173/13.12.2017, SC ... SRL formulează completare la concluziile scrise în care solicită respingerea cererii de intervenţie accesorie formulată de SC ... SRL pentru nerespectarea art. 61 alin. (1) din NCPC, respectiv pentru lipsa de interes.

Contestatoarea invocă inadmisibilitatea excepţiilor invocate de către SC ... prin concluziile scrise, având în vedere faptul că în concluziile scrise se regăsesc motice noi de contestare, situaţie care potrivit art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 le face să fie respinse ca inadmisibile.

În concret, prin cererea de interventie, Farmexpert nu a motivat şi nu s-a întemeiat pe dispoziţiile art. 2, respectiv art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016, aceste argumente prin care Farmexpert neagă dreptul SC ... SRL de a formula prezenta contestaţie fiind prezentate în premieră în concluziile scrise.

Or, având în vedere dispoziţiile art. 21 alin.(3) din Legea nr. 101/2016 potrivit cărora "este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare şi/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestaţie ulterior termenului legal de formulare a acesteia", contestatoarea solicită respingerea acestui nou motiv /capăt de cerere ca inadmisibil.

În ceea ce priveşte interesul contestatoarei în cadrul procedurii, este evident că orice participant la o procedură de achiziţie are un interes în formularea unei contestaţii pe care o consideră ca fiind nelegală.

Mediplus este persoană vătămată, suferind un prejudiciu, tocmai prin vicierea procedurii licitaţiei, prin încălcarea dispoziţiilor legale aplicabile procedurii de achiziţie publică.

Sunt lipsite de temei afirmaţiile ... potrivit carora ... nu poate fi considerată persoană vătămată întrucât procedura se finalizează prin

încheierea unui acord cadru, care va fi semnat şi cu Mediplus clasată pe locul 3.

În realitate, ... a suferit un prejudiciu tocmai pentru că autoritatea contractantă nu a făcut aplicarea dispoziţiilor art. 210 din Legea nr. 98/2016, aşa cum ar fi fost necesar.

De asemenea, contestatoarea învederează că prin cererea de intervenţie, ... îşi justifică interesul prin faptul că s-a clasat pe locul 1 în clasamentul final în urma etapei finale de licitaţie electronică organizată în data de 10.10.2017.

Or, în condiţiile în care acelaşi ... susţine şi motivează lipsa de interes a ... dat fiind că în urma calificării acestuia din urmă pe locul 3 va semna la rândul său un acord cadru cu autoritatea contractantă, rezultă că, pentru acelaşi raţionament nici ... nu are un interes în prezenta cauză, lipsa interesului conducând la respingerea cererii de intervenţie formulată de societatea ... SRL în sprijinul autorităţii contractante.

De asemenea, contestatoarea reiterează faptul că deşi legislaţia actuală nu mai prevede un prag minim faţă de care o ofertă poate fi apreciată ca având un preţ neobişnuit de scăzut, faptul că dintre cei 5 ofertanţi, ofertele desemnate câştigătoare, respectiv locul 1 şi 2, sunt diminuate cu 40% respectiv 37,12 % faţă de preţul estimat în mod obiectiv de către autoritatea contractantă prin documentaţia de atribuire,

În cazul vaccinurilor, preţul acestora este reglementat de OMS nr. 368/2017 pentru aprobarea Normelor privind modul de calcul şi procedura de aprobare a preţurilor maximale ale medicamentelor de uz uman, astfel încât preţul legal reglementat de însăşi autoritatea contractantă pentru vaccinul ROR este de 39,96 de lei/doza fără TVA pentru vaccinul ROR produs de ... (OMS 410/05.04.2017 publicat în Monitorul Oficial nr. 244/07.04.2017), respectiv, de 38,54 lei/doza fărăTVA pentru vaccinul ROR produs de ...(OMS nr. 93/2016, actualizat prin OMS nr. 251/13.03.2017).

Adaosul de distribuţie se calculează asupra preţului de producător, după cum urmează:

Nivelul valoric al preţului de producător	Cota de adaos de distribuţie maxim
0-50,00	14%
Peste 50,00-100,00	12%
Peste 100,00-300,00	10%
Peste 300,00	30,00 lei

În aceste condiţii, faţă de preţul de producător maximal autorizat de către însăşi autoritatea contractantă, şi anume de 36,96 de lei/doza fără TVA pentru vaccinul ROR produs de ... (OMS 401/05.04.2017 publicat în Monitorul Oficial nr. 244/07.04.2017), respectiv, de 33,81 lei/doza fără TVA pentru vaccinul ROR produs de ... (OMS nr. 93/2016, actualizat prin OMS nr. 251/13.03.2017), rezultă că adaosul ce putea fi aplicat de catre producător în oferta sa comercială putea varia până la maxim 14%.

Faţă de afirmaţia ...potrivit căreia autoritatea contractantă nu a constatat că ofertele clasate pe locurile 1 şi 2 au un preţ neobişnuit de scăzut, fiind firesc să fie aşa, autoritatea contractantă fiind direct interesată şi cunoscând în detaliu care sunt preţurile şi condiţiile de

achiziţie a produselor respective, contestatoarea susţine că aceasta este contradictorie şi nu poate fi reţinută întrucât:

- autoritatea contractantă la redactarea Referatului de necesitate a apreciat că preţul real de achiziţie al vaccinului ROR (pret cu ridicata) este de 39,25 lei, preţ calculat ţinând cont de preţul de producător mai sus menţionat şi de concurenţă reală dintre ofertanţi - distribuitori care achiziţionează acest vaccin de la aceiaşi producători la un preţ superior preţului de producător;

- nicăieri nu este menţionat în strategia de contractare că preţurile estimate sunt maximale, acestea fiind doar o valoare medie estimată raportată la preţul cu ridicata reglementat prin Ordinele Ministerului Sănătăţii de aprobare a preţurilor şi în conformitate cu dispoziţiile OMS nr. 368/2017.

- contestatoarea nu a susţinut nicicând faptul că cei 2 operatori economici ar fi trebuit să oferteze un anumit preţ, ci faptul că în situaţia unor oferte aparent neobişnuit de scăzute (cu 40%, respectiv 37,12 % faţă de preţul estimat de către autoritatea contractantă prin documentaţia de atribuire) aceasta avea obligaţia stabilită de art. 136 din HG nr. 395/2016 de a solicita ofertantului care a depus oferta în cauză, explicaţii cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condiţiile de calitate impuse prin documentaţia de atribuire.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitaţie deschisă online privind atribuirea acordului - cadru de furnizare cu 7 ofertanţi având ca obiect „Vaccin combinat rujeolă - oreion - rubeolă viu atenuat (ROR)". în acest sens, a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare nr. ... valoarea estimată fiind situată între 17.466.250 şi 52.751.250 lei.

Ca urmare a publicării în SEAP a documentaţiei de atribuire, au fost depuse 5 oferte, iar potrivit raportului procedurii nr. 10337/13.10.2017, toate ofertele au fost declarate câştigătoare, oferta contestatoarei fiind situată pe locul al treilea, fiind clasată după ofertele depuse de SC ... SRL - 23,52 lei/doza fără TVA şi SC ... - 24,68 lei/ doza fără TVA, preţul ofertei contestatoarei fiind de 33,87 lei/doză.

Criticile contestatoarei vizează:

- modul de funcţionare al sistemului SEAP în etapa de licitaţie electronică, aceasta susţinând că înainte cu două secunde de finalul licitaţiei, se afla pe primul loc, pentru ca ulterior, să constate că s-a aflat pe locul al treilea, contestatoarea suspectând o eventuală imixtiune a autorităţii contractante în sistemul electronic;

- o anumită complicitate între operatorii clasaţi pe locurile 1 şi 2 cu producătorii de vaccinuri, în condiţiile în care aceşti producători i-au oferit contestatoarei preţuri mult mai mari decât cele ofertate de aceşti operatori, fiind incidente prevederile art. 167 alin. (6) din Legea nr. 98/2017;

- neverificarea de către autoritatea contractantă a preţului neobişnuit de scăzut al celor doi ofertanţi.

Ca urmare a depunerii contestaţiei, au formulat cereri de intervenţie SC ... SRL şi SC ... SRL

În ceea ce priveşte cererea de intervenţie formulată de SC ...SRL, din conţinutul său rezultă că aceasta este ofertant câştigător pentru loturile 1, 2, 3, 5 şi 6 din cadrul procedurii de licitaţie deschisă cu etapă finală de licitaţie electronică având ca obiect furnizarea de medicamente oncologice în cadrul Programului Naţional de Oncologie (anunţ de participare nr. 172593/13.01.2017), şi nu în cadrul procedurii referitoare la procedura având ca obiect „Vaccin combinat rujeolă - oreion - rubeolă viu atenuat (ROR)", care formează obiectul analizei Consiliului. Procedura în cauză a fost contestată la Tribunalul Bucureşti, formând obiectul dosarului nr. 42540/3/2017, dosar care nu are, încă, termen stabilit, după cum rezultă din informaţiile publicate în sistemul ECRIS. Având în vedere că operatorul economic menţionat nu are calitate în prezenta procedură, Consiliul va respinge, ca lipsită de interes, cererea de intervenţie nr. 3599/20.11.2017, formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu contestatoarea.

În ceea ce priveşte cererea de intervenţie accesorie formulată de SC ... SRL, Consiliul observă că această societate îşi apără poziţia în clasament şi admisibilitatea ofertei sale, în raport cu criticile formulate în contestaţie, justificând interes în cauză. Consiliul va respinge excepţia lipsei de interes a cererii de intervenţie formulată de contestatoare, având în vedere că pe calea contestaţiei, aceasta vizează însăşi admisibilitatea acestei oferte, şi nu numai poziţia în clasament, urmând ca, în temeiul art. 63 şi 64 din codul de procedură civilă, să admită în principiu cererea de intervenţie accesorie formulată de SC ... SRL.

Cu privire la contestaţia depusă, SC ... SRL invocă lipsa de interes a contestatoarei, motivat de faptul că procedura este un acord cadru cu 7 ofertanţi, cu reluarea competiţiei, în ceea ce priveşte preţul. Prin urmare, intervenienta consideră că în această etapă, contestatoarea nu are interes să verifice preţul ofertelor, din moment ce oricum, va fi reluată competiţia. În punctul de vedere cu privire la excepţia invocată de intervenientă, contestatoarea invocă inadmisibilitatea excepţiei, arătând că aceasta este formulată după termenul legal de formulare a cererii de intervenţie, invocând prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Consiliul va respinge excepţia inadmisibilităţii excepţiei lipsei de interes, întrucât aceasta este o excepţie de fond (se invocă încălcarea cerinţelor interesului - condiţie de exercitare a acţiunii civile), peremptorie (admiterea sa împiedică soluţionarea fondului cererii) şi absolută (se încalcă norme de ordine publică), care poate fi invocată de instanţă din oficiu, de procuror sau de orice parte interesată, în orice stare a procesului, dacă prin lege nu se prevede altfel, în conformitate cu prevederile art. 247 alin. (1) teza I din codul de procedură civilă. Astfel, intervenienta nu a decăzut din dreptul de a invoca lipsa interesului, pe motiv că nu a identificat respectiva excepţie odată cu formularea cererii de intervenţie.

În ceea ce priveşte excepţia lipsei de interes în promovarea contestaţiei, invocată de intervenientă pentru motivul expus mai sus, având în vedere conţinutul contestaţiei expus în extras mai sus, Consiliul reţine că intervenienta arată că poziţia din clasament nu îi aduce

contestatoarei nicio suferinţă sau prejudiciu, din moment ce oricare dintre cei cinci ofertanţi admişi are şanse reale să fie furnizor al autorităţii contractante. Consiliul va respinge excepţia lipsei de interes în formularea contestaţiei, fiind cert că, în măsura în care vreunul din motivele invocate se va dovedi a fi întemeiat, aceasta are interes în păstrarea preţului său, cel mai probabil proporţional cu valoarea ofertei din partea producătorilor, argumentele expuse în contestaţie fiind în sensul manipulării pieţei de către producători şi ofertanţii clasaţi pe primele locuri, cu preţuri vizibil mai mici decât al celorlalţi 3 ofertanţi. Totodată, dispoziţiile legale sunt aceleaşi în ceea ce priveşte evaluarea ofertelor, fie că acordul cadru se încheie cu unul sau mai mulţi ofertanţi, neprezentând relevanță faptul că oferta contestatoarei este ituată pe locul 3, sdar este, încă, prntre câștigători, aceasta având interes în diminuarea concurenței.

Pe fondul contestaţiei, cu privire la susţinerile contestatoarei referitoare la o eventuală manipulare a sistemului SEAP de către autoritatea contractantă, Consiliul reţine că nu există nicio dovadă în acest sens, or, fiind vorba de modalitatea de funcţionare a unei platforme publice de maximă importanţă, se prezumă validitatea datelor cuprinse în conţinutul său, prezumţia putând fi răsturnată prin proba contrară, sarcina probei revenind reclamantului. Totodată, din punct de vedere teoretic şi practic, autoritatea contractantă nu are nicio posibilitate să facă acest lucru, platforma SEAP fiindu-i inaccesibilă până la momentul finalizării etapei electronice, moment la care primeşte clasamentul ofertelor încărcate în SEAP până la data şi ora limită de finalizare a etapei de licitație electronică.

Ceea ce este clar şi necontestat de nimeni, nici chiar de către contestatoare, este că după ora de salvare a ultimei oferte îmbunătăţite a contestatoarei, respectiv cea de la momentul 13.59.55.520, cu un preţ de 33,87 lei, nu mai există o ofertă a sa îmbunătăţită, ci una cu un preţ mai mare, nesalvată în sistem, ci există înregistrate alte două oferte, acest aspect rezultând din adresa nr. 98710/20.10.2017, emisă de Agenţia pentru Agenda Digitală a României, la solicitarea contestatoarei. Valoarea acestor oferte nu este contestată nici chiar de contestatoare, apărările sale bazându-se doar pe faptul că la un moment dat, avea cea mai mică ofertă din sistem.

De altfel, dispoziţiile art. 122 din HG nr. 395/2016, citate chiar de contestatoare, stabilesc clar modalitatea de realizare a clasamentului final, acesta fiind publicat automat de SEAP după finalizarea licitaţiei electronice, fiind exact cel la care autoritatea face referire în raportul procedurii şi în adresa de comunicare a rezultatului procedurii.

Prin urmare, nu există niciun motiv a invalida clasamentul stabilit automat de SEAP, în baza ofertelor înscrise în sistem.

În ceea ce priveşte susţinerea contestatoarei referitoare la incidenţa art. 167 alin. (1) lit. d) şi (6) din Legea nr. 98/2017, Consiliul reţine că până la momentul actual, contestatoarea nu a prezentat niciun indiciu rezonabil din care să rezulte că operatorul economic a încheiat cu alţi operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenţei în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză. Faptul că unii operatori au obţinut de la producători preţuri mai bune decât contestatoarea, nu

înseamnă că aceştia ar fi încheiat între ei un acord ilicit, buna credinţă fiind prezumată, ci afirmă faptul că piaţa este una liberă, în care unii operatori au relaţii comerciale mai bune cu anumiţi furnizori, chiar art. 210 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 vorbind despre ,,orice condiţii deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor", expresia fiind folosită în justificarea preţului, şi nu ca motiv de respingere a ofertanţilor, aşa cum susţine contestatoarea.

Deci, contestatoarea nu a dovedit existenţa unor înţelegeri ilicite, după cum nu a reuşit să releve indicii temeinice referitoare la astfel de înţelegeri.

În ceea ce priveşte lipsa verificărilor referitoare la existenţa unui preţ aparent neobişnuit de scăzut, contestatoarea foloseşte ca şi argumente, preţurile maximale stabilite în Normele privind modul de calcul şi procedura de aprobare a preţurilor maximale ale medicamentelor de uz uman aprobate prin Ordinul ministrului sănătăţii nr. 368/2017, prin care Ministerul Sănătăţii aprobă **preţurile maximale** pentru medicamentele care se eliberează pe bază de prescripţie medicală, a căror punere pe piaţă este autorizată de Agenţia Naţională a Medicamentului şi a Dispozitivelor Medicale sau în baza deciziei Comisiei Europene acordate conform procedurii centralizate în condiţiile legii. În temeiul actului normativ indicat, Ministerul Sănătăţii a aprobat prin Ordin şi preţurile maximale pentru cele două vaccinuri ROR din ofertele depuse în cadrul procedurii.

Contestatoarea susţine că aceste preţuri ar fi cele reglementate de Ordinul respectiv, dar, în realitate, acestea sunt cele maxim decontate din fondurile Ministerului şi ale caselor de asigurări. Nicăieri nu se vorbeşte, în reglementarea respectivă, de preţ reglementat, o astfel de sintagmă fiind improprie unei economii libere, mai cu seamă că preţurile din ordinul respectiv sunt informative.

Chiar din conţinutul ordinului, rezultă expres că preţurile respective sunt preţuri maximale, fiind cert că nu există nicio reglementare care să interzică producătorilor ca în conformitate cu propriile politici comerciale, să vândă medicamentele sub valoarea maximă aprobată de Ministerul Sănătăţii, nu puţine fiind situaţiile în care în urma licitaţiilor, preţurile sunt mult diminuate faţă de aceste limite.

Consiliul reţine relevanţa în cauză a următoarelor dispoziţii legale:

- Art. 210 din Legea nr. 98/2016: ,,(1) în cazul unei oferte care are un preţ sau cost aparent neobişnuit de scăzut în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziţie publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligaţia de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la preţul sau costul propus".
- Art. 136 din HG nr. 395/2016, „(1) în situaţia în care comisia de evaluare constată **că elemente de preţ ale unei oferte** sunt aparent neobişnuit de scăzute, prin raportare la preţurile pieţei, utilizându-se ca referinţa în acest sens informaţii cum ar fi buletine statistice, sau cotaţii ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicaţii cu privire

la posibilitate îndeplinirii contractului în condiţiile de calitate impuse prin documentaţia de atribuire.

Dispoziţiile legale citate nu sunt aplicabile unor astfel de produse, producătorii lor fiind în număr foarte mic pe piaţă la nivel global, chiar după susţinerile contestatoarei fiind doi, respectiv ...şi .., neexistând, în aceste condiţii, o bursă, buletine statistice, preţuri de piaţă, pentru a putea încadra ofertele aflate pe primele două locuri în categoria celor cu preţuri aparent neobişnuit de scăzute, preţul maximal menţionat de contestatoare neavând asemenea caracter. Mai mult decât atât, existenţa unui preţ maximal înseamnă că pot exista preţuri mai mici decât acel preţ, deci nu se poate reţine că preţurile ofertelor clasate pe primele locuri s-ar încadra în categoria celor neobişnuit de scăzute.

Fiind un contract de furnizare, Consiliul constată că nu există **elemente** ale preţului, acesta având un singur ,,element", şi anume preţul produsului, în legătură cu care nu se poate stabili dacă este aparent neobişnuit de scăzut. Nu în ultimul rând, autoritatea contractantă nu are niciun interes să respingă din procedură ofertele cu preţurile cele mai scăzute, mai cu seamă că argumentele furnizate de contestatoare sunt departe de a fi unele întemeiate, ci sunt bazate pe supoziţii, fiind cert că interesul public reclamă atragerea ofertanţilor cu preţuri mai mici decât valoarea estimată, acesta fiind şi motivul pentru care aceste achiziţii se realizează centralizat, de către Minister, pentru obţinerea unui preţ cât mai scăzut. Totodată, dacă ofertanţii de pe primele locuri nu vor putea susţine preţul, în condiţiile în care acesta se va dovedi insuficient, acest aspect nu poate decât să îi profite contestatoarei, care, după preţurile din raport, urmează imediat după cei doi ofertanţi. Prin urmare, Consiliul nu a identificat motive de invalidare a actelor întocmite de autoritatea contractantă.

Prin urmare, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestaţia formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ....

Pe cale de consecinţă, Consiliul, în temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, va admite cererea de intervenţie accesorie în favoarea autorităţii contractante, formulată de SC ... SRL.

În ceea ce priveşte solicitarea intervenientei accesorii privind cheltuielile de judecată, Consiliul urmează a o respinge, având în vedere următoarele argumente:

Conform art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă, partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părţii care a caştigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată. Totodată, conform art. 61 din Codul de procedură civilă, oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părţile originare. Intervenţia este principală cand intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecăţii sau un drept strâns legat de acesta.

Interventia este accesorie când sprijină numai apărarea uneia dintre părţi. De asemenea, potrivit art. 65 alin. (1) Codul de procedură civilă, intervenientul devine parte în proces numai după admiterea în principiu a cererii sale.

Astfel, din analiza coroborată a dispoziţiilor codului de procedură civilă referitoare la plata cheltuielilor de judecată, Consiliul reţine că pentru acordarea cheltuielilor de judecată nu este suficientă dobândirea calităţii de parte într-un proces, ci mai este necesar şi ca acea parte să câştige procesul, adică să obţină total sau în parte pretenţiile solicitate prin cererea de chemare în judecată, dispoziţiile art. 453 coroborat cu art. 454 teza I Codul de procedură civilă fiind explicite în acest sens.

Or, din aceasta perspectivă, Consiliul reţine că intervenientul accesoriu, deşi devine parte în proces după admiterea în principiu a cererii sale, conform art. 65 alin. (1) Codul de procedură civilă, totuşi acesta nu invocă o pretenţie proprie în proces pentru a deveni "parte care câştigă procesul", ci sprijină numai apărarea uneia dintre părţi, după cum rezultă din dispoziţiile art. 61 alin. (3) Codul de procedură civilă, astfel încât acesta nu poate obţine condamnarea părţii care a căzut în pretenţii la plata cheltuielilor de judecata, doar partea în favoarea careia a intervenit şi care a obţinut pretenţiile solicitate putând pretinde astfel de cheltuieli.

Totodată, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, ,,Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluţionarea contestaţiei. Cuantumul, detalierea şi documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunţarea deciziei de soluţionare a contestaţiei''. Cum nu se poate stabili culpa procesuală a contestatoarei în raport cu intervenienta accesorie, întrucât accasta sprijină numai apărarea uneia dintre părţi, nu este întemeiată cererea de acordare a cheltuielilor către această parte.

În acest sens a dispus şi Curtea de apel ..., prin Decizia nr. ..., pronunţată în dosarul nr. ..., admiţând plângerea împotriva unei decizii a Consiliului.

Prin urmare, Consiliul va respinge solicitarea intervenientei accesorii referitoare la acordarea cheltuielilor de judecată.

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 SC ... SRL, în contradictoriu cu ...

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

În temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenţie accesorie în favoarea autorităţii contractante, formulată de SC ... SRL.

În temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, respinge solicitarea intervenientei accesorii referitoare la acordarea cheltuielilor de judecată.

În temeiul art. 64 din Codul de procedură civilă, respinge ca inadmisibilă cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

PREŞEDINTE, MEMBRU, MEMBRU, ….

Redactată în 6 (șase) exemplare, conţine douăzeci și două (22) pagini.