Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor

str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
tel. +40-21-3104641, tel. +40-21-3104670, fax. +40-21-3104642,
e-mail: office@cnsc.ro, www.cnsc.ro, http://portal.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE
Nr.....
Data:.....

Prin contestația datată .... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de ..... SRL („....."), cu sediul social în Municipiul ....., .., ..., înregistrată la Registrul Comerţului cu nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal de administrator ..... și convențional de ..... SCA, cu sediul profesional ales în ....., str. ....., împotriva Răspunsului consolidat la solicitările de clarificări („Răspunsul nr. 1”), la al doilea Răspuns la solicitările de clarificări („Răspunsul nr. 2”) și documentației de atribuire așa cum a fost clarificată prin răspunsurile menționate anterior, privind procedura de licitație deschisă, online, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Achiziția publică de vaccin pneumococic polizaharidic conjugat”, cod CPV 33651600-4, de către ....., cu sediul în ....., Str. .., ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

-Autoritatea contractantă să remedieze următoarele nereguli:

a. Să dispună măsurile necesare astfel încât formula de calcul a factorului de evaluare „Termen de livrare", prevăzută în documentaţia de atribuire, să poată fi aplicată în SEAP, contrar răspunsului dat la întrebarea nr. 7 din Răspunsul nr. 2.

b. Să elimine din obiectul achiziţiei vaccinul pneumococic polizaharidic conjugat 20-valent (PCV-20) şi să stabilească o metodă prin care noi produse pot avea acces pe piaţă, contrar răspunsului dat la întrebarea 30 din Răspunsul nr. 1;

c. Să elimine clauza 11.3 din modelul de contract subsecvent pentru nelegalitatea conţinutului acesteia, contrar răspunsurilor date la întrebările 25 şi 51 din Răspunsul nr. 1;

d. Să modifice clauza 20.1. din modelul de contract subsecvent, referitoare la dreptul de denunţare unilaterală a Autorităţii contractante, astfel încât să reflecte dispoziţiile legale ale art. 223 din Legea 98/2016,

contrar răspunsurilor date la întrebările 6, 28, 52 si 53 din Răspunsul nr. 1;

e. Să înlocuiască sancţiunea nulităţii prevăzută la secţiunea 11.2.5 din Fişa de Date, sancţiune prevăzută pentru nerespectarea termenelor de livrare ofertate, cu sancţiunea rezilierii, contrar răspunsului dat la întrebarea 46 din Răspunsul nr. 1.

-în temeiul art. 22 alin (1) din Legea nr. 101/2016, suspendarea procedurii de achiziție până la soluționarea prezentei contestații.

..... SRL („....."), cu sediul în ....., ..., având CUI ... înregistrată în Oficiul Registrul Comerțului sub nr. ..., reprezentată de .... în calitate Administrator, și convențional de ..., cu sediul procesual ales în ....., str. ..., ..., în calitate de agent economic interesat (potențial/viitor ofertant), depune Cerere de intervenție voluntară înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...., prin care solicită admiterea în principiu a cererii de intervenţie și respingerea contestației formulată de ..... SRL ca neîntemeiată.

Prin Încheierea nr. ...., Consiliul s-a pronunțat asupra cererii de suspendare a procedurii din cuprinsul contestației formulate de ..... SRL, pe care a respins-o.

Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ..... SRL reclamă Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări („Răspunsul nr. 1”), al doilea Răspuns la solicitările de clarificări („Răspunsul nr. 2”) și documentația de atribuire așa cum a fost clarificată prin răspunsurile menționate anterior, învederând următoarele:

Contestatorul susține că ..... a publicat pe data de 19 august 2023, prin intermediul platformei SEAP, anunţul de participare nr. ....în cadrul procedurii licitaţie deschisă având ca obiect achiziţia de vaccin pneumococic polizaharidic conjugat, împreună cu documentaţia de atribuire aferentă procedurii.

Licitaţia are în vedere atribuirea unui Acord-cadru pentru furnizarea de vaccin pneumococic polizaharidic conjugat, care va fi semnat de ofertanţii clasaţi pe primele 7 locuri, în urma aplicării factorilor de evaluare şi a desfăşurării unei proceduri de licitaţie electronică. Procedura urmează următoarele etape de desfăşurare: (i) depunerea ofertelor tehnice şi financiare; (ii) evaluarea îndeplinirii criteriilor de calificare; (iii) organizarea unei sesiuni de licitaţie electronică pentru atribuirea acordului-cadru, licitaţie în care se re-ofertează atât preţul cât şi termenul de livrare); (iv) organizarea rundelor de licitaţie electronică pentru atribuirea contractelor subsecvente în aceleaşi condiţii ca în licitaţia electronică organizată pentru atribuirea acordului-cadru, inclusiv pentru primul contract subsecvent.

Criteriul de atribuire este cel mai bun raport calitate-preţ şi prevede următorii factori de evaluare:

Denumire factor evaluare	Pondere
Preţul ofertei	80% Punctaj maxim factor: 80 Intră in licitaţie electronică Intră in reluare de competiţie Invers proporţional Punctajul se acordă astfel: a) Pentru cel mai scăzut dintre preturi se acorda punctajul maxim alocat; b) Pentru celelalte preturi ofertate punctajul P(n) se calculează proporţional, astfel: P(n) = (Preţ minim ofertat / Preţ n) x punctaj maxim alocat.
Termenul de livrare al produselor (T)	20% Intră in licitaţie electronica Intră in reluare de competiţie Algoritm de calcul: a) Pentru un termen de livrare ofertat, cuprins între 1 şi 5 zile, se acordă 20 puncte. b) Pentru un termen de livrare ofertat, cuprins între 6 şi 10 zile, se acordă 10 puncte. c) Pentru un termen de livrare ofertat de peste 11 zile, dar cu încadrarea în termenul maxim de livrare solicitat de autoritatea contractantă, se acordă 5 puncte.
	d) Ofertele care prezintă termenul de livrare maxim solicitat, de 30 de zile de la data semnării contractului de ambele părţi, vor fi considerate conforme, dar nu vor primi punctaj -0 puncte. e) Ofertele care prezintă un termen de livrare mai mare decât termenul maxim solicitat vor fi respinse ca neconforme. Termenul de livrare al produselor va fi exprimat în zile şi se va calcula de la data semnării contractului de către ambele părţi.
Punctaj maxim total	100

Conform Caietului de sarcini, vaccinurile eligibile sunt cele cu 13,15 sau 20 de valenţe şi care deţin, la momentul publicării anunţului de participare, autorizaţie de punere pe piaţă valabilă pentru România şi recomandare oficială pentru sugari (2 luni) şi copii mici, pentru respectarea Programului Naţional de Vaccinare. Acest moment al verificării condiţiilor a fost modificat de ..... prin răspunsul la întrebarea nr. 29 din Răspunsul nr. 1, stabilind că termenul se schimbă de la „momentul publicării anunţului de participare" în „până la data termenului limită de depunere a ofertelor."

Mai mulţi operatori economici, inclusiv contestatorul, au depus solicitări de clarificare. Ulterior, ... a suspendat timp de aproximativ 2 luni procedura de achiziţie, iar în data de 19 noiembrie 2023 a reluat procedura, noul termen de depunere al ofertelor fiind 11.12.2023.

În data de 21.11.2023, Autoritatea contractantă a publicat Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări depuse de operatorii economici interesaţi de procedură. În cadrul Răspunsului nr. 1, Autoritatea contractantă a stabilit anumite condiţii şi clauze contractuale în opinia contestatorului nelegale, aşa cum arată în prezenta.

În data de 24.11.2023, Autoritatea contractantă a transmis Răspunsul nr. 2. În cadrul acestui Răspuns, ... a comunicat anumite elemente noi, care nu fuseseră cuprinse în documentaţia iniţială şi care relevă încălcări ale legislaţiei achiziţiilor publice.

Contestatorul învederează că aplicarea formulei de calcul pentru factorul de evaluare „termen de livrare" nu poate fi realizată în SEAP.

Se arată că Secţiunea 11.2.5. Criterii de atribuire din Fişa de Date prevede doi factori de evaluare: preţul unitar (lei/doză fără TVA) şi

termenul de livrare (exprimat în zile). În concret, formula de calcul specificată prin documentaţie pentru termenul de livrare este următoarea:

„Algoritm de calcul: a) Pentru un termen de livrare ofertat, cuprins între 1 şi 5 zile, se acordă 20 puncte.

b) Pentru un termen de livrare ofertat, cuprins între 6 şi 10 zile, se acordă 10 puncte.

c) Pentru un termen de livrare ofertat de peste 11 zile, dar cu încadrarea în termenul maxim de livrare solicitat de autoritatea contractantă, se acordă 5 puncte.

d) Ofertele care prezintă termenul de livrare maxim solicitat, de 30 de zile de la data semnării contractului de ambele părţi, vor fi considerate conforme, dar nu vor primi punctaj - 0 puncte.

e) Ofertele care prezintă un termen de livrare mai mare decât termenul maxim solicitat vor fi respinse ca neconforme.

Termenul de livrare al produselor va fi exprimat în zile şi se va calcula de la data semnării contractului de către ambele părţi."

Prin Răspunsul nr. 2 (i.e., răspunsul la întrebare nr. 7), Autoritatea contractantă a clarificat că ambii factori de evaluare sunt luaţi în considerare, atât la atribuirea acordului-cadru, cât şi la reluarea competiţiei pentru fiecare contract subsecvent.

În lumina acestor clarificări, Autorităţii contractante i s-a adresat o nouă întrebare referitoare la detaliile tehnice pentru ofertarea repetitivă din licitaţia electronică în ceea ce priveşte termenul de livrare. În concret, autoritatea a fost întrebată următoarele:

•Cum se va transmite oferta cu privire la termenul de livrare (exprimată în zile), respectiv dacă aceasta se va face chiar în cadrul licitaţiei electronice, în SEAP?

•Dacă oferta privind termenul de livrare se transmite în cadrul licitaţiei electronice, există posibilitatea de îmbunătăţire a acesteia pe parcursul desfăşurării licitaţiei electronice (ca parte a procesului repetitiv), similar ofertei de preţ?

•Dacă există posibilitatea de îmbunătăţire şi a ofertei privind termenul de livrare pe parcursul desfăşurării licitaţiei electronice, sistemul electronic (SEAP) va afişa cea mai bună ofertă având în vedere ambele criterii (i.e., preţ şi termen de livrare)? Dacă da, sistemul electronic (SEAP) va afişa punctajul ofertantului clasat pe primul loc sau va identifica separat preţul şi termenul de livrare aferente ofertei clasate pe primul loc?

Conform Fişei de date, în secţiunea IV.1.6 Informaţii despre licitatia electronică, este specificat că *„Elementul care va face obiectul procesului repetitiv este preţul unitar fără TVA /doză. Procesul repetitiv va avea loc prin intermediul SEAP (www.e-licitatie.ro). În timpul licitaţiei electronice operatorul SEAP va pune la dispoziţia ofertanţilor informaţii privind numărul de participanţi care licitează electronic precum şi cel mai scăzut preţ."* Astfel, era important de clarificat dacă platforma va afişa punctajul ofertantului clasat pe primul loc sau va identifica separat preţul şi termenul de livrare aferente ofertei clasate pe primul loc.

Cu privire la aceste întrebări, autoritatea contractantă a detaliat modalitatea în care operatorii economici vor folosi platforma SEAP pentru a introduce datele referitoare la termenul de livrare şi felul în care se va stabili clasamentul, menţionând totodată că algoritmul pentru calculul

punctajului aferent termenului de livrare este diferit faţă de cel din Fişa de date:

„Platforma SEAP va pune la dispoziţia operatorilor economici participanţi la procedură un câmp în care aceştia vor putea încărca termenul de livrare ofertat.

Elementele repetitive, respectiv preţul unitar şi termenul de livrare, vor putea fi îmbunătăţite oricând pe parcursul derulării licitaţiei electronice.

La definirea licitaţiei electronice în SEAP, autoritatea contractantă va bifa opţiunea ca operatorii economici să poată vizualiza cea mai bună ofertă.

La finalizarea etapei de licitaţie electronică, sistemul SEAP va întocmi automat un clasament, pe baza celor încărcate în sistem de participanţi.

Pentru alcătuirea clasamentului final al etapei de licitaţie electronică, autoritatea contractantă va solicita, prin intermediul SEAP, tuturor participanţilor, transmiterea formularului de ofertă şi a centralizatorului de preţuri, întocmite potrivit celor ofertate în licitaţia electronică. Precizăm că, pentru calculul punctajului aferent factorului de evaluare tehnic (termenul de livrare), platforma SEAP aplică un algoritm matematic, care este diferit de cel comunicat prin fişa de date a achiziţiei, acesta fiind motivul solicitării retransmiterii formularului de ofertă şi a centralizatorului de preţuri, întocmite potrivit celor ofertate în licitaţia electronică."

Contestatorul susține că acest fapt contravine întru totul legislaţiei achiziţiei publice, fiind contrar dispoziţiilor art. 117 din H.G. 395/2016 care prevăd că:

„Licitaţia electronică se poate organiza numai în măsura în care facilităţile tehnice disponibile în cadrul SEAP permit aplicarea algoritmului de calcul stabilit de autoritatea contractantă."

În măsura în care această întrebare nu ar fi fost adresată, niciun operator economic nu ar fi putut şti că algoritmul prezentat în Fişa de Date nu este cel ce va fi aplicat prin platforma SEAP în cadrul licitaţiei electronice. Acest fapt este o încălcare a principiului transparenţei enunţat în art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016, care instituie obligaţia autorităţii de a avea o procedură transparentă, care să permită operatorilor economici să prevadă modalitatea de punctare a ofertelor acestora şi să le pregătească în acest sens. De altfel, întregul proces competiţional ar fi fost descurajat, Autoritatea contractantă stabilind că ofertanţii vor vedea oferta clasată pe primul loc, când, în realitate, SEAP ar fi calculat clasamentul altfel decât cum l-ar fi calculat Autoritatea contractantă la finalul licitaţiei electronice.

Se reține că Curtea de Justiţie a Uniunii Europene a stabilit că obligaţia de transparenţă, care constituie corolarul principiului egalităţii de tratament, are ca scop să garanteze absenţa riscului de favoritism şi de arbitrar din partea autorităţii contractante. Această obligaţie implică formularea tuturor condiţiilor şi modalităţilor procedurii de atribuire în mod clar, precis şi neechivoc în anunţul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanţilor informaţi în mod rezonabil şi obişnuit de diligenţi să le înţeleagă conţinutul exact şi să le interpreteze în acelaşi mod şi, în al doilea rând, să permită autorităţii contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanţi corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză.

O soluţie similară este reţinută şi de înalta Curte de Casaţie şi Justiţie:

„În jurisprudenţă, cu privire la principiul transparenţei, Curtea de Justiţie a Uniunii Europene a arătat că:

În ceea ce priveşte principiul transparenţei, care constituie corolarul principiului egalităţii de tratament, acesta are ca scop, în esenţă, să garanteze că este înlăturat riscul de favoritism şi de arbitrar din partea autorităţii contractante. Acesta presupune ca toate condiţiile şi modalităţile procedurii de atribuire să fie formulate clar, precis şi univoc în anunţul de participare sau în caietul de sarcini (Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, punctul 113, punctul 111)."

În plus, Autoritatea contractantă nu a menţionat şi care este algoritmul matematic ce va fi folosit de platformă pentru a calcula punctajul aferent factorului termen de livrare, astfel că, în continuare, operatorii economicii nu pot şti cu claritate în baza cărui algoritm le va fi evaluată oferta de către SEAP.

În acest sens, contestatorul solicită Consiliului să oblige Autoritatea contractantă la remedierea situaţiei astfel încât formula de calcul a clasamentului de către SEAP să fie conformă celor specificate în Fişa de Date.

Referitor la nelegalitatea includerii PCV-20 în obiectul procedurii de achiziţie, cu titlu prealabil, contestatorul subliniază că vaccinul polizaharidic conjugat 20-valent nu are autorizaţie de punere pe piaţă la nivel european. ..... cunoştea aceste aspecte, întrucât a fost înştiinţat chiar de contestator, prin Adresă scrisă în data de 6 Noiembrie 2023, prin care atrăgea atenţia că nu are informaţii concrete cu privire la aprobarea vaccinului de către Agenţia Europeană a Medicamentului, singurele informaţii primite de la autoritatea europeană fiind că este posibil ca autorizaţia să fie emisă cel mai devreme în prima jumătate a anului 2024.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă a decis includerea acestuia în obiectul achiziţiei prezentei proceduri, ignorând posibilitatea reală ca acest vaccin să nu întrunească condiţiile impuse prin caietul de sarcini pentru a putea fi ofertat în procedura de achiziţie. În concret, Caietul de sarcini prevede că vaccinul trebuie, la momentul publicării anunţului de participare, să aibă autorizaţie de punere pe piaţă valabilă pentru România, cu recomandarea oficială de administrare la sugar şi copilul mic, pentru respectarea Programului Naţional de Vaccinare. Ulterior, prin Răspunsul nr. 1, respectiv în răspunsul dat întrebării nr. 29, autoritatea contractantă a modificat momentul faţă de care se verifică întrunirea condiţiilor, astfel încât acesta a devenit data termenului limită de depunere a ofertelor.

Cu toate acestea, întrebarea nr. 29 a fost în mare parte nesoluţionată, întrucât prin aceasta se solicita (i) suspendarea procedurii până la intrarea pe piaţă a PCV-20, pentru a putea în mod real să îndeplinească cerinţele impuse prin Caietul de sarcini şi concomitent (ii) modificarea prevederii referitoare la momentul deţinerii autorizaţiei de punere pe piaţă în sensul de a considera termenul ca fiind data limită de depunere a ofertelor. Autoritatea a ales să răspundă doar celei de-a doua solicitări, deşi aceasta este indisolubil legată de prima.

Mai mult, anticipând un eventual refuz al autorităţii de a suspenda procedura pentru a avea posibilitatea reală de a achiziţiona unul dintre

vaccinurile ce face obiectul achiziţiei, a fost înaintată întrebarea nr. 30, prin care se solicită eliminarea PCV-20 din documentaţie, pentru că, atât timp cât măsura suspendării procedurii nu este luată în considerare, nu există posibilitatea reală de a achiziţiona acest produs. În acest sens, autorităţii i-a fost solicitată introducerea unei clauze rezolutorii în Modelul de Acord-cadru pentru situaţia apariţiei pe piaţă a produsului şi organizarea unei proceduri noi de atribuire în acest sens.

În răspunsul Autorităţii contractante la solicitarea cuprinsă în întrebarea nr. 30, aceasta a conchis că nu se poate elimina PCV-20 din Caietul de sarcini, întrucât este un „produs considerat important pentru procedură." Cu alte cuvinte, Autoritatea contractantă refuză să ia orice fel de măsură pentru a face posibilă achiziţionarea unui produs văzut ca fiind relevant, dar care, în contextul actual, nu se află în posibilitatea reală de a fi procurat.

Totodată, conform practicii decizionale a Consiliului, într-adevăr, autoritatea contractantă are dreptul de a stabili care sunt produsele considerate relevante pentru a face obiectul unei proceduri de atribuire, însă are şi obligaţia de a stabili procedura potrivită pentru specificul produsului solicitat, într-o speţă ce viza tot achiziţionarea de către ..... a vaccinurilor pneumococice conjugate, Consiliul a decis că:

„Mai mult, recunoaşterea expresă din partea autorităţii contractante a existenţei unui singur produs de acest fel, respectiv faptul că, la data prezentei este autorizat un singur medicament cu 13 antigene, respectiv Prevenar 13 al producătorului ..... Limited impun organizarea unei proceduri de excepţie."

Or, singurul vaccin pneumococic polizaharidic conjugat cu 20 de valenţe este Prevenar 20, deţinut de ....., care nu este încă aprobat la nivel european pentru a fi administrat sugarilor şi copiilor şi, astfel, nu există pe piaţă. Aşadar, pentru achiziţionarea acestui vaccin va fi necesară o procedură separată, ulterioară apariţiei pe piaţă a produsului.

În acest sens, contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea să revină asupra răspunsurilor la întrebările nr. 29 şi 30 şi să decidă în sensul eliminării referirilor cu privire la PCV-20 din obiectul procedurii de achiziţie, cu includerea unei clauze în Acordul-cadru care să permită reluarea procedurii atunci când „produsul considerat important" va putea fi furnizat.

Faţă de nelegalitatea Răspunsurilor la întrebările 25 şi 31 din Răspunsul nr. 1, se menționează că, potrivit modelului de contract subsecvent, clauza 11.3 prevede un drept de denunţare unilaterală al autorităţii contractante în cazul intrării în insolvenţă a contractantului. în mod specific, clauza prevede următoarele:

„Achizitorul îşi rezervă dreptul de a renunţa la contract, printr-o notificare scrisă adresată furnizorului, fără nicio compensaţie, dacă acesta din urmă intră în insolvenţă cu condiţia ca această anulare să nu prejudicieze sau să afecteze dreptul la acţiune sau despăgubire pentru furnizor. în acest caz, furnizorul are dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data denunţării unilaterale a contractului."

Atât în textul întrebării nr. 25 cât şi în cel al întrebării nr. 31 au fost ridicate probleme cu privire la această clauză, întrucât contravin prevederilor legale în vigoare în materia insolvenţei, mai exact, art. 123 alin. (1) teza a doua din Legea 85/2014: *„Orice clauze contractuale de desfiinţare a contractelor în derulare, de decădere din beneficiul termenului, de modificare a contractului în detrimentul debitorului sau de declarare a exigibilităţii anticipate pentru motivul deschiderii procedurii se consideră nescrise".*

Cu toate acestea, autoritatea contractantă a încercat să se prevaleze de dispoziţiile reglementărilor în materia achiziţiilor publice referitoare la motivele de excludere. Legea 98/2016 prevede, în art. 167, alin. (1), lit. b), că, dacă un operator economic se află în procedura insolvenţei sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activităţii, autoritatea contractantă îl va exclude din procedura de atribuire, iar nicidecum nu prevede un drept de denunţare unilaterală pentru o situaţie apărută pe timpul executării contractului. Mai mult, art. 223 din Legea 98/2016 prevede cauze speciale de denunţare unilaterală a contractului, printre care şi cazul în care contractantul se afla, la momentul atribuirii contractului, în una dintre situaţiile care ar fi determinat excluderea sa din procedura de atribuire potrivit art. 164-167. Din aceste prevederi rezultă că acest criteriu de excludere se verifică exclusiv înaintea semnării contractului, astfel că ..... nu poate invoca aceste criterii pentru a justifica o clauza complet nelegală, atât din perspectiva legislaţiei insolvenţei, cât şi a legislaţiei achiziţiilor publice.

Astfel, contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea la eliminarea acestei clauze nelegale din modelul de contract subsecvent.

În referire la nelegalitatea Răspunsurilor la întrebările 6, 28, 52 și 53 din Răspunsul nr. 1

6.1. Cu privire la întrebările 6, 28, 52, contestatorul arată că Clauza 20.1. din modelul de contract subsecvent prevede dreptul Autorităţii contractante de a denunţa unilateral contractul, după cum urmează:

„20.1 - Achizitorul îşi rezervă dreptul de a renunţa la contract, printr-o notificare scrisă adresată furnizorului, fără nici o compensaţie, dacă împotriva acestui din urmă este pronunţată o decizie a Curţii Europene de Justiţie, a CNSCsau a instanţelor de judecată."[s.n.]

În cadrul solicitărilor de clarificare, a fost subliniat în repetate rânduri, prin întrebările 6, 28 şi 52 neclaritatea textului din această clauză, îndepărtându-se de textul legal al art. 223 alin. (1) lit. a) din Legea 98/2016, care prevede cazul de denunţare unilaterală în care:

„a) contractul nu ar fi trebuit să fie atribuit contractantului respectiv, având în vedere o încălcare gravă a obligaţiilor care rezultă din legislaţia europeană relevantă şi care a fost constatată printr-o decizie a Curţii de Justiţie a Uniunii Europene."

Din această prevedere legală se poate observa că legiuitorul a prevăzut acest caz de denunţare unilaterală a contractului în cazul în care sunt întrunite cumulativ următoarele condiţii:

(i) Există o încălcare gravă a obligaţiilor ce decurg din legislaţia europeană relevantă;

(ii) Există o decizie a Curţii de Justiţie a Uniunii Europene („QUE") care constată acest fapt;

(iii) Condiţiile de mai sus sunt verificate prin raportare la perioada anterioară atribuirii contractului, pentru a trage concluzia că nu ar fi trebuit atribuit contractantului respectiv.

Totodată, chiar Autoritatea contractantă menţionează prevederile art. 223 din Legea 98/2016 în răspunsul la întrebarea 6, susţinând că această clauză ţine cont de prevederile legale menţionate mai sus. Astfel, contestatorul apreciază că este clar greşita punere în aplicare a art. 223 din Legea 98/2016, autoritatea adăugând la lege considerabil, printr-o clauză ce lasă prea mult loc de interpretare cu privire la întinderea aplicării acesteia.

Mai mult, în cadrul răspunsului de la întrebarea 28, întrebare prin care se propune o versiune a clauzei care să fie corelată cu prevederile art. 223 şi să facă referire doar la deciziile CJUE, autoritatea respinge propunerea, argumentând că aceasta se referă „doar la situaţia pronunţării unei decizii de către Curtea Europeană de Justiţie, nu şi de către instanţele române." Este evidentă contradicţia în argumentaţia autorităţii, care motivează introducerea acestei clauze prin raportare la anumite prevederi legale pe care le contrazice doar câteva răspunsuri mai târziu.

Cu privire la cele prezentate mai sus, contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea la modificarea acestei clauze astfel încât să reflecte în mod corect prevederile art. 223 din Legea 98/2016, după cum i-a fost solicitat şi autorităţii prin întrebările transmise de operatorii economici.

6.2. Cu privire la întrebarea nr. 53

Contestatorul reține că în întrebarea nr. 53, se cere clarificarea clauzei 20.2. care prevede alt caz de denunţare unilaterală a contractului de către Autoritatea contractantă:

„20.2 - Achizitorul îşi rezervă dreptul de a renunţa la contract, printr-o notificare scrisă adresată furnizorului, fără nici o compensaţie, dacă furnizorul de regăseşte într-una din situaţiile de excludere prevăzute de Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare, cu condiţia ca această anulare să nu prejudicieze sau să afecteze dreptul la acţiune sau despăgubire pentru furnizor."

Prin întrebarea adresată, se doreşte clarificarea momentului faţă de care se verifică existenţa situaţiilor de excludere prevăzute de Legea nr. 98/2016, având în vedere că prevederile art. 223 alin. (1) lit. a) din actul normativ menţionat prevăd în mod clar că analiza criteriilor de excludere se face raportat la momentul atribuirii contractului de achiziţie publică, iar, în speţă, a acordului-cadru.

Cu toate acestea, Autoritatea contractantă susţine că regăsirea într-una dintre situaţiile de excludere vor fi reanalizate cu ocazia reluării competiţiei pentru fiecare contract subsecvent, fapt ce este contrar atât prevederilor legale, cât şi practicii în achiziţii publice.

În primul rând, art. 164-167 din Legea nr. 98/2016 sunt prevederi ce conţin motive de excludere a ofertantului din procedura de atribuire a Acordului-cadru, cerinţe ce se verifică cu întâietate, pentru a exclude operatorii economici incompatibili din procedură, înainte de a analiza conformitatea ofertelor, nicidecum o cerinţă ce va fi reanalizată cu ocazia reluării competiţiei.

Mai mult decât atât, chiar Autoritatea contractantă prevede, în secţiunea IV.3 Informaţii suplimentare, la paragraful referitor la reluarea competiţiei că *„Reluarea competiţiei în vederea atribuirii contractelor subsecvente se va face prin intermediul SEAP, în conformitate cu prevederile art. 116 alin. (2) din HG 395/2016. Ofertele depuse în cadrul reluării competiţiei trebuie să îndeplinească obligatoriu cel puţin specificaţiile tehnice şi factorii de evaluare ofertaţi iniţial, în baza cărora a fost semnat acordul cadru."* Contestatorul observă că nu există nicio menţiune despre re-analizarea motivelor de excludere la momentul reluării competiţiei, chiar şi dacă presupune, prin absurd, că acest lucru ar fi posibil din punct de vedere legal. Astfel, Autoritatea contractantă nu are niciun temei pentru a se raporta la motivele prevăzute de art. 164-167 din Legea 98/2016 la momentul reluării procedurii.

Având în vedere cele explicate mai sus, contestatorul opinează că Răspunsul care vizează clauza 20.2 este nelegal atât timp cât autoritatea se raportează la prevederile art. 164-167 ulterior atribuirii acordului-cadru, astfel cum explică în răspunsul la întrebarea 53 din Răspunsul nr. 1.

În acest sens, contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea să clarifice faptul că motivele de excludere la care face referire clauza 20.2 sunt analizate prin raportare la momentul atribuirii acordului-cadru.

În ce privește nelegalitatea Răspunsului la întrebarea 46 din Răspunsul nr. 1, contestatorul arată că Secţiunea 11.2.5 din Fişa de Date prevede, la finalul acesteia, că *„Nerespectarea termenelor ofertate atrage după sine nulitatea respectivelor contracte subsecvente."* Nerespectarea unui termen ofertat este în sine nerespectarea unei obligaţii asumate prin contract, pentru care remediul este rezilierea contractului, iar nu nulitatea acestuia.

Prin întrebarea 46, autorităţii i se cere clarificarea naturii sancţiunii prevăzute de Fişa de date, însă autoritatea s-a rezumat la a menţiona că prevederea citată mai sus „nu reprezintă o clauză contractuală, ci are rol informativ". Pe lângă evitarea completă a unui răspuns la solicitarea formulată prin această întrebare, autoritatea se referă la o sancţiune precum nulitatea contractului ca fiind cu „rol informativ", fapt ce ridică mai multe întrebări cu privire la obligativitatea respectării unei astfel de prevederi.

În concret, nulitatea este o sancţiune prevăzută pentru un contract încheiat cu încălcarea condiţiilor cerute de lege pentru încheierea sa valabilă, dacă prin lege nu se prevede o altă sancţiune, conform art. 1246 Cod Civil. în acest sens, motivele de nulitate ţin de validitatea, din perspectivă legală, a elementelor contractului. Mai mult, în măsura în care un contract este lovit de nulitate absolută sau relativă, acesta este desfiinţat şi considerat a nu fi fost vreodată încheiat. Se poate astfel trage concluzia că un contract încheiat cu respectarea tuturor prevederilor legale nu poate fi lovit de nulitate pentru nerespectarea unei obligaţii de către una dintre părţi în cursul executării acestuia.

Pe de altă parte, rezilierea contractului este un remediu pentru neexecutarea unei prestaţii prevăzute în contract, prin care contractul este desfiinţat pentru viitor (iar, în cazul rezoluţiunii, efectele se întind şi în trecut, contractul desfăcut considerându-se a nu se fi încheiat. Şi în cazul rezoluţiunii însă, chiar dacă respectivul contract este desfiinţat retroactiv,

motivul îl constituie neexecutarea unor obligaţii contractuale şi nu anumite vicii care afectează încheierea actului).

Astfel că sancţiunea pentru nerespectarea termenelor de livrare ofertate este rezilierea contractelor subsecvente, iar nu nulitatea acestora, fapt pe care Autoritatea contractantă nu l-a clarificat prin răspunsul său, ci a ales să evite cu totul întrebarea, rezumându-se la a minimiza importanţa acestui prevederi din documentaţia de atribuire, pe care îl consideră cu rol pur informativ.

Aşadar, contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea la clarificarea răspunsului dat la întrebarea 46 în sensul de a admite că sancţiunea prevăzută în Fişa de Date este rezilierea, nu nulitatea, astfel cum eronat a fost precizat.

În concluzie, contestatorul solicită Consiliului să admită prezenta contestaţie şi, în acest sens, să oblige autoritatea la remedierea răspunsurilor date la solicitările de clarificări şi a prevederilor menţionate din documentaţia de atribuire, pentru a respecta dispoziţiile legale şi principiile fundamentale ale achiziţiilor publice.

Prin adresa nr. .... înregistrată la Consiliu sub nr. ...., autoritatea contractantă formulează Punct de vedere la contestația depusă de ..... SRL, precizând următoarele:

Prin anunţul de participare nr. ...., ..., având calitatea de autoritate contractantă, a iniţiat procedura de achiziţie publică de vaccin pneumococic polizaharidic conjugat, procedura de achiziţie aleasă fiind licitaţia deschisă.

Procedura de achiziţie urmează a fi finalizată prin încheierea unui acord cadru cu valabilitate 4 ani, care va fi semnat cu primii 7 operatori economici ale căror oferte vor fi declarate admisibile.

Valoarea estimată a achiziţiei este de minim 132.925.000,00 lei fără TVA, şi maxim 664.625.000,00 lei fără TVA.

Potrivit prevederilor art. 187 alin. (31) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare, având în vedere valoarea estimată mai sus menţionată, criteriul de atribuire ales este "cel mai bun raport calitate - preţ", iar factorii de evaluare utilizaţi în cadrul acestui criteriu sunt, după cum urmează:

1. Prețul ofertei 80 puncte
2. Termen de livrare 20 puncte

Algoritmul de calcul şi acordare a punctajului, aşa după cum este acesta detaliat în fişa de date a achiziţiei, precum şi în modelul de acord cadru publicat în SEAP este următorul:

- Preţul ofertei (P) - maxim 80 puncte

a) Pentru preţul minim ofertat P min (valoarea cea mai scăzută) se acordă 80 puncte

b) Pentru alt preţ decât cel de la litera a), punctajul se calculează cu următoarea formulă:

Pi (punctaj) = 80 x (preţ minim ofertat/preţ ofertat,)

Unde i este ofertantul cu numărul de ordine i

- Termenul de livrare al produselor (T) - maxim 20 puncte

a) Pentru un termen de livrare ofertat, cuprins între 1 şi 5 zile, se acordă 20 puncte.

b) Pentru un termen de livrare ofertat, cuprins între 6 şi 10 zile, se acordă 10 puncte.

c) Pentru un termen de livrare ofertat de peste 11 zile, dar cu încadrarea în termenul maxim de livrare solicitat de autoritatea contractantă, se acordă 5 puncte.

d) Ofertele care prezintă termenul de livrare maxim solicitat, de 30 de zile de la data semnării contractului de ambele părţi, vor fi considerate conforme, dar nu vor primi punctaj - 0 puncte.

e) Ofertele care prezintă un termen de livrare mai mare decât termenul maxim solicitat vor fi respinse ca neconforme.

Termenul de livrare al produselor va fi exprimat în zile.

Contractele subsecvente acordului cadru care urmează a fi încheiat se vor atribui prin reluarea competiţiei între semnatarii acordului cadru, iar, potrivit prevederilor art. 116 alin. (2) din HG 395/2016, cu modificările şi completările ulterioare, reluarea competiţiei se va face de către ..... şi va avea loc ori de câte ori achizitorul intenţionează să încheie un contract subsecvent. De asemenea, potrivit prevederilor legale, fiecare reluare a competiţiei se va realiza prin intermediul platformei SEAP.

Criteriul de atribuire utilizat în cadrul reluării competiţiei va fi acelaşi cu criteriul de atribuire utilizat pentru atribuirea acordului cadru, factorii de evaluare şi algoritmul de acordare a punctaleor rămânând neschimbate fată de procedura de atribuire a acordului cadru.

Referitor la solicitarea contestatarei de la punctul 3 - Aplicarea formulei de calcul pentru factorul de evaluare "termen de livrare", autoritatea contractantă arată următoarele:

În cadrul unor proceduri de achiziţie publică anterioare, având ca obiect atribuirea de acorduri cadru de furnizare de vaccinuri, în cadrul criteriului de atribuire "cel mai bun raport calitate - preţ", pentru calculul punctajelor acordate pentru factorul de evaluare "termen de livrare", Ministerul a utilizat următoarea formulă matematică:

Termenul de livrare al produselor (T) - maxim 10 puncte

a) Pentru termenul de livrare minim ofertat se acordă 10 puncte.

b) Pentru termen de livrare ofertat mai mare decât cel de la litera a), punctajul se calculează cu următoarea formulă:

Ti (punctaj) = 10:c (termen livrare minim /termen livrare ofertat$_i$)

Unde i este ofertantul cu numărul de ordine i

Pe parcursul derulării acordurilor cadru respective, cu ocazia organizării reluărilor de competiţie în vederea atribuirii contractelor subsecvente, ... a constatat că formula de acordare a punctajului sau, mai bine zis, rezultatul aplicării acesteia, nu aduce niciun avantaj autorităţii contractante.

Concret, în situaţia în care termenul de livrare minim ofertat era de 1 (una) zi, oferta respectivă primea maximum de punctaj, respectiv 10 puncte. În acelaşi timp, oferta care prezenta un termen de livrare de 2 (două) zile, primea doar jumătate din punctajul maxim, adică primea 5 puncte.

În acest fel, au existat situaţii în care oferta care întrunea cel mai mare punctaj nu prezenta neapărat cel mai scăzut preţ, în contextul în care, diferenţa de o singură zi între termenele de livrare prezentate de

ofertele clasate pe primele două locuri în clasament, nu reprezenta un avantaj major obţinut de autoritatea contractantă ca urmare a reluării competiţiei. Realitatea a dovedit că termenul de 1 (una) zi, asumat de ofertanţi, a fost un obiectiv foarte greu de îndeplinit, uneori fiind necesară aplicarea de penalităţi ca urmare a nerespectării termenului de livrare asumat.

Din acest motiv, urmare a analizării modului de derulare a acordurilor cadru anterioare, ... a decis ca, pentru calculul punctajului aferent factorului de evaluare "termen de livrare", să fie utilizat un algoritm diferit, care nici să nu pună presiune pe operatorii economici, dar care, în egală măsură, să asigure livrarea produselor la timp şi tară sincope în întreg procesul logistic de livrare şi recepţie, astfel încât să nu fie afectată activitatea în cadrul Programului Naţional de Imunizare.

Se menționează că la data prezentei, ... derulează mai multe acorduri cadru având ca obiect furnizarea de vaccinuri, iar pentru procedurile de achiziţie respective a fost utilizat acelaşi criteriu de atribuire, factorii de evaluare, precum şi algoritmul de calcul al punctajului, fiind aceleaşi ca şi în cazul prezentei proceduri, contestată de către ..... SRL.

Mai mult, o parte din aceste proceduri de achiziţie au fost plasate sub control ex-ante al ANAP, pe parcursul derulării acestora, inclusiv în etapa de licitaţie electronică, nefiind constatată nicio neregulă, fiind emise de către ANAP avize conforme necondiţionate pentru fiecare din fazele critice ale procedurilor.

De asemenea, Autoritatea arată că platforma SEAP, aşa cum este configurată la momentul actual, nu dispune de acea funcţionalitate care să îi permită acordarea de puncte în situaţia încărcării unui algoritm bazat pe anumite intervale de valori şi NU bazat pe formule matematice. În plus, aşa după cum a precizat Autoritatea şi prin răspunsul la întrebarea nr. 7 din cadrul răspunsului consolidat publicat în SEAP la data de 24.11.2023, autoritatea contractantă este doar un utilizator al platformei, neavând privilegii de administrare sau de configurare a acesteia.

Din acest motiv autoritatea contractantă susține că a detaliat, în cadrul răspunsului consolidat publicat în SEAP la data de 24.11.2023, modalitatea de desfăşurare a reluărilor de competiţie.

Se precizează faptul că autoritatea contractantă a luat toate măsurile în vederea asigurării respectării atât a principiului transparenţei, cât şi a tuturor celorlalte principii enunţate la art. 2 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare.

În plus, în situaţia în care un operator economic are dubii în ceea ce priveşte modul de calcul al punctajului pentru oferta depusă, acesta se poate prevala de dreptul oferit de legiuitorul în materia achiziţiilor publice, statuat la art. 217, alin. (6) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare.

Susţinerea contestatarei că, prin aplicarea acestui mod de lucru, ar fi încălcate prevederile art. 117 din HG nr. 395/2016, sunt inexacte în opinia Autorității, iar interpretarea acesteia, prin scoaterea din context a celorlalte prevederi cuprinse atât în Legea nr. 98/2016, cât şi prin HG nr. 395/2016, poate fi catalogată drept rea intenţie.

Din motivele mai sus invocate, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă acest capăt de contestaţie ca nefondat.

Cu privire la punctul 4 din contestaţie - Nelegalitatea includerii PCV-20 în obiectul procedurii de achiziţie, autoritatea contractantă arată următoarele:

..... derulează acordul cadru nr. 159/21.12.2021, având ca obiect vaccin pneumococic polizaharidic conjugat (13-valent, adsorbit), încheiat cu ..... SRL, ca urmare a aplicării procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare, procedură aleasă în temeiul prevederilor art. 104, alin. (1), lit. b) şi alin. (2), lit. b) şi lit. c) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare.

Întrucât, pe parcursul derulării acordului cadru mai sus menţionat, au fost autorizate pentru punere pe piaţă şi alte vaccinuri pneumococice, ale altor producători, recomandate incusiv pentru administrare la sugar (vârsta de 2 luni), ... a constatat că nu mai sunt îndeplinite condiţiile specifice în baza cărora a fost iniţiată procedura de achiziţie, respectiv prevederile art. 104, alin. (1), lit. b) din Legea 98/2016 privind achiziţiile publice, motiv pentru care a demarat prezenta procedură de achiziţie publică, prin licitaţie deschisă.

La iniţierea procedurii de achiziţie, autoritatea contractantă a luat toate măsurile pentru a permite participarea în procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici. Din acest motiv, prin caietul de sarcini al achiziţiei, au fost specificate trei metode diferite de preparare a vaccinului admise în procedură, fiind luate în considerare caracteristicile vaccinurilor pneumococice autorizate de punere pe piaţă. Din acest motiv, potrivit caietului de sarcini al achiziţiei, sunt acceptate metode de preparare atât pentru vaccin pneumococic 13-valent, cât şi pentru vaccin pneumococic 15-valent, dar şi vaccin pneumococic 20-valent.

Întrucât nu se indică în mod imperativ vreuna dintre metodele de preparare mai sus menţionate, autoritatea contractantă apreciază că operatorii economici interesaţi pot participa în procedură cu acel produs care întruneşte atât cerinţele minime şi obligatorii din caietul de sarcini, dar şi condiţiile legale de punere pe piaţa din România.

Cum contestatara deja are autorizat un vaccin pneumococic din cele trei variante cuprinse în caietul de sarcini, aceasta poate participa în procedură cu acest vaccin, nefiind obligată să depună ofertă pentru varianta cu 20 de valenţe, cu atât mai mult cu cât aceasta nu întruneşte condiţiile legale de punere pe piaţă şi de administrare.

Judecând în ansamblu contestaţia formulată de ..... SRL, dar mai ales ţinând cont de capătul de contestaţie referitor la specificaţiile vaccinului PCV-20 din caietul de sarcini, Autoritatea trage concluzia că, de fapt, prin întreaga contestaţie formulată, ... SRL încearcă să îşi menţină, în mod neloial, avantajele care decurg din derularea în continuare a acordului cadru nr. 159/21.12.2021.

Din motivele arătate mai sus, autoritatea contractantă opinează că acest capăt de contestaţie este nefondat şi solicită Consiliului să-l respingă ca atare.

Referitor la punctul 5 din contestaţie - Nelegalitatea răspunsurilor la întrebările nr. 25 şi 31 din Răspunsul nr. 1:

Autoritatea reține că susţinerile contestatarei cu privire la nelegalitatea clauzei nr. 11.3 din modelul de contract subsecvent se referă, probabil, doar la răspunsul la întrebarea nr. 25, întrucât, o simplă lectură a întrebării nr. 31 poate arăta că, de fapt, această întrebare nu conţine nicio trimitere la clauza incriminată de contestatoare.

Chiar şi aşa, autoritatea contractantă arată că, la introducerea acestei clauze în modelul de contract subsecvent, s-a ţinut cont de toate prevederile legale în materia insolvenţei.

Mai mult, toate contractele subsecvente având ca obiect furnizarea de vaccinuri, derulate de ....., cuprind această clauză, fără ca până acum prezenţa acesteia să fie contestată de vreunul dintre semnatari.

Autoritatea contractantă învederează că această clauză există, în forma din modelul de contract subsecvent publicat în SEAP, şi în contractele subsecvente având ca obiect furnizarea de vaccin pneumococic polizaharidic conjugat (13-valent, adsorbit), al căror semnatar este chiar contestatoarea.

Luând în considerare cele de mai sus, autoritatea contractantă opinează că motivele invocate de contestatoare în contestaţia formulată reprezintă, în realitate, o încercare de tergiversare a derulării procedurii de achiziţie şi de conservare a poziţiei de monopol asigurată astfel prin acordul cadru nr. 159/21.12.2021.

Referitor la criticile privind răspunsurile la întrebările nr. 6, 28, 52 şi 53 din răspunsul consolidat publicat în SEAP în data de 21.11.2023, autoritatea contractantă arată următoarele:

Răspunsurile la întrebările nr. 6, 28, 52 şi 53 din răspunsul consolidat publicat în SEAP în data de 21.11.2023 au fost formulate cu luarea în considerare a întreg cadrului legislative care guvernează atât materia achiziţiilor publice, cât şi reglementările din domeniul comercial.

Contractul reprezintă un act de voinţă a părţilor, prin care se stabilesc, în egală măsură, atât drepturile acestora, cât şi obligaţiile care vor trebui respectate pe parcursul derulăarii contractului.

Potrivit prevederilor art. 223, alin (2) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare: *"Autoritatea contractantă introduce dreptul de denunţare unilaterală prevăzut la alin. (1) în condiţiile contractuale cuprinse în documentaţia de atribuire."*

Din simpla lectură a articolului mai sus citat, rezultă că introducerea, în cadrul unui contract de achiziţie publică, a unei clauze privind dreptul de denunţare unilaterală reprezintă o obligaţie adresată imperativ autorităţii contractante de către legiuitor.

Clauza introdusă are rolul de a proteja autoritatea contractantă în eventualitatea în care se constată că semnatarul contractului de achiziţie publică (furnizor, prestator, etc) s-a făcut vinovat de încălcarea gravă a prevederilor legale în materie, iar acest lucru a fost constatat de o autoritate competentă (Curtea Europeană de Justiţie, CNSC sau instanţele de judecată române).

Având în vedere că, în ceea ce priveşte dreptul de denunţare unilaterală, legislaţia naţională şi comunitară reglementează clar modalitatea în care o autoritate contractantă poate uza de acest drept, Autoritatea apreciază că susţinerea contestatoarei potrivit căreia aplicarea

acestei clauze se poate face în mod discreţionar este complet nefondată şi solicită Consiliului să respingă acest capăt de contestaţie ca atare.

Din perspectiva contestatoarei, verificările întreprinse de autoritatea contractantă în scopul stabilirii neîncadrării unui ofertant în situaţiile de excludere prevăzute de legislaţia în vigoare, ar trebui efectuate numai în etapa de atribuire a acordului cadru şi nu şi la reluarea competiţiei în vederea atribuirii contractelor subsecvente.

În realitate, autoritatea contractantă susține că, chiar prevederile legale mai sus citate arată că aceste verificări pot avea loc, pe tot parcursul derulării acordului cadru, inclusiv în cadrul reluărilor de competiţie organizate de autoritatea contractantă. Mai mult, ţinând cont de caracterul imperativ al cuprinderii în cuprinsul contractelor de achiziţie publică a clauzelor privind denunţarea unilaterală, rezultă obligativitatea efectuării acestor verificări, atât pe parcursul derulării acordului cadru, cât şi pe parcursul derulării contractelor subsecvente, cu atât mai mult cu cât, potrivit prevederilor art. 119 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare, impun autorităţii contractante obligaţia de a efectua reluarea competiţiei pe baza aceloraşi termeni și condiţii aplicate pentru atribuirea acordului-cadru.

Referitor la pretinsa nelegalitate a răspunsului la întrebarea nr. 46 din răspunsul consolidat publicat în SEAP în data de 21.11.2023:

Prin întrebarea nr. 46, s-a solicitat autorităţii contractante să clarifice dacă prevederea de la punctul II.2.5 din fişa de date reprezintă o clauză de nulitate sau o cauză de reziliere a contractelor subsecvente.

Autoritatea contractantă a clarificat că prevederea citată din fişa de date nu reprezintă o clauză contractuală, ci are rol informativ.

Potrivit răspunsului publicat, autoritatea contractantă a clarificat faptul că nu a intenţionat să introduce în modelul de contract subsecvent o astfel de sancţiune referitoare la o eventuală cauză de nulitate a contractelor subsecvente pentru nerespectarea termenelor ofertate.

Mai mult, tot la punctul II.2.5 din fişa de date se specifică: *"În situaţia în care un operator economic nu îşi mai poate îndeplini obligaţiile contractuale care îi revin, autoritatea contractantă va relua competiţia, potrivit prevederilor art. 110, alin. (1), coroborat cu ari. 111 alin. (3) din HG nr. 395/2016."*

Se poate constata astfel că, prin informaţiile cuprinse în fişa de date a achiziţiei, ... a comunicat că, în situaţia în care un operator economic nu îşi va putea îndeplini obligaţiile asumate, respectivul operator economic va suporta consecinţele prevăzute în acordul cadru pentru neîndeplinirea obligaţiilor care îi revin.

În plus, punctul 15.2 din modelul de acord cadru detaliază modalităţile prin care poate înceta acordul cadru, una dintre acestea fiind *"prin rezilierea de către o parte ca urmare a neîndeplinirii sau îndeplinirii în mod necorespunzător a obligaţiilor asumate prin prezentul acord cadru, de către cealaltă parte, în termen de 15 zile de la data primirii notificării prin care i s-a adus la cunoştinţă că nu si-a executat ori îşi execută în mod necorespunzător oricare din obligaţiile care îi revin, fără intervenţia instanţei şi alte formalităţi prealabile."*

Având în vedere toate cele expuse în prezentul punct de vedere, ţinând cont că acuzaţiile aduse de operatorul economic ..... SRL prin

contestaţia depusă sunt nefondate, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă, ca nefondată, întreaga contestaţie formulată de operatorul economic menţionat.

..... SRL („....."), în calitate de agent economic interesat (potențial/viitor ofertant), depune Cerere de intervenție voluntară înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ..., prin care solicită admiterea în principiu a cererii de intervenţie și respingerea contestației formulată de ..... SRL ca neîntemeiată.

Intervenientul învederează următoarele:

Din perspectiva cerinţelor tehnice ale obiectului Procedurii de Atribuire şi a criteriului de atribuire, este relevant faptul că:

(a) Vaccinul pneumococic polizaharidic conjugat („PCV") poate fi livrat într-una din cele trei forme echivalente prevăzute în caietul de sarcini în secţiunea 3 privind metodele de preparare a vaccinului, respectiv - (i) PCV cu 13 valenţe, (ii) PCV cu 15 valenţe şi (iii) PCV cu 20 valenţe.

(b) Pentru oricare dintre aceste trei forme echivalente al PCV, un ofertant trebuie să facă dovada:

(i) existenţei autorizaţie de punere pe piaţa din România la momentul depunerii ofertei şi a

(ii) recomandării oficiale de administrare inclusiv la sugar (vârstă de 2 luni) şi copil mic.

Recomandarea oficială în această materie este indicaţia terapeutică confonn prevederilor din cuprinsul Rezumatului Caracteristicilor Produsului (prospectul) - aspect clarificat expres de Autoritatea Contractantă în etapa de clarificări (răspuns la întrebare nr. 13 din Răspunsul 1):

(i) Sintagma „recomandare oficială" se referă strict la menţionarea în Rezumatul Caracteristicilor Produsului la indicaţii terapeutice de administrare a grupei de vârstă sugar şi copilul mic, cu regăsirea vârstei de 2 luni în intervalul de vârstă la care este indicat, având în vedere Programul Naţional de Vaccinare din România, care prevede administrarea primei doze la 2 luni.

(ii) Toate cerinţele incluse, respectiv atât deţinerea APP, cât şi indicaţia de administrare la sugar (2 luni) şi copilul mic în RCP, sunt obligatorii, cu menţiunea că se înlocuieşte cerinţa deţinerii APP „până la data publicării anunţului de atribuire" cu cerinţa deţinerii APP „până la data termenului limită de depunere a ofertelor" (acest al doilea aspect a fost preluat şi în cadrul răspunsului la întrebare nr. 29 din Răspunsul 1).

(c) Criteriul de atribuire este cel mai bun raport calitate-preţ având în vedere doi factori de evaluare, respectiv (i) preţul - cu o pondere maximă de 80% din punctaj şi (ii) termenul de livrare al produselor - cu o pondere maximă de 20% din punctaj.

Ulterior publicării Anunţului de participare şi a documentaţiei de atribuire, mai mulţi operatori economici interesanţi au formulat cereri de clarificări a unor aspecte din cuprinsul acestei documentaţii de atribuire, inclusiv contestatoarea. Autoritatea Contractantă a răspuns acestor solicitări în mod consolidat, în acest sens fiind Răspunsul nr. 1 şi Răspunsul nr. 2 (pentru facilă observare/coordonare, se va utiliza definiţia contestatoarei).

Nemulţumită de o parte din răspunsurile la clarificări, contestatoarea a formulat contestaţia ce face obiectul prezentei cauze, invocând pretinse nereguli şi solicitând obligarea Autorităţii Contractante la remedierea acestora.

Intervenientul arată că susţinerile contestatorului privind pretinsele nereguli sunt lipsite de interes şi, în orice caz, neîntemeiate.

De fapt, contestatoarea apare să aibă un alt interes şi doar găseşte „ceva" care să fie invocat şi care să dea o posibilitate de contestare care să îi dea posibilitatea de a câştiga timp.

Se reține că, contestatoarea deţine în portofoliul său şi un PCV în forma cu 20 de valenţe. Numai că, în prezent, vaccinul său nu are încă recomandare oficială de administrare la sugar şi copil mic, deşi a formulat cerere în acest sens.

Prin urmare, lipsa recomandării oficiale de administrare a vaccinului la sugar şi copil mic la momentul depunerii ofertelor atrage neîndeplinirea cerinţei documentaţiei de atribuire cu consecinţa respingerii eventualei oferte depuse în aceste condiţii. Altfel spus, contestatoarea nu ar putea participa la această Procedură de Achiziţie în măsura în care la momentul depunerii ofertelor în cadrul procedurii nu ar deţine respectiva recomandare oficială de administrare la sugar si copil mic.

Pe baza informaţiilor publice disponibile şi în măsura în care termenul de depunere al ofertelor rămânea termenul prevăzut de documentaţia de atribuire, astfel cum a fost modificată, respectiv 11 decembrie 2023, respectiva recomandare oficială de administrare la sugar şi copil mic nu ar fi fost obţinută având în vedere că următoarea şedinţă a forului competent cu aprobarea recomandării în discuţie era programată pentru perioada 11-14 decembrie 2023.

Pe de altă parte, vaccinul aflat în portofoliul său are autorizaţie de punere pe piaţă în România, mai puţin pentru indicaţia terapeutică de administrare a sugar şi copil mic. Prin urmare, acesta se află pe piaţă, fiind comercializat şi putând fi comercializat pentru pacienţii care se încadrează în menţiunile prospectului său.

Ceea ce doreşte contestatoarea însă, este şi participarea la această Procedură de Achiziţie, fiind în discuţie un Acord-Cadru ce se va încheia pentru 4 ani şi care îi dă şansa de a comercializa timp de 4 ani cantităţi relevante şi grupate (contracte subsecvente) de vaccin.

Numai că, în contextul menţionat, nu poate participa la acest moment şi atunci apare că, de fapt, se doreşte o trenare a Procedurii, mai precis, a termenului de depunere a ofertelor în ideea că, între timp, s-ar obţine recomandarea oficială pentru administrarea vaccinului şi la sugar şi copil mic astfel încât să poată fi îndeplinită cerinţa documentaţiei de atribuire.

Se reține că cererea de aprobare a recomandării de extindere de indicaţie a fost depusă la autoritatea competentă (anterior lunii martie 2023) anterior demarării Procedurii de Atribuire (august 2023), având un termen teoretic de soluţionare de 60 - 90 de zile, însă până în prezent nu a fost soluţionată (fiind solicitate informaţii suplimentare de mai multe ori).

Pe de altă parte, se încearcă implementarea unei modalităţi de blocare a Procedurii sau de încetare a Acordului Cadru, după caz, în situaţia în care ar obţine ulterior recomandarea oficială pentru administrarea vaccinului deţinut în portofoliul său şi la sugar şi copil mic.

Din această perspectivă, contestatoarea nu a arătat care ar fi vătămarea sa produsă de pretinsele nereguli, care este interesul său juridic, ca element al acţiunii în justiţie.

Totodată, contestatoarea are, conform datelor publice, un contract încheiat cu ..... în urma unei negocieri directe fară publicare de anunţ pentm Prevenar 13 (PCV-13), astfel că apare că interesul său rezidă şi în încercarea de menţinerea a contractului respectiv. Numai că acesta nu este un interes legitim în ce priveşte formularea contestaţiei din prezenta cauză.

În acest context, intervenientul susține că se pune în discuţie:

(a) Lipsa interesului având în vedere neindicarea de către contestatoare a vătămării produse şi prevalenţa interesului public asupra interesului economic privat al contestatoarei.

(b) Lipsa interesului, în solicitarea de eliminare din obiectul Procedurii de Achiziţie a formei de PCV-20 pe care contestatoarea o are în portofoliul său, tocmai pentm că are această formă de vaccin în portofoliul său şi există posibilitatea, mai ales in contextul actualei suspendări a Procedurii şi a potenţialelor prelungiri a acestor termene generate de aceasta suspendare, de a se elibera şi recomandarea de administrare pentm sugar şi copil mic pana la momentul depunerii ofertelor in cadrul Procedurii, dar şi

(c) Lipsa unui interes legitim, cel puţin în condiţiile în care solicită obligarea Autorităţii Contractante la introducerea unui pretins remediu în baza căruia, în ipoteza în care se eliberează recomandarea oficială de administrare a vaccinului său la sugar şi copil mic, să înceteze Acordul-cadru şi să fie organizată o nouă procedură - şi în condiţiile în care actuala procedură de atribuire este şi rămâne una competitivă.

Se menționează că interesul în formularea cererii de intervenţie rezultă
în vedere faptul că:

Potrivit legii, orice persoană interesată într-un litigiu poate interveni, în materia achiziţiilor publice fiind reglementat expres faptul că orice operator economic interesat să participe la o procedură de atribuire poate formula cerere de intervenţie voluntară în cadrul unei contestaţii formulate în acea procedură - în acest sens fiind:

(a) Art. 17 alin. (3) din Legea 101/2016 potrivit căruia: *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 SE AP a contestaţiei. In cazul procedurilor a căror iniţiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestaţiei.*

(b) Art. 61 C.proc.civ. potrivit căruia: *Oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părţile originare.*

În cauză, ... este un operator economic interesat să participe la Procedura de Atribuire demarată de ....., în calitate de Autoritate Contractantă. în acest sens, interesul ..... în participarea la Procedura de Atribuire rezultă din faptul că:

(a) ..... activează în domeniul produselor farmaceutice, fiind una dintre companiile farmaceutice multinaţionale cu prezenţă locală în România de aproape 30 de ani şi cu activitate în arii terapeutice, cum sunt oncologia, diabetul, imunologia, hepatita C, HIV, antibioticele şi antifungicele pentru îngrijire spitalicească şi antiinflamatoare.

(b) În acest context, ... are în portofoliul său o gamă diversă de vaccinuri pentru copii şi adulţi, inclusiv Vaccinul PCV ce face obiectul Procedurii de Atribuire, într-una dintre cele 3 forme anterior menţionate.

(c) A şi efectuat deja demersuri în cadrul Procedurii în sensul solicitării de clarificări ale unor aspecte din cuprinsul documentaţiei de atribuire.

În ceea ce priveşte pretinsele nereguli a căror remediere este solicitată de către contestatoare, intervenientul semnalează următoarele:

Lipsa interesului având în vedere neindicarea de către contestatoare a vătămării produse şi prevalenţa interesului public asupra interesului economic privat al contestatoarei.

Se arată că, contestatoarea nu apare să aibă un interes în formularea contestaţiei şi, cu atât mai puţin un interes legitim.

Nu arată în cauză contestatoarea care îi este vătămarea efectiv produsă de pretinsele nereguli.

Totodată este de menţionat şi faptul că o eventuală menţionare a unui drept şi/ sau interes economic nu este suficientă din perspectiva celor anterior menţionate întrucât nu se poate pune semnul egalităţii între valori precum sănătatea publică şi drepturile şi interesele economice ale unui particular, reţinând că trebuie recunoscută o anumită maijă de apreciere statelor prin autorităţile naţionale competente, considerând că nu a fost demonstrată o conduită abuzivă a Autorităţii Contractante, care nu a efectuat o eroare vădită de apreciere (cum s-a şi reţinut în jurisprudenţă).

Referitor la formula de calcul pentru factorul de evaluare termen de livrare care nu ar putea fi realizată în SEAP, intervenientul observă că:

În esenţă, contestatoarea susţine o pretinsă nelegalitate a răspunsului la întrebarea 7 din Răspunsul 2, în legătură cu aplicarea formulei de calcul pentru factorul de evaluare „termen de livrare".

Mai precis, susţine astfel contestatoarea faptul că aplicarea formulei de calcul prevăzute în documentaţia de atribuire pentru factorul de evaluare „temien de livrare" nu poate fi realizată în SEAP, în timpul reluării competiţiei online şi astfel s-ar încălca principiul transparenţei şi dispoziţiile art. 117 din HG nr. 395/2016.

Mai precis, în legătură cu criteriul reprezentat de termenul de livrare, Autoritatea Contractantă a arătat, în esenţă, că:

Platforma SEAP va pune la dispoziţia operatorilor economici participanţi la procedură un câmp în care aceştia vor putea încărca termenul de livrare ofertat. Elementele repetitive, respectiv preţul unitar şi termenul de livrare, vor putea fi îmbunătăţite oricând pe parcursul derulării licitaţiei electronice.

La definirea licitaţiei electronice în SEAP, autoritatea contractantă va bifa opţiunea ca operatorii economici să poată vizualiza cea mai bună ofertă.

La finalizarea etapei de licitaţie electronică, sistemul SEAP va întocmi automat un clasament, pe baza celor încărcate în sistem de participanţi.

Pentru alcătuirea clasamentului final al etapei de licitaţie electronică, autoritatea contractantă va solicita, prin intermediul SEAP, tuturor participanţilor, transmiterea formularului ele ofertă şi a centralizatorului de preţuri, întocmite potrivit celor ofertate în licitaţia electronică.

(..), pentru calculul punctajului aferent factorului de evaluare tehnic (termenul de livrare), platforma SEAP aplică un algoritm matematic, care este diferit de cel comunicat prin fişa de date a achiziţiei, acesta fiind motivul solicitării retransmiterii formularului de ofertă şi a centralizatorului de preţuri, întocmite potrivit celor ofertate în licitaţia electronică. Precizăm de asemenea că, la fel ca şi în cazul operatorilor economici, autoritatea contractantă este doar un utilizator al platformei, neavând privilegii de administrare sau de configurare a acesteia.

Totodată, Autoritatea Contractantă a arătat expres, nu doar o dată, ci în tot cuprinsul Documentaţiei de atribuire, precum şi în răspunsurile formulate, care sunt criteriile de evaluare a factorului tehnic în vederea stabilirii ofertei câştigătoare şi care este algoritmul de calcul. Astfel, de exemplu:

(a) La întrebarea 54 din cuprinsul Răspunsului 1, Autoritatea contractantă a indicat expres: *Ofertele care vor prezenta un termen de livrare mai mic decât cel maxim vor primi punctai, potrivit algoritmului de calcul comunicat prin documentele achiziţiei.*

De asemenea, în cuprinsul răspunsului la aceeaşi întrebare, Autoritatea a oferit şi un exemplu de modalitate prin care se înţelege îmbunătăprea termenului de livrare iniţial, arătând astfel în mod expres care anume sunt limitele şi criteriile de aplicare ale punctajului acordat ofertanţilor în legătură cu criteriul termenului de livrare.

(b) În cuprinsul răspunsului la întrebarea 7 din cadrul Răspunsului 2, contestat în prezenta cauză a indicat în mod expres că, tocmai pentru că SEAP impune o anumită formulă de calcul a factorului de evaluare tehnic *[pentru calculul punctajului aferent factorului de evaluare tehnic (termenul de livrare), platforma SEAP aplică un algoritm matematic, care este diferit de cel comunicat prin fişa de date a achiziţiei],* aceasta a decis *retransmiterea formularului de ofertă si a centralizatorului de preţuri, întocmite potrivit celor ofertate în licitaţia electronică.*

Nu în ultimul rând, Autoritatea contractantă a indicat expres că la fel ca şi în cazul operatorilor economici, autoritatea contractantă este doar un utilizator al platformei, neavând privilegii de administrare sau de configurare a acesteia. Această ultimă menţiune nu a fost preluată de contestatoare în cuprinsul contestaţiei, întocmai pentru că, printre altele, menţiunea întăreşte toate argumentele Autorităţii contractante, în sensul că, deşi SEAP poate aplica un alt algoritm - fiind standardizat astfel - aceasta nu conduce la o lipsă de transparenţă în procedură, atât timp cât în Anunţul de participare, în Caietul de Sarcini, în Modelul de Acord-cadru şi în Răspunsurile la solicitările de clarificări, algoritmul a fost tot timpul prezentat în aceeaşi modalitate, în mod constant şi transparent, iar în SEAP se pot vedea şi îmbunătăţi în timp real cele două elemente aflate în competiţie, precum şi cea mai bună ofertă depusă.

Contestatoarea a mai participat la de proceduri de achiziţie, astfel că intervenientul se întreabă care este motivul/ interesul invocării acestui

aspect în condiţiile în care este transparent şi clar algoritmul de calcul şi exclude riscul de favoritism şi arbitrar invocat de contestatoare prin jurisprudenţa citată.

Chiar şi în condiţiile configurării actuale a SEAP în această privinţă participanţii la Procedura de Atribuire au informaţiile care ar trebui să le servească drept reper pentru îmbunătăţirea elementelor repetitive. În acest sens, Autoritatea Contractantă a răspuns expres la întrebarea nr. 7 că „la definirea licitaţiei electronice în SEAP autoritatea contractanta va bifa opţiunea ca operatorii economici să poată vizualiza cea mai bună ofertă”.

Or, în condiţiile în care Autoritatea Contractantă a şi clarificat transparent aspectul şi a indicat expres că operatorii economici vor putea vizualiza în SEAP şi îmbunătăţi în timp real cele două elemente aflate în competiţie, precum şi a vedea cea mai bună ofertă depusă, interpretarea contestatoarei este excesiv de formalistă în opinia intervenientului şi pune în discuţie şi lipsa vătămării, în aceste condiţii - ceea ce duce la o lipsă de interes în formularea contestaţiei pe acest aspect.

Referitor la pretinsa nelegalitate a includerii PVC 20 în obiectul procedurii de achiziţie, intervenientul menționează că acest aspect invocat de către contestatoare priveşte faptul că aceasta deţine în portofoliu Vaccinul PCV cu 20 de valenţe (PCV 20), dar nu are pentru acesta, în prezent, o recomandare oficială/indicaţia terapeutică pentru administrarea la sugar şi copilul mic.

Prin urmare, prin solicitările de clarificări depuse, contestatoarea a solicitat Autorităţii Contractante să suspende procedura până la intrarea pe piaţă a acestei forme de vaccin şi cu recomandarea oficială în discuţie, precum şi modificarea momentului de îndeplinire a cerinţei de la data publicării anunţului de atribuire la data limită de depunere a ofertelor (întrebarea nr. 29 din Răspunsul 1).

A mai solicitat ca, în cazul, unui răspuns negativ la cele de mai sus, să fie eliminată această formă a vaccinului din formele prevăzute în documentaţia de atribuire şi includerea în cuprinsul Acordului- Cadru a unei prevederi în sensul încetării anticipate a acestuia la momentul la care apare pe piaţă un nou produs (întrebarea nr. 30 din Răspunsul 1).

Autoritatea Contractantă a modificat cerinţa privind momentul deţinerii autorizaţiei de punere pe piaţă de la momentul publicării anunţului la momentul datei limite de depunere a ofertei, dar nu a exclus din documentaţia de atribuire forma PCV -20.

Intervenientul subliniază că se pune în discuţie lipsa interesului, juridic vorbind, în solicitarea de eliminare din obiectul Procedurii de Achiziţie a formei PCV-20 pe care contestatoarea o are în portofoliul său, tocmai pentru că are această formă de vaccin în portofoliul său şi există posibilitatea, cel puţin teoretică, de a se elibera şi indicaţia terapeutică de administrare la sugar şi copil mic.

Având în vedere cerinţele caietului de sarcini (formele de vaccin cu 13, 15 şi 20 de valenţe), vaccinurile care ar putea îndeplini la data depunerii ofertelor aceste criterii sunt Prevenar 13 (13 valenţe), Vaxneuvance (15 valenţe) şi Apexxnar (20 valenţe).

În ceea ce priveşte Apexxnar - vaccin pneumococic polizaharidic conjugat (20-valent, adsorbit) - EMEA/H/C/005451/II/0012 (PCV-20), acesta se află în portofoliul contestatoarei şi nu îndeplinea până la inclusiv

la data restabilită anterior ultimei suspendări pentru depunerea ofertelor (11.12.2023) cerinţa de a avea recomandarea oficială pentru administrarea la sugar şi copil mic.

Contestatoarea a depus însă, anterior demarării Procedurii de Atribuire, la Agenţia Europeană a Medicamentului o solicitare dc variaţie de tip II, conform Regulamentului Comisiei Europene (CE) Numărul 1234/2008, de extindere a indicaţiei pentru a include sugarii, copiii şi adolescenţii cu vârsta cuprinsă între 6 săptămâni şi mai puțin de 18 ani pentru prevenirea bolilor invazive, pneumoniei şi otitei medii acute cauzate de Streptococcus pnenmoniae, pe baza rezultatelor finale din studiile B7471003, 7471011, B7471003 2314 şi B7471014.

Soluţionarea solicitării sale este în curs:

(a) În luna martie 2023, Comitetul a discutat aspectele identificate în această cerere, referitoare la aspectele clinice si a adoptat o cerere de informaţii suplimentare cu un calendar specific, care nu este comunicat public.

(b) În luna iulie 2023, solicitarea a fost inclusă din nou pe agenda CHMP, pentru a fi discutate informaţiile suplimentare solicitate în luna martie 2023. Comitetul a discutat din nou aspectele identificate în această cerere, referitoare la aspectele clinice si a adoptat o a doua cerere de informaţii suplimentare cu un calendar specific, care nu este comunicat public.

(c) În luna octombrie 2023, solicitarea a fost inclusă pentru a treia oara pe agenda şedinţei CHMP, pentru a fi discutate cele doua solicitări de informaţii suplimentare, din 20.07.2023 si 30.03.2023. Comitetul a solicitat informaţii suplimentare pentm a treia oară, în legătura cu aspectele clinice ale aceste solicitări de extindere de indicaţie.

(d) În luna decembrie 2023, solicitarea a fost inclusă pentru a patra oară pe agenda şedinţei CHMP, pentru a fi discutate cererile de informaţii suplimentare adoptate pe 12.10.2023, 20.07.2023, 30.03.2023.

Prin urmare, la acest moment, vaccinul aflat în portofoliul contestatoarei nu îndeplineşte cerinţa recomandării oficiale de administrare la sugar şi copil mic, dar există probabilitatea teoretică de a obţine aceasta recomandare oficială (care este, de fapt o extindere de indicaţie) până la momentul datei limită de depunere a ofertelor, având în vedere şi că, în prezent, Procedura de Atribuire este suspendată şi termenul de depunere al ofertelor este decalat la o dată încă necunoscută.

Din această perspectivă, intervenientul opinează că solicitarea de excludere a acestei forme de vaccin din documentaţia de atribuire este lipsită de interes.

În măsura în care nu ar obţine această recomandare nici până la noua data de depunere a ofertelor care va fi stabilită după încetarea suspendării Procedurii de Atribuire dispusă urmare formulării contestaţiei ce face obiectul prezentei cauze, nimic nu se opune ca Procedura de Atribuire să continue şi Acordul-cadru să fie executat în integralitate.

Dacă se va obţine recomandarea / extinderea de indicaţie terapeutică de către contestatoare, atunci va putea participa la Procedură şi cu acest produs. Dacă nu, rămân de ofertat celelalte două forme de vaccin, fiind

asigurat în continuarea regimul concurenţial existent de la momentul demarării Procedurii de Atribuire (competitivă).

Nevoia Autorităţii Contractante, astfel cum este clar exprimată prin obiectul achiziţiei, este de Vaccin PCV, ceea ce semnifică că toate şi oricare din formele menţionate în caietul de sarcini ale unui astfel de vaccin îndeplinesc această nevoie, fiind indiferent care formă/ forme va/ vor fi efectiv achiziţionată/e de Autoritatea Contractantă, întrucât sunt considerate echivalente.

Autoritatea a dat practic, în mod corect, oportunitatea tuturor vaccinurilor autorizate la data publicării anunţului de participare de a participa în procedura, cu condiţia să îndeplinească condiţiile de administrare solicitate în documentaţia de atribuire, deci inclusiv pentru indicaţia pediatrică în discuţie.

PCV-20 a fost inclus în caietul de sarcini, în opinia intervenientului, deoarece la data publicării anunţului de participare acesta se afla deja în procedura de autorizare la Agenţia Europeană a Medicamentului pentru o variaţie de tip II de extindere indicaţiei pentru a include sugarii, copiii şi adolescenţii cu vârsta cuprinsă între 6 săptămâni şi mai puţin de 18 ani pentru prevenirea bolilor invazive, pneumoniei şi otitei medii acute cauzate de Streptococcus pneumoniae anterior lunii martie 2023. Conform calendarului de evaluare a variaţiilor de tip II procedura de evaluare este relativ scurtă, urmând de obicei un calendar de 60 - 90 de zile, care poate fi prelungit în anumite situaţii. Autoritatea nu avea cum sa prevadă dacă şi cu cât se va prelungi procedura de autorizare în cazul acestui vaccin şi la data publicării anunţului de participare (19 august 2023) a procedat la includerea acestui vaccin în caietul de sarcini.

Totodată însă, Autoritatea Contractantă nu poate regla calendarul de achiziţii după un calendar probabil de autorizări. La momentul la care Autoritatea Contractanta a stabilit necesitatea achiziţionării Vaccinului PCV, a asigurat posibilitatea de participare competitivă, aceasta rămânând valabilă chiar şi în ipoteza în care în care vaccinul contestatoarei nu îndeplineşte/ nu ar îndeplini toate cerinţele.

Din acest ultim considerent, susţinerea contestatoarei privind obligaţia stabilirii unei proceduri potrivite pentru specificul produsului solicitat este neavenită în opinia intervenientului.

Se reține de către intervenient că contestatoarea nu motivează în ce sens ar fi fost cumva încălcată această obligaţie şi nu detaliază nimic altceva.

Singura menţiune pe care o face este să citeze, dintr-o decizie a CNSC, fară să indice numărul acesteia şi fară să detalieze care este relevanţa în prezenta cauză.

Mai precis, citatul respectiv se referă la faptul că recunoaşterea autorităţii contractante a existenţei unui singur produs de acest fel, respectiv a faptului că, la data prezentei (n.n. decizii) este autorizat un singur medicament cu 13 antigene, respectiv Prevenar 13, impune organizarea unei proceduri de excepţie.

Fiind în discuţie Prevenar 13, rezultă faptul că este vorba de Vaccinul PCV cu 13 valenţe, vaccin care aparţine tot contestatoarei. Mai mult, din citatul respectiv rezultă o altă ipoteză, diferită de cea din prezenta cauză - respectiv ipoteza în care, Prevenar 13 era, la acel moment, singurul produs

autorizat care forma obiectul procedurii de achiziţie. În acest context, CNSC a apreciat că era necesară organizarea unei proceduri de excepţie.

Mai precis, decizia CNSC din care s-a citat doar paragraful respectiv (aflat la pag 20, paragraf antepenultim, ultima teză) privea o procedură competitivă în condiţiile în care obiectul acesteia era reprezentat de un singur produs în piaţă, iar CNSC a indicat faptul că, în aceste condiţii, procedura de achiziţie ce putea fi demarată era una de excepţie (respectiv negocierea directă fară publicarea unui anunţ de participare). Or, aceasta nu are legătură cu prezenta cauză - chiar şi în imposibilitatea participării cu forma vaccinului PCV cu 20 de valenţe, tot rămân alte două forme (Prevenar 13 şi Vaxneuvance).

Mai mult decât atât, legea şi jurisprudenţa este în sensul celor arătate anterior, recunoscând dreptul Autorităţii contractante de a alege atât produsele, cât şi procedura pe care înţelege să o utilizeze în achiziţionarea respectivelor produse, precum şi indicarea specificaţiilor tehnice.

Referitor la pretinsa nelegalitate a răspunsurilor la întrebările 25 şi 51 din Răspunsul 1, intervenientul reține că acest aspect de pretinsă neregularitate priveşte art. 11.3 din modelul de contract subsecvent potrivit căruia Autoritatea Contractantă îşi rezervă dreptul de a denunţa contractul în situaţia în care furnizorul ar intra în procedura insolvenţei.

În cuprinsul solicitărilor de clarificări s-a pus în discuţie nelegalitatea clauzei anterior menţionate raportat la dispoziţiile art. 123 alin. (1) teza a două din Legea insolvenţei nr. 85/2014 potrivit cărora orice clauze contractuale de desfiinţare a unui contract în derulare pentru motivul deschiderii procedurii insolvenţei se consideră nescrise.

Autoritatea Contractantă a răspuns în sensul că nu acceptă eliminarea clauzei în discuţie întrucât această clauză are în vedere reglementările în materia achiziţiilor publice referitoare la motivele de excludere.

Cu alte cuvinte, Autoritatea Contractantă a clarificat faptul că rezervarea dreptului de denunţare a contractului pentru motiv de intrare a furnizorului în insolvenţa este cu aplicarea prevederilor legislaţiei achiziţiilor publice în materie.

În acest context în care Autoritatea Contractantă a arătat practic că dreptul rezervat de denunţare a contractului în această ipoteză poate fi exercitat în condiţiile legii, nu apare o vătămare a contestatoarei. Mai mult, acest drept de denunţare nu se poate exercita automat, prin simpla deschidere a unei proceduri de insolvenţă şi nici nu există o contrarietate cu prevederile Legii insolvenţei nr. 85/2014. Pe de altă parte, contestatoarea este una dintre cele mai mari multinaţionale la nivel global.

În acest context, nu rezultă că ar exista o vătămare şi nici un interes în invocarea acestei pretinse ne regularităţi.

Se menționează că, clauza în discuţie nu este nelegală, intervenientul având în vedere în acest sens faptul că:

În primul rând, clauza în discuţie nu prevede obligativitatea denunţării contractului atunci când furnizorul intră în procedura insolvenţei. Aceasta prevede faptul că Autoritatea Contractantă poate denunţa contractul, în condiţiile legii (aspect rezultat şi din Răspunsul 1).

În al doilea rând, este de menţionat faptul că Legea 98/2016 privind achiziţiile publice are caracter de lege specială raportat la Legea insolvenţei 85/2014 din perspectiva normelor de privesc insolvenţa. Prin urmare, devine incident principiul specialia generalibus derogant, dispoziţiile din materia achiziţiilor publice privind insolvenţa aplicându-se cu prioritate faţă de cele din Legea insolvenţei nr. 85/2014.

În al treilea rând, din interpretarea prevederilor relevante din ambele acte normative, nici măcar nu rezultă o nelegalitate a clauzei în discuţie.

Mai precis, potrivit Legii nr. 98/2016:

Conform art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea 98/2016, „Autoritatea/entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a *contractului de achiziţie publică/sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se ajlă se află în procedura insolvenţei sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activităţii".*

Prin excepţie, alin. (2) al aceluiaşi articol prevede că autoritatea/ entitatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvenţă atunci când, pe baza informaţiilor şi/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabileşte că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziţie publică/sectorial/acordul-cadni, ţinând cont de măsurile adoptate de respectivul operator economic privind continuarea activităţii.

Demonstrarea faptului că operatorul economic în cauză are capacitatea de a executa contractul presupune, conform tezei a 2-a a alin. (2) anterior precizate, că respectivul operator economic se află fie în faza de observaţie şi a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activităţii curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară şi respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanţă.

Prin urmare, în materia achiziţiilor publice, intrarea în insolvenţă nu conduce automat la excluderea operatorului economic, ci numai în situaţia în care operatorul economic respectiv nu poate dovedi că are capacitatea de a executa contractul.

Potrivit Legii Insolvenţei 85/2014 (art.5), procedura insolvenţei presupune posibilitatea existenţei a 3 faze (i) perioada de observaţie, (ii) procedura de reorganizare, (iii) procedura falimentului, iar denunţarea contractelor în derulare este posibilă în condiţiile prevăzute de această lege (de către/ cu acordul administratorului/ lichidatorului judiciar sau în lipsa unui răspuns al acestuia la notificarea de denunţare).

Primele două faze menţionate, perioada de observaţie şi perioada de reorganizare, sunt menţionate în cuprinsul art. 167 alin. (2) din Legea 98/2016 în sensul anterior menţionat, respectiv că operatorul economic nu va fi exclus dacă se află în procedura insolvenţei în oricare din aceste două faze şi face dovada, într-o manieră sustenabilă că poate continua activitatea curentă sau, după caz, că respectă graficul de implementare al planului de reorganizare.

În ceea ce priveşte a treia fază, cea a procedurii falimentului, Legea Insolvenţei nr. 85/2014 nu interzice denunţarea contractelor, iar, în

materia achiziţiilor publice, denunţarea contractului devine inerentă, nemaiputând exista capacitatea de executare a acestuia.

Aceasta întrucât procedura falimentului reprezintă faza în care începe lichidarea averii debitorului pentru acoperirea pasivului, urmată de radierea acestuia din registrul în care este înmatriculat (art. 5 pct. 45 din Legea insolvenţei nr. 85/2014).

În această fază, potrivit art. 145 alin. 2, *prin hotărârea prin care se decide intrarea în faliment, judecătorul- sindic va pronunţa dizolvarea debitorului persoană juridică şi va dispune: a) ridicarea dreptului de administrare al debitorului; (...) d) termenul maxim de la intrarea în faliment în cadrul procedurii generale, de predare a gestiunii averii de la debitor/administratorul judiciar către lichidator judiciar, împreună cu lista actelor şi operaţiunilor e fectuate după deschiderea procedurii prevăzute la art. 84 alin. (2);*

Intervenientul arată că verificarea acestui criteriu de excludere nu se face exclusiv înaintea semnării contractului, ci se poate face şi pe parcursul derulării unui contract.

Referitor la pretinsa nelegalitate a răspunsurilor la întrebările 6, 28 şi 52 din Răspunsul 1 [Secţiunea 6.1. din Contestaţie], intervenientul remarcă faptul că în susţinerea acestei pretinse nelegalităţi a răspunsurilor la întrebările 6, 28 şi 52 din cadrul Răspunsului 1, contestatoarea arată, în esenţă, o aparentă contradicţie între argumentele Autorităţii contractante şi răspunsurile primite.

În esenţă, clarificările în discuţie privesc art. 20.1 (inclus în capitolul Denunţarea unilaterală) din cuprinsul Modelului de contract subsecvent potrivit căruia:

Achizitorul îşi rezervă dreptul de a renunţa la contract, printr-o notificare scrisă adresată furnizorului, fără nici o compensaţie, dacă împotriva acestui din urmă este pronunţată o decizie a Curţii Europene de Justiţie. Justiţie, a CNSC sau a instanţelor de judecată.

Articolul în cauză a făcut obiectul a trei întrebări la care Autoritatea contractantă a oferit răspunsuri specifice, în funcţie de întrebările operatorilor economici, fiecare întrebare având o solicitare particulară - respectiv:

(a) Întrebarea şi răspunsul 6

Î: *(...) Această prevedere contractuală, care are semnificaţia unei clauze de reziliere a contractului, din motive imputabile furnizorului, considerăm că se impune afi eliminată sau clarificată prin precizarea unor detalii suplimentare legate de obiectul eventualelor decizii care ar putea fi pronunţate împotriva furnizorului de către entităţile menţionate. În formularea actuală, clauza este susceptibila de multiple interpretări şi poate determina rezilierea unilaterala a contractului în mod discreţionar, la iniţiativa achizitorului.*

R: *Nu se acceptă solicitarea de eliminare a pct. 20.1 din modelul de contract subsecvent. Punctul 20.1 din modelul de contract subsecvent ţine cont de prevederile art. 223 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare. In plus, articolul 223 mai sus menţionat detaliază circumstanţele în care această clauză poate fi pusă*

în aplicare, neexistând sub nicio formă premisele rezilierii contractului în mod discreţionar.

(b) Întrebarea şi răspunsul 28

Î: *Cu privire la clauza 20.1 vă solicităm să acceptaţi următoarea reformulare, pentru o corelare adecvată cu prevederile similare ale art. 223 alin. (1) litera b) din Legea 95/20162:*

„20.1 Achizitorul îşi rezervă dreptul de a renunţa la contract, printr-o notificare scrisă adresată furnizorului, fără nici o compensaţie, dacă împotriva acestuia din urmă este pronunţată o decizie a Curţii Europene de Justiţie care constată o încălcare gravă a obligaţiilor care rezultă din legislaţia europeană relevantă".

R: *Nu se acceptă modificarea. Propunerea face referire doar la situaţia pronunţării unei decizii de către Curtea Europeană de Justiţie şi nu şi de către instanţele române.*

Ca atare, întocmai datorită naturii instituţiei denunţării - ca aplicaţie întocmai a principiului pacta sunt servanta, prevederea este evident clară şi fară a fi necesar a fi modificată printr-o versiune propusă de un operator economic, întinderea clauzei fiind neechivocă.

(c) Întrebarea şi răspunsul 52

Î: *Vă rugăm să clarificaţi dacă art. 20.1. din Modelul de Contract subsecvent vizează orice decizie pronunţată de Curtea Europeană de Justiţie, de CNSC sau de instanţele de judecată împotriva furnizorului, indiferent de obiectul unei astfel de decizii sau dacă această prevedere vizează decizii pronunţate de Curtea Europeană de Justiţie, de CNSC sau de instanţele de judecată împotriva furnizorului în legătură cu prezenta procedură de achiziţie.*

R: *Prevederea vizează deciziile luate de Curtea Europeană de Justiţie, de CNSC sau de instanţele de judecată împotriva furnizorului în legătură cu încălcarea gravă a obligaţiilor care rezultă din legislaţia europeană şi naţională relevante.*

Practic, Autoritatea Contractantă a clarificat în sensul că poate renunţa la/ denunţa contractul în situaţia în care se constată o încălcare gravă de către furnizor a obligaţiilor care rezultă din legislaţia europeană şi naţională relevante prin hotărâre pronunţată de Curtea Europeană de Justiţie, de CNSC sau de instanţele de judecată.

Acest drept al Autorităţii Contractante a fost inserat (redactat) ţinând cont de prevederile art. 223 şi nu în temeiul exclusiv al punctelor a) şi b) ale alineatului 1 din acest articol de lege.

Prin urmare, o Autoritate Contractantă are obligaţia de a introduce în cuprinsul contractelor de achiziţie publică clauzele obligatorii prevăzute de lege. Aceasta nu înseamnă că Autoritatea Contractantă nu poate introduce şi alte clauze contractuale.

În situaţia specifică în discuţie, principiul rezultă din cuprinsul alineatului 2 coroborat cu prima sintagmă din aliniatul 1 şi din includerea întregului art. 223 în Capitolul VI intitulat cazuri specifice de încetare a contractului de achiziţie publică.

Practic, clauza contractuală în discuţie are menirea de a proteja Autoritatea Contractantă în situaţia în care co-contractantul său a încălcat grav prevederile legale relevante în materie şi această încălcare a fost

constatată de o autoritate competentă (Curtea Europeană de Justiţie, CNSC sau instanţele române).

Se menționează că prevederea de la art. 223 din Legea 98/2016 reprezintă transpunerea art. 73 - încetarea contractului, din Directiva 2014/24/UE din 26 februarie 2014 privind achiziţiile publice şi de abrogare a Directivei 2004/18/CE („Directiva privind achiziţiile publice").

Astfel, Directiva prevede un minim în sarcina statelor membre, respectiv, să asigure încetarea contractului în cazul încălcării grave a obligaţiilor declarată printr-o decizie CJUE. Acest minim este confirmat de sintagma: *cel puţin în următoarele circumstanţe (...).*

În acest context, în care, clauza contractuală în discuţie este legală şi are menirea de a proteja Autoritatea Contractantă în situaţia în care co-contractantul său a încălcat grav prevederile legale relevante în materia achiziţiilor publice şi această încălcare a fost constatată de o autoritate competentă (Curtea Europeană de Justiţie, CNSC sau instanţele române), intervenientul susține că se pune în discuţie, din nou, care ar fi vătămarea contestatoarei și interesul legitim în invocarea pretinsei neregularităţi - este totuşi în discuţie ipoteza încălcării grave a prevederilor din materia achiziţiilor publice constate de către o instanţă.

Cu privire la pretinsa nelegalitate a răspunsului la întrebarea 53 din Răspunsul 1, intervenientul reține că prin contestaţia formulată, contestatoarea este nemulţumită, în esenţă, de prevederea din art. 20.2. din Modelul de contract subsecvent în care este prevăzut un al doilea caz de denunțare unilaterală.

Astfel, art. 20.2 din Modelul de contract subsecvent priveşte:

Achizitorul îşi rezervă dreptul de a renunţa la contract, printr-o notificare scrisă adresată furnizorului, fără nici o compensaţie, dacă furnizorul de regăseşte într-tina din situaţiile ele excludere prevăzute de Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare, cu condiţia ca această anulare să nu prejudicieze sau să afecteze dreptul la acţiune sau despăgubire pentru furnizor.

Prin întrebarea 53 (Răspunsul 1), s-a solicitat o clarificare a acestei prevederi legale prin trimitere la art. 223 din Legea 98/2016, astfel:

Legea 98/2016 prevede, în art. 223, că analiza regăsirii operatorului într-una dintre situaţiile de excludere prevăzute de art. 164 - 167 se face raportat la momentul atribuirii Acordului-cadru, nu la un moment ulterior. Vă rugăm să clarificaţi la ce moment trebuie să existe situaţiile de excludere prevăzute de Legea nr. 98/2016 pentru a atrage renunţarea la contract potrivit art. 20.2.

Prin răspunsul la întrebarea 53, Autoritatea contractantă a arătat expres:

Analiza regăsirii operatorului economic într-una din situaţiile de excludere se va e fectua şi în situatia organizării reluărilor de competiţie în vederea atribuirii contractelor subsecvente.

Urmare a acestui răspuns, contestatoarea susţine o pretinsă nelegalitate a răspunsului la această întrebare întrucât, în opinia acesteia, art. 164-167 din Legea 98/2016 sunt prevederi ce conţin motive de excludere a ofertantului din procedura de atribuire a Acordului-cadru, cerinţe ce se verifică cu întâietate, pentru a exclude operatorii economici

incompatibili din procedură, înainte de a analiza conformitatea ofertelor, nicidecum o cerinţă ce va fi reanalizată cu ocazia reluării competiţiei, solicitând astfel CNSC să oblige autoritatea să clarifice faptul că motivele de excludere la care face referire clauza 20.2. sunt analizate prin raportare la momentul atribuirii acordului-cadru.

Numai că, contrar aprecierilor contestatoarei, Autoritatea contractantă are temei pentru a se raporta la motivele prevăzute de art. 164-167 din Legea 98/2016 ulterior atribuirii contractului-cadru.

În primul rând, în tot cuprinsul Documentaţiei de atribuire, atribuirea contractelor subsecvente prin reluarea procedurii este expres prevăzută, neexistând niciun dubiu asupra acestui aspect:

(a) În Anunţul de participare, la Secţiunea VI.3. - Informaţii suplimentare.

(b) În Fişa de date:

(i) Secţiunea IV. 1.3. - Informaţii privind un acord-cadru sau un sistem dinamic de achiziţii: *Contractele subsecvente se atribuie prin reluarea competiţiei: Da*

Cu reluarea competiţiei in SEAP: Da

(ii) Secţiunea VI.3. - Informaţii suplimentare: Reluarea competiţiei

Reluarea competiţiei în vederea atribuirii contractelor subsecvente se va face prin intermediul SEAP, în conformitate cu prevederile art. 116 alin. (2) din HG 395/2016.

Ofertele depuse în cadnil reluării competiţiei trebuie să îndeplinească obligatoriu cel puţin specificaţiile tehnice şi factorii de evaluare ofertaţi iniţial, în baza cărora a fost semnat acordul cadru.

Reluarea competiţiei, în vederea atribuirii contractelor subsecvente, se va face de către ..... şi va avea loc ori de câte ori achizitorul intenţionează să încheie un contract subsecvent.

Elementele care fac obiectul reluării competiţiei şi care stau la baza aplicării criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate - preţ" sunt: preţul ofertat şi termenul de livrare ofertat.

(c) Aspectele precizate anterior la lit. (b) pct. (ii) sunt reluate în Modelul de acord-cadru, la clauza 10, denumită generic, *Reluarea competiţiei.*

În al doilea rând, art. 188 alin. (1) lit. b) coroborat cu art. 119 din Legea 98/2016 (dispoziţii legale incluse, de altfel, în Subsecţiunea 1, Paragraful 1: Acordul-cadru) stabilesc în mod expres faptul că, în ipoteza în care executarea acordului-cadru are loc cu reluarea competiţiei, autoritatea contractantă va relua competiţia pe baza aceloraşi termeni şi condiţii aplicate pentru atribuirea acordului-cadru.

Este astfel evident că dispoziţiile art. 164-167 privind cazurile/ motivele de excludere ale operatorilor economici intră în noţiunea de aceeaşi termeni şi condiţii aplicate pentru atribuirea acordului-cadru, neexistând nicio limitare ori particularizare a prevederilor legale care să excludă/ interzică (re)verificarea ipotezelor de excludere (doar) ale operatorilor economici cu care va fi încheiat acordul-cadru, la momentul demarării competiţiei în vederea încheierii contractelor subsecvente. Astfel:

(a) Art. 188 alin. (1) lit. b) - *(1) În cazul în care acordul-cadru este încheiat cu mai mulţi operatori economici, acordul-cadru se executa în unul dintre următoarele moduri: (...)*

b) cu reluarea competiţiei între operatorii economici care sunt parte la acordul-cadru, în cazul în care acordul-cadru nu stabileşte toţi termenii şi condiţiile care reglementează execuţia lucrărilor, prestarea serviciilor şi furnizarea produselor care constituie obiectul său,

(b) Art. 119 - În cazurile prevăzute la art. 118 alin. (1) lit. b) şi c), *autoritatea contractantă reia competiţia pe baza aceloraşi termeni şi condiţii aplicate pentru atribuirea acordului-cadru, detaliate acolo unde este necesar şi completate dacă este cazul cu alţi termeni şi condiţii prevăzute în documentaţia de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire a acordului-cadru, şi cu respectarea următoarelor reguli procedurale. (..)*

Or, ceea ce critică contestatoarea este că Autoritatea contractantă

- în ciuda faptului că reluarea procedurii este expres prevăzută de Documentaţia de atribuire, aspect care implică, în mod evident, şi respectarea prevederile legale care reglementează expres această ipoteză,

nu a făcut nicio menţiune expresă despre reanalizarea motivelor de excludere (şi) la momentul reluării competiţiei, nu doar la momentul atribuirii acordului-cadru.

Şi faţă de această critică, intervenientul arată că prevederile art. 20 din cuprinsul Paragrafului 1 - Consideraţii generale referitoare la Documentaţia de atribuire (Secţiunea 4) din Normele metodologice stabilesc setul minim de informaţii care trebuie să se regăsească în situaţia în care Autoritatea contractantă intenţionează să încheie un contract de tipul acordului-cadru, iar, Autoritatea contractantă a adresat toate aceste informaţii minime:

Art. 20 alin. (8) în cazul acordului-cadru, anunţul de participare/ simplificat trebuie sa conţină şi un set minim de informaţii specifice referitoare la:

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

- informaţie oferită de Autoritatea contractantă, respectiv, 7 operatori economici;

b) *opţiunea de a atribui contractele subsecvente încheierii acordului-cadru cu / fără reluarea competiţiei, în cazul în care acordul-cadru urmează să fie încheiat cu mai mulţi operatori economici;*

- informaţie oferită de Autoritatea contractantă, respectiv, opţiunea de a atribui contractele subsecvente încheierii acordului-cadrul cu reluarea competiţiei;

c) *opţiunea de a atribui contracte subsecvente prin reluarea competiţiei utilizând etapa finală de licitaţie electronică, în cazul în care acordul-cadru este încheiat cu mai mulţi operatori economici;*

- informaţie oferită de Autoritatea contractantă, respectiv, opţiunea de a atribui contractele subsecvente utilizând etapa finală de licitaţie electronică, prin trimiterea la art. 116 alin. (2) din Normele metodologice;

d) *frecvenţa de atribuire a contractelor subsecvente;*

- informaţie oferită de Autoritatea contractantă, respectiv, Secţiunea IV. 1.3. din Fişa de date;

e) *criteriul de atribuire şi, după caz, factorii de evaluare care urmează să se aplice pentru atribuirea contractelor subsecvente, precum şi orice alte reguli aferente. în cazul în care atribuirea contractelor respective urmează să se realizeze prin reluarea competiţiei sau parţial prin reluarea competiţiei;*

- informaţie oferită de Autoritatea contractantă, citată anterior la secţiunea 6.3.1. lit. (b) pct. (ii) din prezenta cerere de intervenţie;
- de asemenea, preţul ofertei - componenta financiară, precum şi termenul de livrare al produselor - componenta tehnică au fost indicate ca intrând în licitaţia electronică şi în reluarea competiţiei - Secţiunea II.2.5. - Criterii de atribuire.

f) *estimări ale cantităţilor minime şi maxime care ar putea fi solicitate pe clurata întregului acord- cadru, precum şi ale cantităţilor minime şi maxime care ar putea face obiectul unui singur contract subsecvent dintre cele care minează să fie atribuite pe durata acordului-cadru;*

- informaţie oferită de Autoritatea contractantă, respectiv, Secţiunea II.2.4. din Fişa de date;

g) *estimarea valorii celui mai mare contract subsecvent care urmează să fie atribuit pe durata acordului-cadru.*

- informaţie oferită de Autoritatea contractantă, respectiv, Secţiunea II.2.4. din Fişa de date;

h) *estimarea valorii maxime a acordului-cadru.*

- informaţie oferită de Autoritatea contractantă, respectiv, Secţiunea II.2.4. din Fişa de date.

Astfel, pretinsa nelegalitate indicată de contestatoare ca fiind o carenţă în legătură cu informaţiile ce se impun a fi aduse la cunoştinţa operatorilor economici nu este susţinută.

În consecinţă, în procedura privind încheierea unui contract subsecvent ce urmează a fi încheiat în temeiul unui acord-cadru, într-o procedură cu reluarea competiţiei, competiţia se impune a fi reluată:

-pe de o parte, pe baza aceloraşi termeni și condiţii aplicate pentru atribuirea acordului-cadru. [art. 188 alin. (1) lit. b) coroborat cu art. 119 din Legea 98/2016] iar,

-pe de altă parte, pe baza unor condiţii specifice/proprii, particulare, precum şi orice alte reguli aferente [art. 20 alin. (8) din Normele metodologice],

În consecinţă, intervenientul afirmă că Autoritatea contractantă are obligaţia legală de a relua competiţia în aceeaşi termeni şi condiţii ca cele privind încheierea acordului-cadru, în vederea încheierii contractelor subsecvente - ca modalitate de executare a acordului-cadru, înţelegând prin aceasta inclusiv aplicarea prevederilor art. 164-167 din Legea 98/2016, astfel că pretinsele critici ale contestatoarea se impun a fi respinse ca neîntemeiate.

Şi în această ipoteză, se pune în discuţie interesul contestatoarei şi vătămarea produsă – în discuție fiind motive de excludere.

Referitor la pretinsa nelegalitate a răspunsului la întrebarea 46 din Răspunsul 1, intervenientul observă că criticile contestatoarei privesc răspunsul Autorităţii contractante la solicitarea de clarificări privind

menţiunea din cuprinsul Fişei de date indicată la Secţiunea II.2.5. - Criterii de atribuire, ce indică: -

Nerespectarea termenelor ofertate atrage după sine nulitatea respectivelor contracte subsecvente.

Astfel, faţă de această menţiune, a fost formulată întrebarea 46, fiind solicitat Autorităţii contractante să clarifice dacă această menţiune reprezintă o cauză de nulitate sau o cauză de reziliere a contractelor subsecvente.

Răspunsul Autorităţii contractante a fost în sensul în care: - *Prevederea citată din fişa de date nu reprezintă o clauză contractuală, ci are rol informativ.*

Practic, Autoritatea Contractantă a clarificat faptul că, prin sintagma utilizată nu a avut în vedere să prevadă contractual, ca sancţiune, o cauză de nulitate a contractelor subsecvente pentru nerespectarea termenelor ofertate.

În acest context, contestatoarea solicită *înlocuirea sancţiunii nulităţii prevăzută la secţiunea II. 2.5. din Fişa de Date, sancţiune prevăzută pentru nerespectarea termenelor de livrare ofertate, cu sancţiunea rezilierii,* susţinând, în esenţă, că Autoritatea contractantă nu ar fi clarificat acest aspect.

În primul rând, se pune în discuţie care este vătămarea contestatoarei şi interesul său, în condiţiile în care Autoritatea Contractantă a clarificat că menţiunea respectivă nu este clauză contractuală, iar clarificările Autorităţii Contractante fac parte din documentaţia de atribuire, fiind astfel obligatorii.

În al doilea rând, pe fond, contrar criticilor contestatoarei, menţiunea din cuprinsul Fişei de date este clarificată de Autoritatea contractantă - menţiunea în cauză nu este o clauză contractuală. Prin urmare, rezultă faptul că, în ipoteza unei eventuale nerespectări a termenelor ofertate nu va fi în discuţie sancţiunea nulităţii contractului subsecvent.

În cazul nerespectării obligaţiilor contractuale, inclusiv a termenelor ofertate, documentaţia de atribuire prevede consecinţele, respectiv:

(a) Tot în cuprinsul Secţiuni II.2.5. din Fişa de date, paragraful anterior menţiunii criticate, stabileşte expres că: - *În situaţia în care un operator economic nu îşi mai poate îndeplini obligaţiile contractuale care îi revin, autoritatea contractantă va relua competiţia, potrivit prevederilor art. 110 alin. (1), coroborat cu art. 111 alin. (3) din HG nr. 395/2016.*

Art. 110 alin. (1) din Normele metodologice prevede: - *În condiţiile art. 118 din Lege, în cazul în care acordul-cadru este încheiat cu mai mulţi operatori economici, iar contractele subsecvente urmează să fie atribuite prin reluarea competiţiei, autoritatea contractantă are obligaţia, ori de câte ori decide achiziţionarea produselor/setvicii lor/lucrărilor care fac obiectul acordului respectiv, să transmită concomitent o invitaţie de participare la reofertare către toţi operatorii economici semnatari ai acordului-cadru.*

Art. 111 alin. (3) din Normele metodologice prevede: - *Operatorul economic în culpă va suferi consecinţele prevăzute în acordul-cadru pentru neîndeplinirea obligaţiilor în sarcina sa.*

Prin urmare, autoritatea contractantă, prin informaţiile cuprinse în Fişa de date şi normele legale indicate, a arătat expres că, în ipoteza în

care un operator economic nu îşi mai poate îndeplini obligaţiile contractuale care îi revin, operatorul economic în culpă va suferi consecinţele prevăzute în acordul-cadru pentru neîndeplinirea obligaţiilor în sarcina sa.

(b) Potrivit art. 15.2 din Modelul de Acord - Cadru, sancţiunea pentru neîndeplinirea sau îndeplinirea necorespunzătoare a obligaţiilor contractuale este rezilierea contractului.

Prin urmare, intervenientul susține că, critica contestatoarei este, cel puţin, nefondată.

Pentru toate aceste motive, intervenientul solicită Consiliului să admită prezenta cerere de intervenţie şi, în consecinţă, să dispună respingerea contestaţiei formulate de ..... ca neîntemeiată.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ..., contestatorul formulează *Concluzii scrise* împotriva cererii de intervenţie înaintată de ..... în data de 15.12.2023, în care sunt criticate argumentele din contestaţie („Cererea de intervenţie") şi împotriva Punctului de vedere al Autorităţii contractante, transmis în data de 20.12.2023 („Punctul de vedere"), precum şi cu privire la elementele noi descoperite ca urmare a consultării dosarului achiziţiei.

Prin prezentele Concluzii scrise, contestatorul solicită Consiliului:

I. Respingerea ca neîntemeiată a excepţiei lipsei interesului invocate de .....;

II. Respingerea argumentelor din Cererea de intervenţie ca nefondate;

III. Respingerea argumentelor din Punctul de vedere ca nefondate;

IV. Admiterea capetelor de cerere formulate prin Contestaţie.

Pentru a dispune în sensul arătat mai sus, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere următoarele motive:

1. Aspecte prealabile cu privire la interesul ..... în formularea contestaţiei:

Pentru a clarifica situaţia de fapt şi, prin urmare, şi interesul ..... în formularea contestaţiei din prezentul dosar, contestatorul aduce la cunoştinţa Consiliului următoarele aspecte relevante:

a. ..... SRL este un operator economic interesat să participe în cadrul procedurii de achiziţie „Achiziţia publică de vaccin pneumococic polizaharidic conjugat", nr. anunţ de participare .... („Procedura de achiziţie"), având în portofoliul său de produse vaccin pneumococic polizaharidic conjugat 13-valent („PCV-13"), care face obiectul procedurii de achiziţie, conform caietului de sarcini.

b. ..... SRL, de asemenea, deţine în portofoliu şi vaccinul pneumococic polizaharidic conjugat 20-valent („PCV-20"), de asemenea cuprins în caietul de sarcini, fiind unicul producător de astfel de vaccin.

c. ..... SRL este, în prezent, contractant în Acordul-cadru nr. 159/21.12.2021 încheiat cu ..... pentru furnizarea de PCV-13, ca urmare a unei proceduri de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare, conform art. 104, alin. (1), lit. b) din Legea 98/2016. Acordul-cadru este încheiat pe o durată de 4 ani pentru furnizarea de PCV- 13 pentru imunizarea la nivel naţional conform Programului Naţional de Vaccinare, iar Societatea are în prezent contracte subsecvente deja executate sau în curs de executare.

Astfel, este evident interesul legitim al Societăţii cu privire la înaintarea contestaţiei pentru soluţionarea neregulilor din documentaţia de atribuire, nereguli care pot afecta o interpretare unitară şi o aplicare a documentaţiei conform cu dispoziţiile legale relevante. Acest fapt este de natura a afecta participarea oricărui operator economic interesat în procedura de achiziţie şi de a periclita respectarea principiilor generale ale achiziţiilor publice, astfel cum sunt enunţate în art. 2 din Legea 98/2016.

O interpretare contrară a condiţiei interesului legitim ar duce la imposibilitatea efectivă a oricărui operator economic să depună o contestaţie împotriva clarificărilor sau documentaţiei de atribuire ale căror elemente le consideră nelegale. Identifică petentul în cadrul capitolelor următoare vătămarea creată prin conduita, în opinia sa nelegală, a Autorităţii contractante, conduită manifestată prin vicii ale documentaţiei care fac obiectul Contestaţiei. De asemenea, va face trimitere şi la paragrafele din Contestaţie în care au fost descrise mai pe larg aceste vătămări pentru a clarifica faptul că, în mod tendenţios, Intervenienta susţine că ..... nu a dovedit un interes în formularea Contestaţiei.

De altfel, Intervenienta nici nu a indicat un interes practic în formularea Intervenţiei, conform dispoziţiilor art. 61 C.proc.civ., limitându-se la a justifica un interes cu privire la participarea la procedură. Or, intervenţia reglementată de art. 17 alin. 3 din Legea 101/2016 se face în conformitate cu prevederile Codului de procedură civilă. Aşadar, pe lângă interesul de a participa la procedură, Intervenienta ar trebui să justifice un interes practic raportat strict la obiectul contestaţiei Societăţii. În orice caz, rezultă din cererea de intervenţie faptul că inclusiv Intervenienta pretinde că ar fi vătămată dacă ar fi admisă contestaţia Societăţii (Intervenienta urmărind ca PCV 20 să nu poată fi ofertat, iar accesul pe piaţă să fie blocat pentru următorii 4 ani, acest deznodământ fiind în avantajul acesteia). Cu alte cuvinte, Intervenienta nu face decât să confirme un interes major pentru menţinerea efectului practic vătămător pe care l-ar avea faţă de contestator menţinerea procedurii în forma adoptată şi clarificată de Minister.

Necesitatea eliminării PCV-20 din caietul de sarcini

Potrivit celor expuse deja în contestaţie, vaccinurile eligibile în procedura de achiziţie sunt cele cu 13, 15 sau 20 de valenţe şi care deţin, la momentul publicării anunţului de participare, autorizaţie de punere pe piaţă valabilă pentru România şi recomandare oficială pentru sugari (2 luni) şi copii mici, pentru respectarea Programului Naţional de Vaccinare. Acest moment al verificării îndeplinirii condiţiilor a fost modificat de ..... prin răspunsul la întrebarea nr. 29 din Răspunsul nr.l, stabilind că termenul se schimbă din „momentul publicării anunţului de participare" în „până la data termenului limită de depunere a ofertelor."

După cum a explicat contestatorul şi în punctul anterior, ... este unicul producător de PCV-20 la nivel internaţional. în prezent, după cum a punctat şi Intervenienta, PCV-20 nu deţine încă recomandarea oficială din partea Agenţiei Europene a Medicamentului pentru sugari şi copii mici. Prin urmare, singurul vaccin 20-valent existent în acest moment nu întruneşte, la momentul prezentei, condiţiile prevăzute în caietul de

sarcini, astfel că un produs considerat a face obiectul procedurii de către ..... şi considerat „important pentru procedură" nu există.

Mai mult, aşa cum şi Intervenienta a justificat în paragrafele 4.2.1 şi 4.2.2. din Cererea de intervenţie şi aşa cum ..... a comunicat Autorităţii contractante prin Adresa din data de 6 noiembrie 2023, nu este posibil ca PCV-20 să poată deveni eligibil pentru ofertare până în termenul limită de depunere a ofertelor.

Aşadar, obiectul achiziţiei cuprinde un produs care, din motive obiective, nu poate fi ofertat. Este irelevant faptul că ..... ar putea participa în procedură cu PCV-13 din perspectiva acestui motiv de contestaţie, contrar celor susţinute de ..... la pagina 4 din Punctul de vedere. De altfel, vătămarea descrisă de ..... la paragrafele (27)-(34) din Contestaţie nu se referă la o eventuală imposibilitate a contestatorului de a participa la procedură. Vătămarea este creată de faptul că, prin menţinerea PCV-20 în documentaţie, ... creează o aparentă (falsă) concurenţă, blocând intrarea pe piaţă a PCV-20 în următorii 4 ani (durata Acordului-cadru). Este evident injustă soluţia Ministerului Sănătăţii de a menţine în documentaţie un produs care nu poate fi ofertat, fără a identifica în acelaşi timp o soluţie prin care acest produs nou, odată ce va fi eligibil pentru Programul Naţional de Vaccinare, să poată fi inclus într-o procedură de achiziţie.

Se arată că jurisprudenţa s-a pronunţat în legătură cu necesitatea menţinerii unei competiţii reale şi nu crearea uneia artificiale, autorităţile contractante având obligaţia să aleagă procedura potrivită în funcţie obiectul acesteia.

După cum s-a statuat şi în jurisprudenţă şi după cum a arătat anterior petentul şi în contestaţie, Autoritatea contractantă are dreptul să aleagă obiectul achiziţiei conform necesităţilor sale, însă acest lucru nu aduce atingere obligaţiei care îi incumbă de a organiza procedura în conformitate cu necesităţile stabilite. După cum a fost menţionat şi în Referatul de necesitate nr. 12817/18.07.2023 („Referatul de necesitate"), Autoritatea contractantă doreşte „utilizarea unui vaccin care să asigure o acoperire cât mai mare a serotipurilor pneumococice identificate." Astfel, atât timp cât necesitatea este de a achiziţiona un vaccin care să asigure o acoperire cât mai mare, pentru achiziţia de PCV-20 va fi necesară o achiziţie separată, în momentul în care acesta va întruni condiţiile necesare pentru a fi inclus în Programul Naţional de Vaccinare.

Contrar acuzaţiilor nefondate ale Intervenientei, contestatorul susține că (i) nu încearcă prelungirea procedurii până la primirea recomandării oficiale pentru administrare la sugari şi copii mici, întrucât în urma parcurgerii atente a contestaţiei, Intervenienta ar fi putut observa capătul de cerere prin care contestatorul solicită CNSC eliminarea produsului din documentaţia de atribuire şi (ii) doreşte asigurarea unui cadru competitiv real, cu respectarea principiilor achiziţiilor publice, fapt ce nu poate fi asigurat atât timp cât întocmai obiectul achiziţiei este constituit din produse ce nu pot fi ofertate sau achiziţionate, fapt pe care Intervenienta îl ignoră.

Pe de altă parte, contestatorul observă că argumentele Autorităţii contractante din Punctul de vedere sunt contradictorii cu cele ale Intervenientei, de această dată contestatorul fiind acuzat de tergiversarea

procedurii pentru a se putea folosi în continuare de Acordul-cadru în curs. Cu privire la aceste alegaţii, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere următoarele:

a. Acordul-cadru încheiat cu ..... şi aflat în derulare conţine o clauză clară cu privire la încetarea anticipată a acestuia în momentul schimbării condiţiilor prevăzute de lege pentru negocierea fără publicare prealabilă a unui anunţ de participare, în cazul achiziţionării unui produs din sursă unică. Contestatorul a achiesat la aceste prevederi în momentul semnării Acordului-cadru în 2021, înţelegând necesitatea asigurării unui cadru competitiv pentru achiziţionarea de vaccinuri, în măsura în care, în prezent, există mai multe variante eligibile pentru Programul Naţional de Vaccinare (i.e., PCV-13 şi PCV-15 al Intervenientei).

b. În măsura în care ..... chiar ar fi intenţionat să menţină în vigoare acordul-cadru aflat în derulare, contestatorul ar fi avut la îndemână mijloace legale pentru a contesta prevederile contractuale care permit tocmai încetarea acestui acord (în curs) şi organizarea prezentei proceduri.

c. Dimpotrivă, ... recunoaşte dreptul Ministerului Sănătăţii de a organiza prezenta procedură şi şi-a manifestat dorinţa de a participa în prezenta procedură de achiziţie, deci nu este nici măcar în interesul contestatorului să tergiverseze o procedură în care doreşte să participe.

d. Participarea la o procedură competitivă presupune ca fiecare operator economic să beneficieze de tratament egal şi nediscriminatoriu, iar clarificarea interpretării şi legalităţii prevederilor din documentaţie sunt necesare pentru a asigura mediul competitiv corect.

Altfel spus, aşa cum Intervenienta are posibilitatea acum să intre pe piaţă deşi există un Acord-cadru în curs, datorită autorizării PCV-15, la fel doreşte şi ..... să beneficieze de acelaşi tratament şi să poată intra pe piaţă cu noul produs PCV-20, dacă şi după ce acesta va fi autorizat pentru administrarea la copii.

Contestatorul solicită Consiliului să observe că, în vreme ce ..... recunoaşte dreptul Autorităţii contractante de a organiza o nouă procedură, deşi la acest moment acordul cadru în vigoare o avantajează, în timp ce Intervenienta, care deţine doar o speranţă legitimă de a i se vedea atribuit rezultatul prezentei proceduri, manifestă un interes evident în blocarea unei posibile alte proceduri viitoare.

În ceea ce priveşte remediul indicat de contestator cu privire la această problemă, se învederează următoarele:

a. Conform celor prezentate în punctul anterior, ... este contractant într-un Acord-cadru de furnizare de PCV-13 pentru ....., Acord-cadru care prevede următoarea clauză de încetare anticipată a Acordului-cadru:

„Prezentul acord-cadru încetează de drept în momentul încetării condiţiilor specifice în care a fost iniţiată procedura de achiziţie, respectiv prevederile art. 104, alin. (I), Ut. b) din Legea 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare, dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiţii:

a) a fost autorizat de punere pe piaţă un nou vaccin polizaharidic conjugat 13-valent, adsorbit, care are aceleaşi indicaţii terapeutice ca şi produsul care face obiectul prezentului acord cadru;

b) a fost aprobat, conform prevederilor legale, preţul maximal cu amănuntul şi preţul cu ridicata, pentru noul vaccin polizaharidic conjugat 13-valent, adsorbit, care are aceleaşi indicaţii terapeutice ca şi produsul care face obiectul prezentului acord cadru;

c) Agenţia Naţională a Medicamentului şi Dispozitivelor Medicale a confirmat introducerea pe piaţa din România a noului vaccin polizaharidic conjugat 13-valent, adsorbit, care are aceleaşi indicaţii terapeutice ca şl produsul care face obiectul prezentului acord cadru, conform prevederilor legale,

d) autoritatea contractantă a finalizat procedura de achiziţie pentru noul vaccin polizaharidic conjugat 13-valent, adsorbit, care are aceleaşi indicaţii terapeutice ca şi produsul care face obiectul prezentului acord cadru, conform prevederilor legale."

b. Nici dispoziţiile art. 104 alin (1) lit. b) din Legea 98/2016 şi nici alte prevederi legale nu prevăd necesitatea/posibilitatea încetării contractului /acordului-cadru în momentul în care nu mai este respectată condiţia de la alin. b) (i.e., condiţia de sursă unică), acest lucru fiind expres prevăzut doar pentru cazul descris de lit. c) din articol, cu privire la motivele de extremă urgenţă, care în esenţă sunt temporare. Astfel, clauza a fost stabilită la nivel convenţional, fără legătură cu felul procedurii prin care a fost atribuit contractul.

În lumina celor prezentate mai sus, remediul propus de contestator este în linie cu practica Ministerului Sănătăţii în prezent, care urmăreşte interesul public, fiind constituit din inserarea unei clauze de natură convenţională, care respectă principiul egalităţii de tratament, astfel că nu poate fi vorba de o particularitate ce ar fi permisă doar în contextul unui anumit tip de procedură. Dacă se acceptă teoria Intervenientei, ar trebui să acceptăm că, în măsura în care Acordul-cadru în curs s-ar fi încheiat în baza unei licitaţii publice pentru PCV-13 (e.g., s-ar fi identificat și alte surse de aprovizionare pentru acest produs), ar fi fost legală blocarea accesului PCV-15 (al Intervenientei) până în 2025. Or, această distincţie cu privire la procedura organizată pentru achiziţia de PCV-13 nu ar trebui să aibă niciun impact negativ asupra accesului pe piaţa a PCV-15. Acelaşi raţionament trebuie, evident, păstrat şi cu privire la PCV-20.

Astfel, pentru a da şansa, în viitor, ca PCV-20 (sau un alt produs similar) să poată fi achiziţionat şi folosit în cadrul Programului Naţional de Vaccinare, ţinând cont că şi Autoritatea contractantă susţine importanţa acestui vaccin, contestatorul a propus o clauză similară celei Acordului-cadru în curs, pentru momentul în care PCV-20 va întruni toate condiţiile legale pentru a fi introdus în Programul Naţional de Vaccinare. Această clauză permite în prezent realizarea acestei proceduri competitive prin care vaccinuri noi să devină eligibile în cadrul Programului Naţional de Vaccinare. Evident, o astfel de clauză similară nu ar mai face trimitere la condiţiile art. 104 alin. (1) lit. b) din Legea 98/2016, având în vedere că acum este organizată o procedură de licitaţie directă. În schimb, clauza ar putea fi activată dacă pe piaţă este autorizat un nou produs pentru administrare în cadrul Programului Naţional de Vaccinare.

Mai mult, remediul propus de contestator poate fi înlocuit cu o altă variantă, fiind un simplu exemplu, în realitate, orice remediu care să permită o achiziţie ulterioară a PCV-20 (sau similar) în cadrul Programului Naţional de Vaccinare, astfel cum a fost posibil pentru PCV-15 prin clauza de încetare anticipată din Acordul-cadru actual ar fi mai potrivit decât modalitatea în care ..... a ales să demareze procedura, cu nerespectarea principiilor. De exemplu, ... poate reduce durata acordului-cadru de la 4 ani la 2 ani, ca măsură alternativă.

Având în vedere prejudiciul creat petentului prin reţinerea PCV-20 în documentaţie, care are ca efect în fapt blocarea accesului pe piaţă în ceea ce priveşte acest produs mai performant pentru următorii ani, nu se susţine nici critica Intervenientei cu privire la faptul că ofertantul a formulat contestaţia doar pentru a găsi „ceva" pentru a invoca. După cum a arătat, ... are un interes legitim în susţinerea acestor argumente, interes care coincide cu interesul public.

Necesitate susţinută de argumentele privind nelegalitatea procedurii care reiese din consultarea dosarului de achiziţie

Se reține că în data de 21.12.2023, contestatorul a avut acces la dosarul achiziţiei depus de Autoritatea contractantă la CNSC, împreună cu celelalte documente aferente prezentului dosar. În cadrul consultării dosarului, a avut acces, pentru prima dată, la informaţiile cuprinse în Referatul de necesitate.

Nelegalitatea săvârşită de ..... prin includerea PCV-20 în obiectul achiziţiei este evidentă din prisma menţiunilor cuprinse în Referat, în care se indică în mod clar, la pagina 3, produsele eligibile pentru achiziţie disponibile pe piaţă la momentul întocmirii documentului (i.e., PCV-13, în două forme de ambalare şi PCV-15, cu o formă de ambalare), stabilindu-se un preţ mediu per doză de 258,99 lei în baza preţurilor acestor produse.

În acelaşi timp, la pagina 4 din acelaşi document, Autoritatea contractantă recunoaşte că PCV-20 nu este autorizat pentru specificaţiile necesare includerii în Programul Naţional de Vaccinare, menţionând că produsul urmează să fie autorizat de Agenţia Europeană a Medicamentului.

Având în vedere acest aspect care a fost cunoscut de contestator doar din momentul consultării din data de 21.12.2023 a dosarului format la CNSC, informaţiile cuprinse în Referatul de necesitate sunt un motiv nou de nelegalitate care dovedeşte încălcarea prevederilor legale cuprinse în art. 2, alin.(2) lit. c) din H.G. 395/2016 care prevăd că pregătirea documentaţiei de atribuire se face cu respectarea necesităţilor transmise de compartimentele de specialitate. Mai mult, acest fapt dovedeşte încălcarea de către Autoritatea contractantă a obligaţiilor de transparenţă şi proporţionalitate prin raportare la produsele eligibile pentru Programul Naţional de Vaccinare astfel cum au fost specificate în Referatul de necesitate.

În acest sens, Agenţia Naţională pentru Achiziţii Publice explică în Ghidul pentru achiziţii publice („Ghidul") astfel:

„Procedurile de atribuire nu trebuie să se bazeze pe ipoteze care nu reflectă realitatea. în caz contrar, nu ar reprezenta nimic altceva decât

consum de resurse fără finalitate (scopul final al proceselor de achiziţie publică nu este semnarea unui contract, ci contribuţia la îndeplinirea obiectivului pentru care au fost demarate, respectiv satisfacerea necesităţii in condiţii de eficienţă economică şi socială).

Dacă activitatea de justificare a necesităţii prin intermediul Referatului de necesitate nu este efectuată, sau este efectuată superficial - fără a documenta în mod realist fundamentarea pentru informaţiile specifice din referat - există un risc ridicat de neîndeplinire a obiectivelor şi de consum de resurse în condiţii de ineficienţă şi neeconomicitate." [subl.ns].

Aşadar, este clară necesitatea eliminării PCV-20 din obiectul procedurii şi din perspectiva Referatului de necesitate, în care se menţionează că este în curs de autorizare şi, deci, nu este eligibil pentru Programul Naţional de Vaccinare, în contrast cu PCV-13 şi PCV-15, pentru care au fost identificate forme de ambalare şi în funcţie de care s-a calculat preţul mediu per doză pentru procedura de achiziţie .

Cu privire la formula de calcul pentru factorul de evaluare „Termen de livrare", în primul rând, contestatorul subliniază că nu contestă sub nicio formă modalitatea în care a fost prezentată formula de calcul în documentaţia de atribuire, contrar alegaţiilor Autorităţii contractante şi ale Intervenientei.

Capătul de cerere din contestaţie face referire la răspunsul de la întrebarea nr. 7 din Răspunsul nr. 2, în care Autoritatea contractantă menţionează că „pentru calculul punctajului aferent factorului de evaluare tehnic (termenul de livrare), platforma SEAP aplică un algoritm matematic, care este diferit de cel comunicat prin fişa de date a achiziţiei, acesta fiind motivul solicitării retransmiterii formularului de ofertă şi a centralizatorului de preţuri, întocmite potrivit celor ofertate în licitaţia electronică". Chiar dacă Autoritatea contractantă nu poate schimba algoritmul din SEAP, acest lucru are nicio relevanţă în contextul în care existenţa unei neconcordanţe între formula prezentă în documentaţie şi cea folosită de SEAP este de natură să încalce direct art. 117 din H.G. 395/2016.

În timp ce formula de calcul din documentaţie este previzibilă şi acceptată de la bun început, algoritmul matematic folosit de platformă este (a) diferit şi (b) încă necunoscut, astfel că un ofertant nu ar avea previzibilitatea formulei pentru a îşi putea adapta oferta în mod corespunzător în timpul licitaţiei electronice, chiar în ciuda celorlalte elemente vizibile, întrucât nu ar avea o percepţie corectă a ofertei clasate pe primul loc.

Din acest motiv, art. 117 din H.G. 395/2016 prevede clar că „licitaţia electronică se poate organiza numai în măsura în care facilităţile tehnice disponibile în cadrul SEAP permit aplicarea algoritmului de calcul stabilit de autoritatea contractantă", astfel că diferenţa dintre cele două formule încalcă prevederea legală citată şi este un motiv de nelegalitate a procedurii, iar în lipsa solicitării de clarificări, niciun operator economic nu ar fi putut cunoaşte că algoritmul prezentat în documentaţie nu este cel ce va fi aplicat prin platforma SEAP în cadrul licitaţiei electronice.

Situaţia este cu atât mai gravă cu cât operatorii economici nu aveau posibilitatea să afle aceste aspecte tehnice, indiferent de experienţa lor în

participarea în alte proceduri de achiziţie, întrucât aceştia nu au acces la vizualizarea algoritmilor folosiţi în platformă şi sunt străini de aspectele tehnice ale funcţionării SEAP, astfel că se pot baza doar pe transparenţa şi corectitudinea Autorităţii contractante în transmiterea, încă de la bun început, a modalităţii de evaluare a ofertelor. De altfel, chiar şi dacă petentul ar cunoaşte mecanismul de calcul din SEAP, tot nu ar fi suficient ca acesta să ştie în orice moment în licitaţia electronică oferta clasată pe primul loc, dacă SEAP nu afişează această ofertă potrivit formulei de calcul din documentaţia de atribuire.

Cu privire la clarificările oferite la întrebările 25 şi 51 din Răspunsul nr. 1, contrar celor susţinute de Autoritatea contractantă şi de Intervenientă, contestatorul arată că dispoziţiile legale din materia achiziţiilor publice nu stipulează prevederi derogatorii de la Legea insolvenţei 85/2014, întrucât cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea 98/2016 prevede în mod clar că Autoritatea contractantă exclude din „procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/sectorial/acord-cadru" ofertanţii care se află în procedura de insolvenţă. Se observă că nu este vorba de situaţia executării contractului, astfel că Autoritatea contractantă nu se poate prevala de dispoziţiile legale din materia achiziţiilor publice pentru a menţine clauza în contractul subsecvent, întrucât legislaţia din domeniu nu acoperă o astfel de situaţie.

Mai mult, alin. (2) din art. 167 din Legea 98/2016 citat de Intervenientă subliniază cu atât mai bine faptul că situaţia operatorului economic intrat în insolvenţă se verifică în cadrul procedurii, pentru a stabili capacitatea acestuia de a executa contractul de la bun început, în baza documentelor prezentate în faza evaluării ofertelor.

Reiterează contestatorul faptul că articolele 164-167 din Legea 98/2016 sunt încadrate în Capitolul IV, Secţiunea 6, Subsecţiunea 2, Paragraful 2 intitulat „Motive de excludere a candidatului/ofertantului", astfel că nu există prevederi speciale derogatorii de la art. 123 din Legea 85/2014, care prevede sancţiunea considerării ca nescrise a oricăror clauze contractuale care prevăd desfacerea contractului din cauza deschiderii procedurii.

Trimiterile Intervenientei la diferitele faze ale procedurii de insolvenţă nu au relevanţă în opinia petentului, întrucât clauza 11.3 din modelul de contract subsecvent prevede dreptul de a denunţa contractul în situaţia în care contractantul intră în insolvenţă, la fel cum şi art. 123 din Legea 85/2014 face referire în mod expres la clauze ce privesc desfacerea contractului pentru deschiderea procedurii. În acest sens, argumentele Intervenientei nu pot fi primite.

Cu privire la clarificările oferite la întrebările 6, 28, 52 și 53 din Răspunsul nr. 1, fără a repeta argumentaţia din contestaţie pe care o menţine în totalitate, contestatorul subliniază că cele două cazuri speciale de încetare a contractului prevăzute în art. 223 din Legea 98/2016 sunt preluate din dispoziţiile art. 73 din Directiva 2014/24/UE, după cum şi Intervenienta a subliniat în cerere. Acest articol din Directivă prevede dreptul statelor membre de a include cel puţin una dintre cele trei circumstanţe enunţate în textul Directivei cu privire la încetarea unui contract de achiziţii publice pe perioada sa de valabilitate. Cu toate că

textul Directivei prevede cauze de încetare a contractului, nicidecum un drept unilateral al Autorităţii contractante de a denunţa contractul pe lângă prevederile dreptului comun, legiuitorul a transpus art. 73 din Directiva sub forma art. 222 şi 223 din Legea 98/2016, astfel încât analiza naturii juridice a cazurilor speciale din art. 223 excedează scopului prezentei contestaţii.

Cu toate acestea, contestatorul apreciază important de subliniat că aceste două cazuri sunt expres prevăzute de lege în favoarea Autorităţii contractante, nefiind vorba de alte drepturi de denunţare unilaterală stabilite pe cale pur convenţională de către părţile contractului.

Astfel, Autoritatea contractantă adaugă la conţinutul cazurilor specifice prevăzute de lege, fapt pe care l-a semnalat contestatorul în cadrul contestaţiei.

În ceea ce priveşte reverificarea motivelor de excludere a participanţilor din procedura de reofertare prin reluarea competiţiei, contestatorul opinează că niciuna dintre explicaţiile primite din partea Autorităţii contractante sau a Intervenientei nu pot fi aplicate în mod real în timpul procedurii de reluare a competiţiei.

În concret, în logica prezentată de Autoritatea contractantă şi de Intervenientă, motivele de excludere sunt reverificate la fiecare reluare a competiţiei pentru atribuirea contractelor subsecvente. Mai departe, în situaţia în care un operator economic ar ajunge într-o situaţie de excludere, în care nu se afla la momentul atribuirii acordului-cadru, acesta ar fi exclus de la licitaţia pentru atribuirea contractului subsecvent respectiv. O astfel de situaţie ar putea conduce la un scenariu în care operatorii economici care au câştigat procedura competitivă de atribuire a acordului-cadru să nu mai poată să oferteze pentru contractele subsecvente, însă rămânând în continuare parte în acordul-cadru, fapt ce ar crea doar o aparenţă a unei concurenţe între operatorii economici semnatari ai acordului-cadru.

Cu privire la clarificările aduse la întrebarea nr. 46 din Răspunsul nr. 1, după cum a arătat contestatorul şi în contestaţie, prin răspunsul la întrebarea 46 Autoritatea contractantă nu a răspuns întrebării adresate prin solicitarea de clarificări, care avea scopul de a stabili care este sancţiunea reală pentru nerespectarea termenelor de livrare, fiind clară contradicţia informaţiilor prezentate în Fişa de Date şi clauza de reziliere din Modelul de Acord-cadru.

Reiterează contestatorul că motivele de nulitate se referă la validitatea, din punct de vedere legal, a elementelor contractului. De asemenea, în cazul în care un contract este afectat de nulitate absolută sau relativă, acesta este anulat şi considerat ca niciodată încheiat, potrivit dispoziţiilor art. 1.254 C.civ. De asemenea, desfiinţarea contractului atrage, în condiţiile legii, şi desfiinţarea actelor subsecvente încheiate în baza lui. Prin urmare, sancţiunea care intervine în cazul nerespectării unei obligaţii de către una dintre părţi în timpul executării acestuia nu este nulitatea, ci rezilierea.

Pe de altă parte, rezilierea contractului reprezintă o soluţie pentru neexecutarea unei prestaţii stipulate în contract, prin care acesta este desfiinţat pentru viitor, dar nu priveşte eventualele vicii care ar afecta încheierea actului.

Prin intermediul solicitării de clarificări, contestatorul a urmărit tocmai clarificarea Fişei de Date în sensul corelării acesteia cu prevederile legale şi contractuale.

În concluzie, contestatorul solicită Consiliului respingerea criticilor aduse de Autoritatea contractantă şi de Intervenientă şi să admită contestaţia dispunând remediile necesare pentru înlăturarea nelegalităţilor din procedura de achiziţie.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ..., intrevnientul depune *Note scrise* faţă de Concluziile Scrise formulate de către contestatoare împotriva Cererii sale de intervenţie şi a Punctului de Vedere formulat de Autoritatea Contractantă.

Cu caracter general prealabil, intervenientul arată că (i) noile motive de pretinsă nelegalitate invocate de către contestatoare prin Concluziile Scrise sunt inadmisibile, fiind cu mult depăşit termenul de formulare a contestaţiei, (ii) lipsa interesului legitim în formularea contestaţiei persistă, contestatoarea nearătând în esenţă în ce constă acesta în mod specific pentru fiecare aspect invocat-ceea ce se coroborează şi cu (iii) lipsa, pe fond, a unui răspuns/ raţionament juridic care să arate pentru care motive susţinerile noastre ori ale Autorităţii Contractante nu ar fi întemeiate raportat, desigur, la argumentele prezentate, (iv) susţinerile din cuprinsul Concluziilor scrise fiind, în esenţă, neîntemeiate.

Intervenientul susține inadinisibilitatea invocării unor noi motive de pretinsă nelegalitate ale procedurii pe calea Concluziilor Scrise, după împlinirea termenului prevăzut de lege pentru formularea contestaţiei.

La punctul 2.2. din cuprinsul Concluziilor Scrise, contestatoarea indică expres faptul că invocă noi motive de nelegalitate ale procedurii, urmare a consultării dosarului achiziţiei la CNSC.

Dincolo de caracterul nefondat şi distorsionat al noilor susţineri, invocarea acestora este, la acest moment, inadmisibilă, fiind de natură să eludeze dispoziţiile imperative ale Legii nr. 101/2016 privind termenul de formulare/ depunere al contestaţiei.

Intervenientul arată că:

(a) întreaga secţiune 2.2 din Concluziile Scrise reprezintă noi motive de pretinsă nelegalitate, contestatoarea înseşi arătând neechivoc [pct. (23) al Concluziilor Scrise] că: (..) informaţiile cuprinse în Referatul de necesitate sunt un motiv nou de nelegalitate care dovedeşte încălcarea prevederilor legale cuprinse în ort. 2 alin. (2) lit. c) din HG 395/2016 (..).

(b) Art. 21 alin. (3) din Legea 101/2016 prevede expres că: 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 legat de formulare a acesteia.

(c) Art. 8 alin. (1) lit. a) din aceeaşi lege (aplicabil în cauză) stabileşte termenul imperativ de 10 zile pentru formularea unei contestaţii şi, în mod evident, termenul în care pot fi aduse critici cu privire la actul autorităţii considerat nelegal.

Prin urmare, legea stabileşte un termen de 10 zile în care operatorul economic interesat poate să formuleze contestaţie împotriva unui act al Autorităţii contractante. Aceasta semnifică faptul că argumentele sale

trebuie să fie invocate în cadrul termenului de 10 zile reglementat de lege, orice noi motive formulate după trecerea acestui termen fiind inadmisibile, sancţiunea fiind aceea a decăderii.

În cauză, acest termen s-a împlinit la data de 4 decembrie 2023 astfel că este inadmisibilă formularea de noi critici de pretinsă nelegalitate după împlinirea acestui termen, respectiv la data de 22 decembrie 2023 prin Concluzii Scrise.

Se reține că argumentul contestatoarei în sensul că ulterior depunerii contestaţiei (şi implicit a expirării termenului de depunere a acesteia) a luat cunoştinţă de dosarul achiziţiei este nefondat. Formularea/ motivarea contestaţiei este independentă de studiul dosarului achiziţiei la CNSC de către contestator - cel puţin pentru că:

(a) Dosarul achiziţiei nu se regăseşte la CNSC în perioada de timp reglementată de lege pentru formularea contestaţiei, solicitarea de depunere a acestuia la CNSC fiind ulterioară depunerii şi înregistrării contestaţiei (art. 18 alin. (2) din Legea 101/2016).

(b) Nicio prevedere legală nu leagă formularea/ motivarea/ completarea contestaţiei de studiul la CNSC al dosarului achiziţiei.

(c) Dimpotrivă, art. 21 alin. (3) din Legea 101/2016 (menţionat anterior) interzice completarea contestaţiei, după trecerea termenului legal de formulare a acesteia, cu noi motive şi/ sau cu noi capete de cerere.

Intervenientul precizează că în acelaşi sens este şi jurisprudenţa CNSC, aceasta statuând în sensul că doar contestaţia este actul juridic care învesteşte CNSC şi doar prin intermediul acestui act pot fi invocate motivele considerate de un contestator ca fiind argumente în sensul nelegalităţii unui act ori a unei proceduri emise/ iniţiate de o autoritate contractantă.

Se constată de către intervenient că este inadmisibilă invocarea de noi motive în cadrul Concluziilor Scrise formulate ulterior împlinirii termenului de formulare a contestaţiei, contestatoarea ..... fiind astfel decăzută, pretinsele motive indicate, fiind, în orice caz, nefondate.

Referitor la lipsa interesului legitim, intervenientul reține, contrar susţinerilor contestatoarei, că interesul acesteia (nelegitim/ neloial) este să menţină în vigoare Acordul-cadru nr. 159/21.12.2021, deşi a fost deja autorizat pe piaţă un nou PCV — interes care este de înţeles din punct de vedere economic, dar care nu are şi un caracter legitim.

Acest nou PCV este în portofoliul intervenientului, astfel că interesul său este de a putea comercializa efectiv produsul, în condiţii concurenţiale, şi de a participa la Procedura de Achiziţie pentru a avea speranţa legitimă de a putea câştiga această Procedură (de a intra între semnatarii Acordului-Cadru şi de a avea şansa de a încheia ulterior contracte subsecvente).

Un alt aspect priveşte solicitarea de eliminare a PCV-20 din cuprinsul documentaţiei de atribuire, produs aflat tot în portofoliul contestatoarei şi care se află în curs de autorizare pentru indicaţia de administrare la sugar şi copil mic.

Interesul juridic al contestatoarei în ceea ce priveşte solicitarea de eliminarea a acestuia din documentaţia de atribuire este cel puţin discutabil în opinia intervenientului, întrucât:

(a) PCV-20 este în curs de autorizare pentru indicaţia în discuţie din luna martie 2023, anterior demarării Procedurii de Atribuire (august 2023) şi este posibil să fie autorizat până la data limită de depunere a ofertelor. Astfel - interesul este de a tergiversa cât mai mult Procedura/ data limită de depunere a ofertelor (fapt fezabil numai prin contestarea documentaţiei de atribuire/ clarificărilor). Dacă se obţine autorizaţia pentru indicaţia în discuţie, atunci nimic nu împiedică contestatoarea să renunţe la contestaţie/ petit.

(b) În măsura în care PCV-20 nu ar obţine autorizaţia pentru indicaţia în discuţie până la momentul soluţionării contestaţiei şi ar şi obţine o soluţie definitivă de excludere a produsului din documentaţia de atribuire şi de completare acesteia cu clauza/condiţia solicitată, atunci ar putea contesta Procedura/ Acordul-cadrul imediat cum ar obţine indicaţia.

Referitor la pretinsa necesitate a eliminării PCV-20 din caietul de sarcini, contrar susţinerilor contestatoarei, intervenientul afirmă că nu a arătat că nu este posibil ca PCV-20 să poată deveni eligibil pentru ofertare până în termenul limită de depunere a ofertelor. Dimpotrivă, acesta a defalcat clar cele două posibilităţi (i) de a obţine autorizarea în termenul limită de depunere a ofertelor şi (ii) de a nu obţine această autorizare în termenul în discuţie.

Din această perspectivă, pretinsa necesitate de excludere a acestei forme de vaccin din documentaţia de atribuire este lipsită de interes în opinia intervenientului, mai cu seamă că soluţionarea solicitării sale este în curs, fiind demarată anterior demarării prezentei Proceduri de Atribuire, iar Autoritatea Contractantă nu a făcut decât să permită existenţa unui cadru competitiv cât mai larg în condiţiile în care permite participarea şi a acestui PCV (dacă obţine autorizarea până la data limită).

Se reține că, în măsura în care nu ar obţine această recomandare nici până la noua data de depunere a ofertelor care va fi stabilită după încetarea suspendării Procedurii de Atribuire dispusă urmare a formulării contestaţiei ce face obiectul prezentei cauze, nimic nu se opune ca Procedura de Atribuire să continue şi Acordul-cadru să fie executat în integralitate.

Dacă se va obţine recomandarea/ extinderea de indicaţie terapeutică de către contestatoare, atunci va putea participa la Procedură şi cu acest produs. Dacă nu, rămân de ofertat celelalte două forme de vaccin, fiind asigurat în continuarea regimul concurenţial existent de la momentul demarării Procedurii de Atribuire (competitivă).

Intervenientul semnalează că este nefondată şi susţinerea contestatoarei în sensul că ..... creează o aparentă (falsă) concurenţă, blocând intrarea pe piaţă a PCV-20 în următorii 4 ani (durata Acordului-cadru), fiind injustă astfel soluţia de a menţine în documentaţie un produs care nu poate fi ofertai, iară a identifica în acelaşi timp o soluţie prin care acest produs nou, odată ce va fi eligibil pentru Programul Naţional de Vaccinare, să poată fi inclus într-o procedură de achiziţie.

Se apreciază că menţiunile contestatoare tind spre o zonă care nu are legătură cu prezenta cauză şi nici cu prezenta Procedură de Atribuire.

Intervenientul arată că nu mai este în discuţie o procedură de negociere fară publicarea unui anunţ de participare (cum a fost cazul

contestatoarei când a încheiat Acordul de furnizare nr. 159/2021, produsul său fiind unic pe piaţa la acel moment raportat la necesitatea Autorităţii Contractante).

De aceea, toate susţinerile contestatoarei privind introducerea unui remediu care să permită o achiziţie ulterioară a PCV-20, astfel cum a fost posibil pentru PCV-15 prin clauza de încetare anticipată din Acordul-cadru actual ar fi mai potrivit decât modalitatea în care ..... a ales să demareze procedura, cu nerespectarea principiilor, sunt nefondate.

Totodată, intervenientul susține că sunt discutabile şi nici nu fac obiectul prezentei cauze susţinerile contestatoarei în sensul că nici dispoziţiile art. 104 alin (1) lit. b) din Legea 98/2016 şi nici alte prevederi legale nu prevăd necesitatea/ posibilitatea încetării contractului/ acordului-cadru în momentul în care nu mai este respectată condiţia de la alin. b) (i.e., condiţia de sursă unică), acest lucru fiind expres prevăzut doar pentru cazul descris de lit. c) din articol, cu privire la motivele de extremă urgenţă, care în esenţă, sunt temporare. Astfel, clauza a fost stabilită la nivel convenţional în Acordul de furnizare nr. 159/2021, fără legătură cu felul procedurii prin care a fost atribuit contractul.

Aplicabilitatea sau nu a alin. (1) lit. c) în ce priveşte Acordul de furnizare nr. 159/2021 nu poate fi discutată în cauză, nefacând obiectul contestaţiei şi, desigur, nici al prezentei proceduri de Atribuire. Observarea clauzei citate de contestatoare la pct. (15) este utilă doar din perspectiva observării interesului acesteia, însă orice fel de alte susţineri exced prezentei cauze.

Referitor la pretinsa necesitate susţinută de argumentele privind nelegalitatea procedurii care reiese din consultarea dosarului de achiziţie, intervenientul arată că este inadmisibilă formularea de noi motive de contestare după momentul împlinirii termenului de contestaţie.

Prin urmare, întreaga secţiune din cuprinsul Concluziilor Scrise trebuie respinsă ca inadmisibilă fară a se intra, deci, pe fondul susţinerilor.

În subsidiar, cu toate cele de mai sus, intervenientul arată succint că, în orice caz, susţinerile contestatoarei sunt nefondate.

Din cuprinsul Referatului de necesitate rezultă în principal că:

(a) Există încheiat Acordul de furnizare nr. 159/2021 pentru PCV-13, în derulare;

(b) între timp, în anul 2023, s-a înregistrat / autorizat pe piaţa din România un nou PCV (PCV-15) şi, din datele existente, este în curs de autorizare şi un alt PCV (PCV-20),

(c) Prin urmare, având în vedere şi art. 13.2 din Acordul de furnizare menţionat, faţă de încetarea condiţiilor specifice în care a fost demarată procedura în baza căruia a fost încheiat acest Acord, este necesară demararea de urgenţă a unei noi proceduri de achiziţie.

Prin urmare, Autoritatea Contractantă a avut în vedere faptul că este în curs de autorizare PCV- 20 şi astfel a considerat utilă şi includerea acestuia în obiectul noii proceduri de atribuire fiind, pe de o parte, probabilă autorizarea în timp util, iar, pe de altă parte, tocmai pentru respectarea principiilor concurenţiale. Şi în prezent, PCV- 20 poate obţine autorizaţia în orice moment până la data limită de depunere a ofertelor (necunoscută în prezent datorită suspendării Procedurii faţă de formularea contestaţiei).

Susţinerile contestatoarei în sensul că informaţiile cuprinse în Referatul de necesitate sunt un motiv nou de nelegalitate care dovedeşte încălcarea prevederilor legale cuprinse în art. 2, alin. (2) lit. c) din H.G. 395/2016 şi ale Ghidului pentru achiziţii publice sunt neîntemeiate:

(a) Temeiul indicat de contestatoare, nu există, respectiv pretinsa încălcare a prevederilor art. 2 alin. (2) lit. c) din HG 395/2016;

(b) Pretinsul argument referitor la faptul că pregătirea documentaţiei de atribuire se face cu respectarea necesităţilor transmise de compartimentele de specialitate, nu are, de fapt, un suport legal:

(i) Astfel, cea mai „apropiată" dispoziţie legală faţă de cele invocate de contestatoare se regăseşte în art. 2 alin. (3) lit. c) din HG 395/2016, care, în orice caz, prevede alte aspecte decât cele indicate de .....;

(ii) Mai precis, în cuprinsul art. 2 alin. (3) lit. c) din Normele metodologice se arată că autoritatea contractantă, prin compartimentul intern specializat în domeniul achiziţiilor publice, are următoarele atribuţii principale: (...) c) elaborează sau, după caz, coordonează activitatea de elaborare a documentaţiei de atribuire şi a strategiei de contractare, în cazul organizării unui concurs de soluţii, a documentaţiei de concurs şi a strategiei de contractare, pe baza necesităţilor transmise de compartimentele de specialitate.

În orice caz, şi trimiterea la Ghidul pentru achiziţii publice reprezintă doar o preluare trunchiată a unor aspecte regăsite în cuprinsul acestuia.

Mai precis, ceea ce omite contestatoarea să indice din cadrul aceluiaşi Ghid este faptul că formularul-cadru Referat de necesitate conţine *informațiile disponibile la momentul lansării procesului de planificare a portofoliului proceselor de achiziţie publică la nivel de compartiment de specialitate beneficiar al achiziţiei.*

Or, tocmai acest număr mare de informaţii a fost adus la cunoştinţă prin Referatul de necesitate, din contră, Autoritatea contractantă ....., îndeplinind atât aspectele stabilite de prevederile legale, cât şi recomandările din Ghidul ANAP anterior citat.

Contrar susţinerilor contestatoarei, a existat o fundamentare realistă a necesităţii, fară a exista aşa numitul risc ridicat de neîndeplinire a obiectivelor şi de consum de resurse în condiţii de ineficienta şi neeconomicitate menţionat de aceasta fară o motivare efectivă/ adecvată.

Se artaă că nevoia Autorităţii Contractante, astfel cum este clar exprimată prin obiectul achiziţiei, este de Vaccin PCV, ceea ce semnifică că toate şi oricare din formele menţionate în caietul de sarcini ale unui astfel de vaccin îndeplinesc această nevoie, fiind indiferent care formă/ forme va/ vor fi efectiv achiziţionată/e de Autoritatea Contractantă, întrucât sunt considerate echivalente.

Autoritatea a dat practic, în mod corect, oportunitatea tuturor vaccinurilor PCV de a participa în procedură, cu condiţia să îndeplinească condiţiile de administrare solicitate în documentaţia de atribuire, deci inclusiv pentru indicaţia pediatrică în discuţie.

PCV-20 a fost inclus în caietul de sarcini deoarece la data publicării anunţului de participare acesta se afla deja în procedura de autorizare la

Agenţia Europeană a Medicamentului pentru extinderea indicaţiei la sugar şi copil mic, anterior lunii martie 2023.

Conform calendarului de evaluare a variaţiilor de tip II procedura de evaluare este relativ scurtă, urmând de obicei un calendar de 60 - 90 de zile, care poate fi prelungit în anumite situaţii. Autoritatea nu avea cum sa prevadă dacă şi cu cât se va prelungi procedura de autorizare în cazul acestui vaccin şi la data publicării anunţului de participare (19 august 2023) a procedat la includerea acestui vaccin în caietul de sarcini.

Totodată însă, Autoritatea Contractantă nu poate regla calendarul de achiziţii după un calendar probabil de autorizări. La momentul la care Autoritatea Contractanta a stabilit necesitatea achiziţionării Vaccinului PCV, a asigurat posibilitatea de participare competitivă, aceasta rămânând valabilă chiar şi în ipoteza în care în care vaccinul contestatoarei nu îndeplineşte/ nu ar îndeplini toate cerinţele.

Referitor la jurisprudenţa invocată de contestatoare, intervenientul remarcă faptul că aceasta nu are legătură cu prezenta cauză, ipotezele fiind vădit diferite.

În prezenta cauză, dimpotrivă, (i) nu există un obstacol pentru o concurenţă efectivă, Autoritatea Contractantă oferind posibilitatea inclusiv pentru participarea PCV-20 dacă obţine extinderea de indicaţie până la data limită de depunere a ofertelor şi nici (ii) nu este în discuţie utilizarea unei proceduri de negociere fară publicarea prealabilă a unui anunţ, demararea procedurii competitive fiind corectă indiferent dacă PCV-20 ar fi sau nu autorizat pentru extinderea de indicaţie în timp util.

Referitor la formula de calcul pentru factorul de evaluare „Termen de livrare", cu caracter prealabil, intervenientul susține că nu a afirmat faptul că contestatoarea ar fi contestat formula de calcul prezentată în cuprinsul documentaţiei de atribuire - cum susţine aceasta în cuprinsul Concluziilor Scrise.

Ceea ce a susţinut intervenientul, în esenţă, este faptul că:

(a) Autoritatea Contractantă a arătat expres, nu doar o dată, ci în tot cuprinsul Documentaţiei de atribuire, precum şi în răspunsurile formulate, care sunt criteriile de evaluare a factorului tehnic în vederea stabilirii ofertei câştigătoare şi care este algoritmul de calcul;

(b) Autoritatea Contractantă a clarificat transparent aspectul şi a indicat expres că operatorii economici vor putea vizualiza în SEAP şi îmbunătăţi în timp real cele două elemente aflate în competiţie, precum şi a vedea cea mai bună ofertă depusă;

(c) Clarificările Autorităţii Contractante fac parte din documentaţia de atribuire, fiind astfel obligatorii.

În acest context, contestatoarea nu răspunde pentru care considerente cele de mai sus ar fi neîntemeiate, ci insistă în cuprinsul Concluziilor sale Scrise asupra faptului că un ofertant nu ar avea previzibilitatea formulei pentru a-și putea adapta oferta în mod corespunzător în timpul licitafiei electronice, chiar în ciuda celorlalte elemente vizibile, întrucât nu ar avea o percepţie corectă a ofertei clasate pe primul loc.

Totodată, susţinerea că operatorii economici nu au acces la vizualizarea algoritmilor folosiţi în platformă şi sunt străini de aspectele tehnice ale funcţionării SEAP este nerelevantă în condiţiile în care

niciodată aceştia nu au avut un astfel de acces, cum nici autorităţile contractante nu au privilegii de administrare.

Pe de altă parte, susţinerea contestatoarei în sensul că, în acest context, operatorii economici ar trebui să se bazeze doar pe transparenţa şi corectitudinea Autorităţii Contractante este neîntemeiată în opinia intervenientului, câtă vreme pune practic în discuţie o prezumţie de rea-credinţă în condiţiile în care bună-credinţă este prezumată de lege. Totodată, cum corect a menţionat şi Autoritatea Contractantă în cuprinsul Punctului său de vedere, dacă un operator economic are un dubiu cu privire la modul efectiv de calcul al punctajului, atunci îşi poate exercita dreptul legal de contestare.

Prin urmare, în condiţiile în care (i) Autoritatea Contractantă a şi clarificat transparent aspectul şi a indicat expres că operatorii economici vor putea vizualiza în SEAP şi îmbunătăţi în timp real cele două elemente aflate în competiţie, precum şi a vedea cea mai bună ofertă depusă, iar (ii) clarificările Autorităţii Contractante sunt parte din documentaţia de atribuire, având astfel caracter obligatoriu, interpretarea contestatoarei este excesiv de formalistă şi pune în discuţie şi lipsa vătămării, în aceste condiţii - ceea ce duce la o lipsă de interes în formularea contestaţiei pe acest aspect.

Totodată, paragrafele (21)-(25) din Contestaţie nu prezintă o detaliere a prejudiciul/ vătămării contestatoarei ce ar rezulta din pretinsa nelegalitate în discuţie, inclusiv cu clarificările Autorităţii Contractante, cum susţine aceasta eronat.

Referitor la clarificările oferite la întrebările 25 şi 51 din Răspunsul nr. 1, intervenientul arată că în cuprinsul solicitărilor de clarificări s-a pus în discuţie nelegalitatea clauzei anterior menţionate raportat la dispoziţiile art. 123 alin. (1) teza a două din Legea insolvenţei nr. 85/2014 potrivit cărora orice clauze contractuale de desfiinţare a unui contract în derulare pentru motivul deschiderii procedurii insolvenţei se consideră nescrise.

Autoritatea Contractantă a clarificat faptul că rezervarea dreptului de denunţare a contractului pentru motiv de intrare a furnizorului în insolvenţa este cu aplicarea prevederilor legislaţiei achiziţiilor publice în materie.

Se reține că în cuprinsul Concluziilor Scrise, contestatoarea arată succint faptul că (i) Legea 98/2016 nu ar fi o lege specială în raporta cu Legea insolvenţei 85/2014, că (ii) Autoritatea Contractantă nu s-ar putea prevala de dispoziţiile legale din materia achiziţiilor publice pentru a menţine clauza în contractul subsecvent, întrucât legislaţia din domeniu nu acoperă o astfel de situaţie şi că (iii) ar fi nerelevantă descrierea etapelor procedurii insolvenţei detaliate în cuprinsul Cererii de Intervenţie.

Nu răspunde contestatoarea însă la ipoteza efectivă din prezenta cauză şi detaliată în cuprinsul Cererii de Intervenţie - respectiv faptul că dreptul de denunţare a contractului pentru deschiderea procedurii insolvenţei nu poate fi exercitat automat, prin simpla deschidere a procedurii insolvenţei unui operator economic co-contractant, ci numai în condiţiile legii, respectiv numai în situaţia în care acel operator nu pocite face dovada că mai are capacitatea de a executa contractul.

Demonstrarea faptului că operatorul economic în cauză are capacitatea de a executa contractul presupune, conform tezei a 2-a a alin. (2) anterior precizate, că respectivul operator economic se află fie în faza de observaţie şi a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activităţii curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară şi respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanţă.

Condiţia existenţei capacităţii de executare a contractului de achiziţie publică trebuie să existe atât înainte de semnarea acestuia, cât şi pe parcursul derulării acestuia.

Totodată, art. 188 alin. (1) lit. b) coroborat cu art. 119 din Legea 98/2016 (dispoziţii legale incluse, de altfel, în Subsecţiunea 1, Paragraful 1: Acordul-cadru) stabilesc în mod expres faptul că, în ipoteza în care executarea acordului-cadru are loc cu reluarea competiţiei, autoritatea contractantă va relua competiţia pe baza aceloraşi termeni şi condiţii aplicate pentru atribuirea acordului-ccidru.

Or, referitor la aceste aspecte, intervenientul observă că contestatoare nu răspunde. În acest context, nu rezultă că ar exista o vătămare şi nici un interes în invocarea acestei pretinse neregularităţi.

Intervenientul afirmă că este evident faptul că dispoziţiile referitoare la insolvenţă cuprinse în Legea 98/2016 au caracter de lege specială raportat la Legea insolvenţei 85/2014.

Caracterul special al Legii 98/2016 - atunci când cuprinde reglementări privind insolvenţă, rezultă din simpla analiză a câmpului de aplicare şi de reglementare al fiecăreia dintre cele două legi în discuţie.

Mai mult, art. 231 din Legea 98/2016 prevede în mod expres: în măsura în care prezenta lege nu prevede altfel, sunt aplicabile dispoziţiile dreptului comun.

Or, apare în mod evident că, în ceea ce priveşte anumite reguli specifice domeniului insolvenţei care se regăsesc în legislaţia privind achiziţiile publice, legea specială este Legea 98/2016, dreptul comun în materie de insolvenţă, fiind Legea 85/2014, de la care, tocmai având în vedere prioritatea interesului public (esenţa reglementării în achiziţiile publice) poate deroga în mod expres.

Referitor la clarificările oferite la întrebările 6, 28, 52 şi 53 din Răspunsul nr. 1, intervenientul arată că, clarificările în discuţie privesc art. 20.1 (inclus în capitolul Denunţarea unilaterală) din cuprinsul Modelului de contract subsecvent potrivit căruia: Achizitorul îşi rezervă dreptul de a renunţa la contract, prinţr-o notificare scrisă adresată furnizorului, fără nici o compensaţie, dacă împotriva acestui din urmă este pronunţată o decizie a Curţii Europene de Justiţie, Justiţie, a CNSC sau a instanţelor de judecată.

Practic, Autoritatea Contractantă a clarificat în sensul că poate renunţa la/ denunţa contractul în situaţia în care se constată o încălcare gravă de către furnizor a obligaţiilor care rezultă din legislaţia europeană şi naţională relevante prin hotărâre pronunţată de Curtea Europeană de Justiţie, de CNSC sau de instanţele de judecată.

Acest drept al Autorităţii Contractante a fost inserat (redactat) ţinând cont de prevederile art. 223 şi nu în temeiul exclusiv al punctelor a) şi b)

ale alineatului 1 din acest articol de lege, text de lege care indică expres că ipoteza sa se aplică fără a aduce atingere dispoziţiilor de drept comun.

Prin urmare, contrar menţiunilor contrare foarte succinte ale contestatoarei, o Autoritate Contractantă are obligaţia de a introduce în cuprinsul contractelor de achiziţie publică clauzele obligatorii prevăzute de lege şi posibilitatea de a introduce şi alte clauze contractuale (cum a detaliat pe larg intervenientul în cuprinsul Cererii de Intervenţie).

În situaţia specifică în discuţie, principiul rezultă din cuprinsul alineatului 2 coroborat cu prima sintagmă din aliniatul 1 şi din includerea întregului art. 223 în Capitolul VI intitulat cazuri specifice de încetare a contractului de achiziţie publică.

Totodată, contrar susţinerilor contestatoarei, Directiva privind achiziţiile publice prevede un minim în sarcina statelor membre, respectiv, să asigure încetarea contractului în cazul încălcării grave a obligaţiilor declarată printr-o decizie CJUE. Acest minim este confirmat de sintagma: cel puţin în următoarele circumstanţe (...).

În acest context, în care, cum a detaliat intervenientul, clauza contractuală în discuţie este legală şi are menirea de a proteja Autoritatea Contractantă în situaţia în care co-contractantul său a încălcat grav prevederile legale relevante în materia achiziţiilor publice şi această încălcare a fost constatată de o autoritate competentă (Curtea Europeană de Justiţie, CNSC sau instanţele române),

Este astfel evident că dispoziţiile art. 164-167 privind cazurile/ motivele de excludere ale operatorilor economici intră în noţiunea de aceeaşi termeni şi condiţii aplicate pentru atribuirea acordului-cadru, neexistând nicio limitare ori particularizare a prevederilor legale care să excludă/ interzică (re)verificarea ipotezelor de excludere (doar) ale operatorilor economici cu care va fi încheiat acordul-cadru, la momentul demarării competiţiei în vederea încheierii contractelor subsecvente.

Referitor la clarificările aduse la întrebarea nr. 46 din Răspunsul nr. 1, intervenientul precizează că aspectul priveşte răspunsul Autorităţii contractante la solicitarea de clarificări privind menţiunea din cuprinsul Fişei de date indicată la Secţiunea II.2.5. - Criterii de atribuire, ce indică: Nerespectarea termenelor ofertate atrage după sine nulitatea respectivelor contracte subsecvente.

Astfel, faţă de această menţiune, a fost formulată întrebarea 46, fiind solicitat Autorităţii contractante să clarifice dacă această menţiune reprezintă o cauză de nulitate sau o cauză de reziliere a contractelor subsecvente. Răspunsul Autorităţii contractante a fost în sensul în care: — Prevederea citată din fişa de date nu reprezintă o clauză contractuală, ci are rol informativ.

Practic, Autoritatea Contractantă a clarificat faptul că, prin sintagma utilizată nu a avut în vedere să prevadă contractual, ca sancţiune, o cauză de nulitate a contractelor subsecvente pentru nerespectarea termenelor ofertate.

Se reține că în cuprinsul Concluziilor Scrise, contestatoarea reiterează succint faptul că (i) Autoritatea Contractantă nu ar fi răspuns întrebării în discuţie şi nu ar fi clarificat care este sancţiunea reală pentru nerespectarea termenelor de livrare, fiind clară contradicţia informaţiilor

prezentate în Fişa de Date şi clauza de reziliere din Modelul de Acord-cadru, (ii) nulitatea se referă la validitatea elementelor unui contract, spre deosebire de reziliere care presupune neîndeplinirea unei obligaţii contractuale.

Intrevenientul remarcă faptul că, contestatoarea nu a răspuns însă susţinerilor sale şi ale Autorităţii Contractante — care au avut în vedere faptul că:

(a) Menţiunea din cuprinsul Fişei de date a fost clarificată de Autoritatea contractantă - menţiunea în cauză nu este o clauză contractuală. Prin urmare, rezultă faptul că, în ipoteza unei eventuale nerespectări a termenelor ofertate nu va fi în discuţie sancţiunea nulităţii contractului subsecvent.

(b) În cazul nerespectării obligaţiilor contractuale, inclusiv a termenelor ofertate, documentaţia de atribuire prevede consecinţele, respectiv:

(i) Reluarea competiţiei, cu suportarea de către operatorul economic a consecinţelor prevăzute în acordul-cadrul pentru neîndeplinirea culpabilă a obligaţiilor prevăzute în sarcina sa - potrivit art. 110 alin. (1), coroborat cu art. 111 alin. (3) din HG nr. 395/2016 (Secţiunea II.2.5. din Fişa de date)

(ii) Potrivit art. 15.2 din Modelul de Acord - Cadru, sancţiunea pentru neîndeplinirea sau îndeplinirea necorespunzătoare a obligaţiilor contractuale este rezilierea contractului.

Prin urmare, Autoritatea Contractantă clarificase că menţiunea respectivă nu este clauză contractuală, această clarificare făcând parte din documentaţia de atribuire, devenind astfel obligatorie, iar documentaţia de atribuire precizând sancţiunea incidentă în cazul neîndeplinirii culpabile a obligaţiilor contractuale de către un operator economic.

În sensul (re)confirmării celor dc mai sus sunt şi susţinerile Autorităţii Contractante din cuprinsul Punctului său de vedere (pag. 5 paragr. antepenultiin - pag 6).

Prin urmare, insistarea în pretinsul argument de nelegalitate, fără a se răspunde punctual pentru care considerente raţionamentul intervenientului şi al Autorităţii Contractante nu ar fi fondat, pune în discuţie o excedere a bunei-credinţe.

Totodată, în acest context, rămâne în discuţie care este vătămarea contestatoarei şi interesul său - aspect cu privire la care contestatoarea nu a răspuns raportat la cele de mai sus.

Pentru cele anterior detaliate, intervenientul solicită Consiliului să admită cerere de intervenţie şi, în consecinţă, să dispună respingerea contestaţiei formulate ca neîntemeiată.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ...., contestatorul formulează *Replică* la argumentele conţinute în notele scrise depuse de ..... în data de 04.01.2024 („Notele scrise .....”). Pe scurt, suplimentar faţă de argumentele cuprinse în cadrul Contestaţiei şi al Concluziilor scrise depuse, contestatorul indică următoarele:

1. Cu privire la critica ..... privind inadmisibilitatea formulării unor noi motive de contestaţie pe calea Concluziilor Scrise .....

(1) Contestatorul apreciază critica ..... din secţiunea 1 a Notelor scrise ..... ca fiind nefondată, intervenienta ignorând faptul că motivul

nou de contestaţie inclus în secţiunea 2.2 din Concluziile scrise ..... are în vedere informaţii noi, de care ..... a luat cunoştinţă ca urmare a consultării dosarului achiziţiei la CNSC de către .....

(2) Se arată că posibilitatea unui contestator de a formula noi critici ca urmare a aflării unor noi informaţii a fost consacrată de Curtea de Justiţie a Uniunii Europene („GUE") în recenta Hotărâre din 17 noiembrie 2022 în cauza C-54/21, Anteo Polsko S.A., Pectore-Eco sp. z o.o., Instytut Ochrony Srodowisko (...).

În concret, CJUE a statuat prin răspunsul la ultima întrebare adresată de Camera Naţională de Recurs din Polonia că, atunci când un contestator are acces la noi informaţii (i.e., în cazul respectiv, atunci când se consideră că informaţii au fost în mod eronat calificate ca fiind confidenţiale) *„Termenul de introducere a unei astfel de căi de atac nu trebuie sâ curgă decât din momentul în care acest reclamant are acces la ansamblul informaţiilor care au fost calificate în mod eronat drept confidenţiale."*

(3) Deşi în cazul de faţă nu este vorba de calificarea unor informaţii în mod eronat ca fiind confidenţiale, acelaşi raţionament se aplică, contestatorul fiind în imposibilitate obiectivă de a fi formulat critica respectivă anterior consultării dosarului achiziţiei. În mod concret, critica petentului vizează faptul că obiectul procedurii (i.e., achiziţia PCV 13, PCV 15 sau PCV 20) nu corespunde menţiunilor din Referatul de necesitate care a stat la baza procedurii, Referatul de necesitate indicând în mod expres că PCV 20 nu este autorizat pentru a fi administrat în cadrul Programului Naţional de Vaccinare, pentru care licitaţia a fost demarată.

(4) Pentru această critică adusă de ..... prin Concluziile scrise, termenul de 10 zile prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea 101/2016 privind remediile în achiziţii publice (la care şi intervenienta face trimitere în paragraful 1.1.2 din Notele scrise .....) trebuie calculat de la momentul consultării dosarului achiziţiei de către ....., respectiv de la data de 21 decembrie 2023. Concluziile scrise ..... fiind depuse la data de 22 decembrie 2023, termenul legal a fost respectat. O soluţie contrară ar conduce la consecinţa imposibilităţii ..... de a formula această critică, fapt ce ar contraveni principiului fundamental de asigurare a unei căi de atac efective, confirmat inclusiv de Hotărârea CJUE în cauza C-54/21, mai sus citată.

2. Cu privire la necesitatea eliminării PCV-20 din caietul de sarcini, susţinută de argumentele prezentate în Contestaţie

(5) Contestatorul are în vedere în argumentele intervenientei din secţiunile 2 şi 3.1 din Notele scrise ....., respectiv, suplimentar tuturor argumentelor deja prezentate, se subliniază lipsa de logică din raţionamentul Intervenientei. Pe de o parte, atât în cadrul intervenţiei cât şi în cadrul Notelor scrise ....., Intervenienta a subliniat faptul că ..... a pus semnul egalităţii între PCV 13, PCV 15 şi PCV 20. Totuşi, ulterior, Intervenienta susţine că organizarea unei proceduri de achiziţie în care să aibă acces şi PCV 15 ţine de protejarea sănătăţii publice (e.g., ultima frază din paragraful 2.1.5 din Notele scrise .....), astfel că un eventual interes privat al ..... în formularea prezentei contestaţii nu ar trebui să aibă nicio relevanţă. În schimb, cu privire la solicitarea .....

de organizare a unei noi proceduri (în viitor) la care să aibă acces şi PCV 20, Intervenienta contrazice propriul raţionament şi susţine că acesta reprezintă doar un interes privat al ....., neavând nicio relevanţă din perspectiva protecţiei sănătăţii publice (e.g., paragraful 3.1.4 din Notele scrise .....).

(6) Contestatorul subliniază că acest argument nu poate fi primit, Intervenienta:

> fie consideră că PCV 13, PCV 15 şi PCV 20 sunt echivalente, caz în care organizarea prezentei proceduri are la bază asigurarea concurenţei şi accesul pe piaţă al PCV 15, adică un interes privat al ....., nicicum un interes public ce ţine de protecţia sănătăţii, aşa cum susţine Intervenienta. În acest caz, un tratament egal ar trebui asigurat şi contestatorului în ceea ce priveşte accesul pe piaţă al PCV 20 în viitor, atunci când va fi disponibil. Legalitatea şi modalităţile în care acest acces ar putea fi asigurat au fost detaliate prin Contestaţie şi prin Concluziile scrise .....

> fie recunoaşte că organizarea prezentei proceduri are la bază protecţia sănătăţii publice (potrivit susţinerilor ....., sigurul argument în acest sens fiind că PCV 15 ar avea o acoperire mai mare decât PCV 13). În acest caz, asigurarea protecţiei sănătăţii publice ar presupune că procedura organizată trebuie să aibă în vedere intrarea pe piaţă a PCV 20 (care are o acoperire mai mare atât faţă de PCV 15, cât şi faţă de PCV 13), care poate fi asigurată numai prin neincluderea PCV 20 în prezenta procedură şi asigurarea posibilităţii intrării pe piaţă în orice moment în care acesta va fi autorizat, aşa cum a susţinut contestatorul.

(7) Contestatorul apreciază că raţionamentul propus de Intervenientă nu este susţinut întrucât este contradictoriu, atât timp cât pe de o parte se susţine că PCV 13, PCV 15 şi PCV 20 sunt echivalente, iar organizarea procedurii şi accesul PCV 15 aparţinând acesteia are ca scop protejarea sănătăţii publice, dar accesul pe piaţă al PCV 20, aparţinând ....., ar ţine doar de protejarea unui interes privat.

(8) Suplimentar, contestatorul subliniază faptul că în mod eronat Intervenienta susţine că ..... a acţionat cu diligenţă incluzând PCV 20 în obiectul procedurii, având aşteptarea legitimă că acest produs va fi autorizat pentru a fi administrat în cadrul Programului Naţional de Vaccinare în timp util, având în vedere că ..... a informat Autoritatea Contractantă cu privire la riscul neautorizării până la momentul depunerii ofertelor (inclusiv prin prima solicitare de clarificări formulată în cadrul procedurii, precum şi prin intermediul unor alte adrese, detaliate în cadrul contestaţiei).

(9) Contrar argumentelor ....., care prezintă deficitar procedura de autorizare şi termenul în care autorizarea ar trebui să aibă loc, contestatorul (ca şi furnizor la produsului în România) nu are nicio implicare sau putere în procesul de autorizare al produsului PCV 20 (i.e., proces desfăşurat la nivel european şi demarat de o altă societate). Contestatorul solicită Consiliul să respingă aceste argumente invocate de ....., întrucât, pe de o parte, acestea sunt străine de obiectul cauzei - i.e. cauzele sau durata efectivă a autorizării nu impactează nelegalitatea desfăşurării procedurii care ar putea avea ca efect întârzierea intrării pe piaţă a PCV 20 odată ce va fi autorizat (dacă acest moment ar fi ulterior

datei limită de depunere a ofertelor), iar pe de altă parte sunt şi eronate şi vădit neîntemeiate, atât timp cât petentul a acţionat cu diligenţă şi a informat ..... constant şi în timp util cu privire la toate informaţiile disponibile acestuia.

3. Cu privire la necesitatea eliminării PCV-20 din caietul de sarcini, susţinută de argumentele privind motivele de nelegalitate a procedurii care au fost invocate după consultarea dosarului de achiziţie, contestatorul precizează că, în ciuda încercărilor Intervenientei de a apăra o conduită nelegală a Autorităţii Contractante, din documentele aflate la dosar rezultă că:

> Referatul de necesitate a indicat faptul că PCV 20 nu este autorizat pentru a fi administrat în cadrul Programului Naţional de Vaccinare (confirmând implicit că produsul nu poate fi ofertat în cadrul procedurii), iar

> Autoritatea Contractantă a inclus totuşi acest produs în obiectul procedurii de achiziţie, deşi niciun ofertant nu ar putea la acest moment include produsul în oferta, întrucât acesta nu este autorizat.

(11) Autoritatea Contractantă nu poate organiza o procedură cu includerea unui produs neautorizat, dacă una dintre condiţiile pentru a participa este tocmai autorizarea prealabilă a respectivului produs. În caz contrar, se creează o falsă aparenţă de respectare a concurenţei, cu ignorarea principiilor statuate de legislaţia achiziţiilor publice.

(12) Eroarea săvârşită de ..... este cu atât mai evidentă în considerarea faptului că, în formularea iniţială din caietul de sarcini (i.e., ulterior modificată prin Răspunsul consolidat la clarificări nr, 1), ... a stabilit că, pentru a putea fi ofertat, produsul trebuie să fie autorizat la momentul publicării anunţului de participare. Cu toate acestea, nici schimbarea acestui moment, aşa cum a fost realizată de Autoritatea Contractantă, nu este de natură să permită ofertarea PCV 20 în prezenta procedură.

În concluzie, pentru toate argumentele prezentate în cadrul Contestaţiei, Concluziilor scrise şi în cuprinsul prezentei, contestatorul solicită Consiliului respingerea criticilor aduse de Autoritatea contractantă şi de Intervenientă şi să admită Contestaţia, dispunând remediile necesare pentru înlăturarea nelegalităţilor din procedura de achiziţie.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 1296/09.01.2024, intervenientul face precizări la Replica contestatoarei la Notele sale scrise din 4 ianuarie 2024, menţionând succint următoarele:

Cele prezentate de contestatoare sunt scoase din context, cu sensul schimbat. Intervenientul subliniază că nu a prezentat argumente contradictorii sau incorecte, ci doar situaţia aşa cu este potrivit informaţiilor existente, cu încadrarea sa juridică aferentă.

(1) Referitor la punctul 1 din replică, intervenientul arată că susţinerile contestatoarei sunt nefondate:

(a) Art. 21 alin. (3) din Legea 101/2016 prevede expres şi imperativ inadmisibilitatea prezentării unor noi motive de contestare şi/ sau a formulării unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestaţie ulterior termenului legal de formulare a acesteia.

(b) Modalitatea de calcul a termenului propusă de contestatoare este contrară art. 21 alin. (3) anterior menţionat - concluziile scrise nu reprezintă o nouă contestaţie, astfel cum, de fapt, sugerează aceasta.

(c) Dacă ar fi dorit, contestatoarea putea solicita Autorităţii Contractante, în termenul de formulare al contestaţiei, accesul la dosarul achiziţiei. Nu există nicio pretinsă imposibilitate obiectivă, cum susţine contestatoare. Mai mult, obiectul contestaţie constă în unele aspecte ale documentaţiei de atribuire-respectiv, cele câteva răspunsuri la clarificări.

(d) Hotărârea pronunţată în Cauza CJUE C-54/21 invocată de contestatoare nu are legătură cu prezenta cauză - ipotezele fiind diferite.

Mai exact, CJUE a fost chemată a interpreta prevederile Directivei 2014/24, în legătură cu (i) noţiunea de secret comercial, (ii) informaţiile transmise de ofertanţi autorităţii contractante şi tratamentul confidenţial al acestor informaţii, (iii) accesul operatorilor economici ccl puţin la conţinutul esenţial al informaţiilor transmise de ceilalţi ofertanţi - în cauza respectivă fiind în discuţie identitatea experţilor/ subcontractanţilor; ori (iv) noţiuni precum „concepţia cu privire la dezvoltarea proiectelor" ori „descrierea modului de executare a contractului" drept criterii de atribuire a contractului.

Cât priveşte strict aspectul referitor la termenul de contestare a deciziei autorităţii contractante, intervenientul afirmă că tot raţionamentul CJUE are ca premisă de lucru tocmai o eroare de calificare a unor informaţii ca fiind confidenţiale/ secrete comerciale şi refuzul autorităţii contractante de divulgarea a acestora - ceea ce a împiedicat un ofertant să aibă acces la informaţiile respective.

Practic, în cauza citată, raţiunea pentru care se consideră că termenul procedural respectiv nu curge este dată întocmai de o calificare eronată urmată de refuzul de divulgare.

Prin urmare, Cauza CJUE-54/21 nu este aplicabilă în cauză.

(2) Referitor la punctele 2 şi 3 din replică:

(a) Intervenientul arată că argumentele sale au fost prezentate structurat şi logic - cele din secţiunea 2 din Notele noastre detaliind aspecte privind existenţa/ inexistenţa interesului legitim, cele din secţiunea 3.1 din aceleaşi Note detaliind aspecte de fond. Şi nu există nicio contradictorialitate:

(b) Potrivit Fişei de date (II. 1.1), nevoia Autorităţii Contractante este de Vaccin PCV - deci toate şi oricare din formele PCV menţionate în caietul de sarcini îndeplinesc această nevoie, fiind indiferent care formă/ forme va/ vor fi efectiv achiziţionată/e de Autoritatea Contractantă - cu condiţia desigur de a avea indicaţia pediatrică la momentul prevăzut în documentaţia de atribuire (data limită a depunerii ofertelor - necunoscută la acest moment).

(c) Formele PCV-13 şi PCV-15 sunt deja autorizate şi pentru indicaţia pediatrică, iar forma PCV- 20 este în curs de autorizare şi pentru această indicaţie pediatrică, procedură de autorizare începută relevant anterior demarării Procedurii de Atribuire.

(d) Din Referatul de necesitate rezultă şi faptul că Autoritatea Contractantă a avut în vedere că PCV-20 se află în curs de autorizare pentru indicaţia pediatrică în discuţie (în rest PCV-20 fiind autorizat pe

piaţă), neapărând astfel o confirmare implicită că acesta nu poate fi ofertat, ci că ar putea fi ofertat dacă obţine autorizarea în timp util.

(e) Informaţiile privind procedura de autorizare pentru indicaţia pediatrică a PCV-20 sunt din sursă publică, respectiv de pe website-ul autorităţii competente şi arată momentul demarării, durata acestei proceduri şi faptul că, în prezent, nu a fost încă soluţionată cererea. Prin urmare, acestea nu au un caracter eronat şi vădit neîntemeiat (nefiind făcută nicio probă contrară).

(f) Prezenta Procedură de Atribuire este una competitivă - acesteia nu i se aplica în oglindă regulile din procedura specială a negocierii fară publicare de anunţ de participare, cum doreşte contestatoarea. Şi nici clauzele contractuale din Acordul de furnizare încheiat în trecut de contestatoare urmare procedurii de negociere fară publicare de anunţ de participare.

De aceea, eventuala obţinere ulterioară datei limită de depunere a ofertelor a autorizaţiei pentru PCV-20 nu trebuie să impacteze prezenta Procedură - aceasta întrucât cadrul concurenţial a fost asigurat, iar autorizarea/ intrarea pe piaţă ulterioară a unui alt produs concurent nu trebuie să afecteze o procedură desfăşurată deja în regim concurenţial (şi nu excepţional, de negociere directă fară anunţ de publicare, pentru un unic produs).

(g) Intervenientul susţine că nu este în discuţie o apărare a unei pretinse conduite nelegale a Ministerului ci a fost prezentată situaţia, aşa cum este aceasta potrivit informaţiilor şi încadrată juridic în consecinţă.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. ....., ... SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. .... din ...., emisă de ...., în valoare de .... RON, potrivit dispozițiilor art. 61^1 din Legea nr. 101/2016.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura procedura de licitație deschisă, online, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Achiziția publică de vaccin pneumococic polizaharidic conjugat”, cod CPV 33651600-4. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ...., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”, termenul limită pentru depunerea ofertelor fiind 11.12.2023, ora 15:00, conform Erata .....

Împotriva Răspunsului consolidat la solicitările de clarificări („Răspunsul nr. 1”), la al doilea Răspuns la solicitările de clarificări („Răspunsul nr. 2”) și documentației de atribuire așa cum a fost clarificată prin răspunsurile menționate anterior, ... SRL a formulat contestația care formează obiectul dosarului nr. .....

Prin Încheierea nr. ...., Consiliul s-a pronunțat asupra cererii de suspendare a procedurii din cuprinsul contestației formulate de ..... SRL, pe care a respins-o.

În cauză se reține că ..... SRL („.....") a formulat cerere de intervenție voluntară înregistrată la CNSC sub nr. ..., în referire la contestația depusă de ..... SRL ce formează obiectul dosarului nr. .....

Preliminar analizării criticilor din cuprinsul contestaţiei, Consiliul urmează să analizeze admisibilitatea de principiu a cererii de intervenţie formulată de ..... SRL („.....").

Conform 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, cu înştiinţarea părţilor cauzei, 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 faptului că s-a formulat contestaţie. (...)".

Potrivit Codului de procedură civilă, ale cărui prevederi completează dispozițiile Legii nr. 101/2016, potrivit art. 68 din acest din urmă act normativ, oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părţile originare. Intervenţia este principală, când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecăţii sau un drept strâns legat de acesta. Intervenţia este accesorie, când sprijină numai apărarea uneia dintre părţi. La art. 64 din cod se menţionează că instanţa trebuie să se pronunţe asupra admisibilităţii în principiu a intervenţiei.

Totodată acelaşi act normativ mai dispune că:

„Art. 32. - (1) Orice cerere poate fi formulată şi susţinută numai dacă autorul acesteia:

a) are capacitate procesuală, în condiţiile legii;

b) are calitate procesuală;

c) formulează o pretenţie;

d) justifică un interes.

(2) Dispoziţiile alin. (1) se aplică, în mod corespunzător, şi în cazul apărărilor.

Art. 33. - Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual."

În analiza cererii de intervenţie este necesară identificarea existenţei interesului determinat, legitim, personal, născut şi actual al autorului, de care depinde admiterea în principiu a cererii sale de intervenție.

Astfel, în soluţionare, Consiliul constată că ..... SRL („.....") îşi justifică interesul invocând calitatea sa de potențial ofertant la procedura de atribuire în discuție, având în vedere drepturile legale derivate din calitatea sa operator economic care activează în domeniul produselor farmaceutice, având în portofoliu o gamă diversă de vaccinuri pentru copii și adulți, inclusiv Vaccinul PCV ce face obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Astfel, Consiliul constată că interesul ..... SRL („....."), în formularea cererii de intervenție este născut şi actual, având în vedere că operatorul economic, la momentul de față, este un potențial ofertant la procedura de atribuire în discuție, având interes în menținerea documentației de atribuire, astfel cum a fost elaborată și publicată în SEAP (anunț de participare nr. .... urmând, pe cale de consecinţă, ca cererea să fie încuviinţată, în principiu.

În ceea ce privește excepția lipsei de interes a contestației formulată de ..... SRL, invocată de intervenientul ..... SRL („....."), în

calitate de potențial ofertant la procedura de atribuire în discuție, Consiliul urmează să o respingă ca neîntemeiată, pentru următoarele considerente:

În soluționare acestei excepții, Consiliul constată că în speță sunt incidente dispozițiile art. 2 și art. 3 din Legea nr. 101/2016, care stipulează următoarele:

- Art. 2 alin. (1) *”Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”;*

- Art. 3 alin. (1) lit. f) *”persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire”;

- Art. 3 alin. (3) *”În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat şi fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanţă, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac”.*

Prin urmare, legiuitorul definește foarte clar ce înseamnă „persoană vătămată" și ”interes”, respectiv faptul că orice operator economic care riscă să sufere vreo vătămare printr-un act al autorității contractante, are interes în legătură cu respectiva procedură.

Pe fondul contestației formulate de ..... SRL, Consiliul retine urmatoarele:

Contestatorul critica legalitatea anumitor prevederi din documentatia de atribuire aferenta procedurii analizate, așa cum a fost clarificată prin răspunsurile nr. 1 si nr. 2, solicitând în mod concret modificarea acesteia după cum urmează:

a. Să dispună măsurile necesare astfel încât formula de calcul a factorului de evaluare „Termen de livrare", prevăzută în documentaţia de atribuire, să poată fi aplicată în SEAP, contrar răspunsului dat la întrebarea nr. 7 din Răspunsul nr. 2

b. Să elimine din obiectul achiziţiei vaccinul pneumococic polizaharidic conjugat 20-valent (PCV-20) şi să stabilească o metodă prin care noi produse pot avea acces pe piaţă, contrar răspunsului dat la întrebarea 30 din Răspunsul nr. 1;

c. Să elimine clauza 11.3 din modelul de contract subsecvent pentru nelegalitatea conţinutului acesteia, contrar răspunsurilor date la întrebările 25 şi 51 din Răspunsul nr. 1;

d. Să modifice clauza 20.1. din modelul de contract subsecvent, referitoare la dreptul de denunţare unilaterală a Autorităţii contractante,

astfel încât să reflecte dispoziţiile legale ale art. 223 din Legea 98/2016, contrar răspunsurilor date la întrebările 6, 28, 52 si 53 din Răspunsul nr. 1;

e. Să înlocuiască sancţiunea nulităţii prevăzută la secţiunea II.2.5 din Fişa de Date, sancţiune prevăzută pentru nerespectarea termenelor de livrare ofertate, cu sancţiunea rezilierii, contrar răspunsului dat la întrebarea 46 din Răspunsul nr. 1.

a. În ceea ce privește prima critică a contestatorului, respectiv să dispună măsurile necesare astfel încât formula de calcul a factorului de evaluare „Termen de livrare", prevăzută în documentaţia de atribuire, să poată fi aplicată în SEAP, contrar răspunsului dat la întrebarea nr. 7 din Răspunsul nr. 2. Consiliul reține următoarele:

Potrivit fișei de date a achiziției, criteriul de atribuire a fost stabilit ca fiind cel mai bun raport calitate-preţ, având următorii factori de evaluare:

Denumire factor evaluare	Pondere
Preţul ofertei	80% Punctaj maxim factor: 80 Intră in licitaţie electronică Intră in reluare de competiţie Invers proporţional Punctajul se acordă astfel: a) Pentru cel mai scăzut dintre preturi se acorda punctajul maxim alocat; b) Pentru celelalte preturi ofertate punctajul P(n) se calculează proporţional, astfel: P(n) = (Preţ minim ofertat / Preţ n) x punctaj maxim alocat.
Termenul de livrare al produselor (T)	20% Intră in licitaţie electronica Intră in reluare de competiţie Algoritm de calcul: d) Pentru un termen de livrare ofertat, cuprins între 1 şi 5 zile, se acordă 20 puncte. e) Pentru un termen de livrare ofertat, cuprins între 6 şi 10 zile, se acordă 10 puncte. f) Pentru un termen de livrare ofertat de peste 11 zile, dar cu încadrarea în termenul maxim de livrare solicitat de autoritatea contractantă, se acordă 5 puncte.
	f) Ofertele care prezintă termenul de livrare maxim solicitat, de 30 de zile de la data semnării contractului de ambele părţi, vor fi considerate conforme, dar nu vor primi punctaj -0 puncte. g) Ofertele care prezintă un termen de livrare mai mare decât termenul maxim solicitat vor fi respinse ca neconforme. Termenul de livrare al produselor va fi exprimat în zile şi se va calcula de la data semnării contractului de către ambele părţi.
Punctaj maxim total	100

Urmare unor solicitări de clarificări referitoare la modalitatea de acordare a punctajului pentru factorul de evaluare „Termen de livrare", autoritatea contractantă a detaliat modalitatea în care operatorii economici vor folosi platforma SEAP pentru a introduce datele referitoare la termenul de livrare şi felul în care se va stabili clasamentul, menţionând totodată că algoritmul pentru calculul punctajului aferent termenului de livrare este diferit faţă de cel din Fişa de date:

„Platforma SEAP va pune la dispoziţia operatorilor economici participanţi la procedură un câmp în care aceştia vor putea încărca termenul de livrare ofertat.

Elementele repetitive, respectiv preţul unitar şi termenul de livrare, vor putea fi îmbunătăţite oricând pe parcursul derulării licitaţiei electronice.

La definirea licitaţiei electronice în SEAP, autoritatea contractantă va bifa opţiunea ca operatorii economici să poată vizualiza cea mai bună ofertă.

La finalizarea etapei de licitaţie electronică, sistemul SEAP va întocmi automat un clasament, pe baza celor încărcate în sistem de participanţi.

Pentru alcătuirea clasamentului final al etapei de licitaţie electronică, autoritatea contractantă va solicita, prin intermediul SEAP, tuturor participanţilor, transmiterea formularului de ofertă şi a centralizatorului de preţuri, întocmite potrivit celor ofertate în licitaţia electronică. Precizăm că, pentru calculul punctajului aferent factorului de evaluare tehnic (termenul de livrare), platforma SEAP aplică un algoritm matematic, care este diferit de cel comunicat prin fişa de date a achiziţiei, acesta fiind motivul solicitării retransmiterii formularului de ofertă şi a centralizatorului de preţuri, întocmite potrivit celor ofertate în licitaţia electronică."

Contestatorul susține că acest fapt contravine întru totul legislaţiei achiziţiei publice, fiind contrar dispoziţiilor art. 117 din H.G. 395/2016 care prevăd că:

„Licitaţia electronică se poate organiza numai în măsura în care facilităţile tehnice disponibile în cadrul SEAP permit aplicarea algoritmului de calcul stabilit de autoritatea contractantă."

Consiliul apreciază că aceste susțineri sunt întemeiate, întrucât factorii de evaluare precum și modalitatea de acordare a punctajului aferent trebuie să se regăsească atât în documentația de atribuire cât și în datele din SEAP sub aceeași formă, pentru respectarea principiilor transparenței și a tratamentului egal, cu atât mai mult cu cât modalitatea de acordare a punctajului aferent fiecărui factor de evaluare este definitorie pentru stabilirea câștigătorului/câștigătorilor dintre participanții la o procedură de achiziție publică. În aceste condiții, Consiliul nu poate reține ca întemeiate cele transmise de autoritatea contractantă cu privire la faptul că platforma SEAP ar aplica un algoritm matematic care este diferit de cel comunicat prin fişa de date a achiziţiei, având în vedere că principiului transparenţei enunţat în art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016, instituie obligaţia autorităţii de a avea o procedură transparentă, care să permită operatorilor economici să prevadă modalitatea de punctare a ofertelor acestora şi să le pregătească în acest sens. De altfel, întregul proces competiţional ar fi fost descurajat, autoritatea contractantă stabilind că ofertanţii vor vedea oferta clasată pe primul loc, când, în realitate, SEAP ar fi calculat clasamentul altfel decât cum l-ar fi calculat autoritatea contractantă la finalul licitaţiei electronice. De altminteri, autoritatea contractantă nu a menționat nici care este algoritmul matematic ce va fi folosit de SEAP pentru a calcula punctajul aferent factorului termen de livrare, astfel că, în continuare, operatorii economicii nu pot şti cu claritate în baza cărui algoritm le va fi evaluată oferta de către SEAP.

Prin urmare, Consiliul apreciază că este necesar ca autoritatea contractantă să procedeze la remedierea acestor aspecte, astfel încât formula de calcul a clasamentului de către SEAP să fie conformă celor specificate în Fişa de date a achiziției.

b. În ceea ce privește solicitarea contestatorului de „eliminare din obiectul achiziţiei vaccinul pneumococic polizaharidic conjugat 20-valent

(PCV-20) şi să stabilească o metodă prin care noi produse pot avea acces pe piaţă, contrar răspunsului dat la întrebarea 30 din Răspunsul nr. 1”, Consiliul reține următoarele:

Prezenta procedură de achiziție publică organizată în vederea încheierii acordului-cadru are ca ca obiect „Achiziția publică de vaccin pneumococic polizaharidic conjugat”, iar autoritatea contractantă a indicat în caietul de sarcini trei metode diferite de preparare a vaccinului admise în procedură, fiind luate în considerare caracteristicile vaccinurilor pneumococice autorizate de punere pe piaţă. Din acest motiv, potrivit caietului de sarcini al achiziţiei, sunt acceptate metode de preparare atât pentru vaccin pneumococic 13-valent, cât şi pentru vaccin pneumococic 15-valent, dar şi vaccin pneumococic 20-valent.

Întrucât nu se indică în mod imperativ vreuna dintre metodele de preparare mai sus menţionate, Consiliul apreciază ca fiind pertinente susținerile autorității contractante potrivit cărora operatorii economici interesaţi pot participa în procedură cu acel produs care întruneşte atât cerinţele minime şi obligatorii din caietul de sarcini, dar şi condiţiile legale de punere pe piaţa din România.

Faptul că autoritatea contractantă a luat decizia de a organiza o procedură competitivă deoarece, ulterior încheierii unui acord cadru cu ofertantul contestator (acord cadru încheiat prin procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare, organizată în temeiul prevederilor art. 104, alin. (1), lit. b) şi alin. (2), lit. b) şi lit. c) din Legea nr. 98/2016, deci procedură necompetitivă), au fost autorizate pentru punere pe piață și alte vaccinuri pneumococice, ale altor producători recomandate incusiv pentru administrare la sugar (vârsta de 2 luni), în opinia Consiliului, este justificată și întemeiată pe dispozițiile legale din materia achizițiilor publice. Necesitatea autorităţii contractante, astfel cum este clar definită prin obiectul achiziţiei, este de Vaccin PCV, ceea ce semnifică că toate şi oricare din formele menţionate în caietul de sarcini ale unui astfel de vaccin îndeplinesc această necesitate, fiind indiferent care formă/ forme va/ vor fi efectiv achiziţionată/e de autoritatea contractantă, întrucât sunt considerate echivalente.

Referitor la solicitarea contestatorului de obligare a autorității contractante la eliminarea vaccinul pneumococic polizaharidic conjugat 20-valent (PCV-20) din obiectul achiziției, Consiliul nu o reține ca fiind întemeiată. Așa cum însuși contestatorul recunoaște, acesta are deja autorizat un vaccin pneumococic din cele trei variante cuprinse în caietul de sarcini, astfel că poate participa la procedură cu acest vaccin, nefiind obligată să depună ofertă pentru varianta cu 20 de valenţe,

Faptul că există posibilitatea obținerii de către contestator a autorizării de punere pe piață și pentru acest tip de vaccin ulterior depunerii ofertelor în prezenta procedură nu are relevanță și nu împiedică desfășurarea acestei proceduri de achiziție publică, din moment ce tipurile de vaccin indicate de autoritatatea contractantă în caietul de sarcini sunt echivalente și acoperă necesitățile autorității contractante. Eventuala obţinere ulterioară datei limită de depunere a ofertelor a autorizaţiei pentru PCV-20 nu trebuie să afecteze prezenta procedură întrucât cadrul concurenţial a fost asigurat, iar autorizarea/ intrarea pe piaţă ulterioară a

unui alt produs concurent nu trebuie să afecteze o procedură desfăşurată în regim concurenţial.

Dimpotrivă, în opinia Consiliului, solicitarea contestatorului de obligare a autorității contractante la „eliminare din obiectul achiziţiei vaccinul pneumococic polizaharidic conjugat 20-valent (PCV-20) şi să stabilească o metodă prin care noi produse pot avea acces pe piaţă”, poate avea un caracter restrictiv întrucât existența pe piață doar a unui singur producător care ar putea livra un asemenea produs ar conduce din nou la obținerea acestuia printr-o procedură necompetitivă, procedură care nu ar reflecta caracterul concurențial ce caracterizează procedurile de achiziție publică. De altminteri, această solicitare excede competenței CNSC, Consiliul neputând stabili modul în care o autoritate/entitate contractantă își organizează următoarele (viitoarele) proceduri de achiziție publică, momentul și modul de organizare fiind apanajul exclusiv al autorităților/entităților contractante care își stabilesc propriile necesități,conform principiului asumării răspunderii.

c. Referitor la pretinsa nelegalitate a răspunsurilor la întrebările 25 şi 51 din Răspunsul 1, Consiliul reține că acestea se referă art. 11.3 din modelul de contract subsecvent potrivit căruia autoritatea contractantă îşi rezervă dreptul de a denunţa contractul în situaţia în care furnizorul ar intra în procedura insolvenţei.

Clauza 11.3 din modelul de contract subsecvent are următorul conținut:

„Achizitorul îşi rezervă dreptul de a renunţa la contract, printr-o notificare scrisă adresată furnizorului, fără nicio compensaţie, dacă acesta din urmă intră în insolvenţă cu condiţia ca această anulare să nu prejudicieze sau să afecteze dreptul la acţiune sau despăgubire pentru furnizor. În acest caz, furnizorul are dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data denunţării unilaterale a contractului."

În cuprinsul solicitărilor de clarificări s-a pus în discuţie nelegalitatea clauzei anterior menţionate raportat la dispoziţiile art. 123 alin. (1) teza a două din Legea insolvenţei nr. 85/2014 potrivit cărora orice clauze contractuale de desfiinţare a unui contract în derulare pentru motivul deschiderii procedurii insolvenţei se consideră nescrise.

Autoritatea contractantă a răspuns în sensul că nu acceptă eliminarea clauzei în discuţie întrucât această clauză are în vedere reglementările în materia achiziţiilor publice referitoare la motivele de excludere.

Cu alte cuvinte, autoritatea contractantă a clarificat faptul că rezervarea dreptului de denunţare a contractului pentru motiv de intrare a furnizorului în insolvenţa este cu aplicarea prevederilor legislaţiei achiziţiilor publice în materie.

Consiliul reține că, potrivit dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea 98/2016, „Autoritatea/entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a *contractului de achiziţie publică/sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se ajlă se află în procedura insolvenţei sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activităţii".*

Prin excepţie, alin. (2) al aceluiaşi articol prevede că autoritatea/ entitatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator

economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvenţă atunci când, pe baza informaţiilor şi/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabileşte că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziţie publică/sectorial/acordul-cadru, ţinând cont de măsurile adoptate de respectivul operator economic privind continuarea activităţii.

Demonstrarea faptului că operatorul economic în cauză are capacitatea de a executa contractul presupune, conform tezei a 2-a a alin. (2) anterior precizate, că respectivul operator economic se află fie în faza de observaţie şi a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activităţii curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară şi respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanţă.

Prin urmare, în materia achiziţiilor publice, intrarea în insolvenţă nu conduce automat la excluderea operatorului economic, ci numai în situaţia în care operatorul economic respectiv nu poate dovedi că are capacitatea de a executa contractul.

În opinia Consiliului, dispozițiile legale în materie nu se opun verificării situației ofertanților și în cazul atribuirii contractelor subsecvente urmare a încheierii unui acor cadru, capacitatea de executare a acestora fiind esențială pentru orice autoritate/entitate contractantă.

Prin urmare, Consiliul apreciază că prevederile clauzei 11.3 din modelul de contract subsecvent nu au un caracter nelegal, aceasta reprezentând modalitatea prin care autoritatea contractantă dorește să se asigure că operatorul economic căruia i se va atribui contractul subsecvent are capacitatea de a-și îndeplini obligațiile asumate în condiții corespunzătoare, verificarea acestui criteriu de excludere putându-se face pe tot parcursul derulării unui contract întrucât incidența acestuia (intrarea în insolvență) poate avea repercusiuni negative în îndeplinirea contractului.

d. Referitor la pretinsa nelegalitate a răspunsurilor la întrebările 6, 28 şi 52 din Răspunsul 1, Consiliul reține următoarele:

În esenţă, clarificările în discuţie privesc art. 20.1 (inclus în capitolul Denunţarea unilaterală) din cuprinsul Modelului de contract subsecvent potrivit căruia:

Achizitorul îşi rezervă dreptul de a renunţa la contract, printr-o notificare scrisă adresată furnizorului, fără nici o compensaţie, dacă împotriva acestui din urmă este pronunţată o decizie a Curţii Europene de Justiţie. Justiţie, a CNSC sau a instanţelor de judecată.

Articolul în cauză a făcut obiectul a trei întrebări la care Autoritatea contractantă a oferit răspunsuri specifice, în funcţie de întrebările operatorilor economici, fiecare întrebare având o solicitare particulară - respectiv:

(a) Întrebarea şi răspunsul 6

Î: *(...) Această prevedere contractuală, care are semnificaţia unei clauze de reziliere a contractului, din motive imputabile furnizorului, considerăm că se impune afi eliminată sau clarificată prin precizarea unor detalii suplimentare legate de obiectul eventualelor decizii care ar putea fi pronunţate împotriva furnizorului de către entităţile menţionate. În formularea actuală, clauza este susceptibila de multiple interpretări şi*

poate determina rezilierea unilaterala a contractului în mod discreţionar, la iniţiativa achizitorului.

R: *Nu se acceptă solicitarea de eliminare a pct. 20.1 din modelul de contract subsecvent. Punctul 20.1 din modelul de contract subsecvent ţine cont de prevederile art. 223 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare. In plus, articolul 223 mai sus menţionat detaliază circumstanţele în care această clauză poate fi pusă în aplicare, neexistând sub nicio formă premisele rezilierii contractului în mod discreţionar.*

(b) Întrebarea şi răspunsul 28

Î: *Cu privire la clauza 20.1 vă solicităm să acceptaţi următoarea reformulare, pentru o corelare adecvată cu prevederile similare ale art. 223 alin. (1) litera b) din Legea 95/20162:*

„20.1 Achizitorul îşi rezervă dreptul de a renunţa la contract, printr-o notificare scrisă adresată furnizorului, fără nici o compensaţie, dacă împotriva acestuia din urmă este pronunţată o decizie a Curţii Europene de Justiţie care constată o încălcare gravă a obligaţiilor care rezultă din legislaţia europeană relevantă".

R: *Nu se acceptă modificarea. Propunerea face referire doar la situaţia pronunţării unei decizii de către Curtea Europeană de Justiţie şi nu şi de către instanţele române.*

Ca atare, întocmai datorită naturii instituţiei denunţării - ca aplicaţie întocmai a principiului pacta sunt servanta, prevederea este evident clară şi fară a fi necesar a fi modificată printr-o versiune propusă de un operator economic, întinderea clauzei fiind neechivocă.

(c) Întrebarea şi răspunsul 52

Î: *Vă rugăm să clarificaţi dacă art. 20.1. din Modelul de Contract subsecvent vizează orice decizie pronunţată de Curtea Europeană de Justiţie, de CNSC sau de instanţele de judecată împotriva furnizorului, indiferent de obiectul unei astfel de decizii sau dacă această prevedere vizează decizii pronunţate de Curtea Europeană de Justiţie, de CNSC sau de instanţele de judecată împotriva furnizorului în legătură cu prezenta procedură de achiziţie.*

R: *Prevederea vizează deciziile luate de Curtea Europeană de Justiţie, de CNSC sau de instanţele de judecată împotriva furnizorului în legătură cu încălcarea gravă a obligaţiilor care rezultă din legislaţia europeană şi naţională relevante.*

Practic, autoritatea contractantă a clarificat în sensul că poate renunţa la/ denunţa contractul în situaţia în care se constată o încălcare gravă de către furnizor a obligaţiilor care rezultă din legislaţia europeană şi naţională relevante prin hotărâre pronunţată de Curtea Europeană de Justiţie, de CNSC sau de instanţele de judecată.

Potrivit dispozițiilor art.223 din Legea nr.98/2016, *„**(1)** Fără a aduce atingere dispoziţiilor dreptului comun privind încetarea contractelor sau dreptului autorităţii contractante de a solicita constatarea nulităţii absolute a contractului de achiziţie publică, în conformitate cu dispoziţiile dreptului comun, autoritatea contractantă are dreptul de a denunţa unilateral un contract de achiziţie publică în perioada de valabilitate a acestuia în una dintre următoarele situaţii:*

a) *contractantul se afla, la momentul atribuirii contractului, în una dintre situaţiile care ar fi determinat excluderea sa din procedura de atribuire potrivit art. 164-167;*

b) *contractul nu ar fi trebuit să fie atribuit contractantului respectiv, având în vedere o încălcare gravă a obligaţiilor care rezultă din legislaţia europeană relevantă şi care a fost constatată printr-o decizie a Curţii de Justiţie a Uniunii Europene.*

(2) *Autoritatea contractantă introduce dreptul de denunţare unilaterală prevăzut la alin. (1) în condiţiile contractuale cuprinse în documentaţia de atribuire".*

Faptul că autoritatea contractantă a inserat ca premisă a denunțării unilaterale a contractului și situația în care co-contractantul său a încălcat grav prevederile legale relevante în materie şi această încălcare a fost constatată de o autoritate competentă națională nu poate fi apreciat ca având un caracter excesiv, întrucât această clauză are menirea de a proteja autoritatea contractantă de un comportament neadecvat și păgubitor în sensul că un co-contractant ar încălca grav prevederi legale relevante și această conduită a fost stabilită de o autoritate jurisdicțională competentă, națională sau europeană .

De altinteri, prevederea de la art. 223 din Legea 98/2016 reprezintă transpunerea art. 73 - încetarea contractului din Directiva 2014/24/UE din 26 februarie 2014 privind achiziţiile publice şi de abrogare a Directivei 2004/18/CE („Directiva privind achiziţiile publice").

Astfel, Directiva prevede un minim în sarcina statelor membre, respectiv, să asigure încetarea contractului în cazul încălcării grave a obligaţiilor declarată printr-o decizie CJUE. Acest minim este confirmat de sintagma: *cel puţin în următoarele circumstanţe (...).*

În aceste condiții, nu poate fi apreciat că această clauză contractuală ar avea un caracter nelegal, din moment ce este totuși pusă în discuție ipoteza încălcării grave a prevederilor din materia achizițiilor publice, aspect constatat de o instanță competentă.

Prin urmare, Consiliul va respinge ca nefondate criticile contestatorului referitoare la cele mai sus reținute.

e. Referitor la criticile contestatorului privind sancțiunea nulității prevăzută la secţiunea II.2.5 din Fişa de date a achiziției, sancţiune prevăzută pentru nerespectarea termenelor de livrare ofertate, Consiliul le apreciază ca fiind întemeiate.

Prin întrebarea nr. 46 din o solicitare de clarificări s-a solicitat autorităţii contractante să clarifice dacă prevederea de la punctul II.2.5 din fişa de date a achiziției reprezintă o clauză de nulitate sau o clauză de reziliere a contractelor subsecvente.

Prin răspunsul la întrebarea nr. 46 din răspunsul consolidat la clarificări, publicat în SEAP în data de 21.11.2023, autoritatea contractantă a precizat că prevederea citată din fişa de date nu reprezintă o clauză contractuală, ci „are rol informativ".

Consiliul apreciază că răspunsul autorității contractante sub aspectul solicitat a fi clarificat/modificat nu este suficient și nu justifică necesitatea menținerii unei astfel de prevederi în fișa de date a achiziției, în condițiile în care însăși autoritatea contractantă susține că respectiva prevedere are

doar un rol informativ, fără a preciza motivul pentru care insistă să o mențină în fișa de date.

Prin urmare autoritatea contractantă are obligația fie să modifice cerința de la punctul II.2.5 din fișa de date a achiziției conform solicitărilor contestatorului, respectiv să precizeze că sancțiunea prevăzută pentru nerespectarea termenelor de livrare ofertate este rezilierea și nu nulitatea contractelor subsecvente, fie chiar să o elimine, din moment ce modelul de acord-cadru/ contract subsecvent detaliază modalităţile prin care respectivele contracte pot înceta.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) lit.a și b) și alin.(5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestația formulată de ..... SRL, în ceea ce privește criticile indicate la literele a) și e) potrivit celor reținute în motivarea prezentei decizii și, pe cale de consecință, va obliga autoritatea contractantă la ..... și la publicarea în SEAP a modificărilor efectuate, cu respectarea prevederilor legale și a motivării prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate restul criticilor formulate de ..... SRL.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) și art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, Consiliul va respinge cererea de intervenție voluntară formulată de ..... SRL, în ceea ce privește criticile indicate la literele a) și e) din contestația ..... SRL.

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

CONSILIUL DISPUNE:

În temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge excepția privind lipsa de interes a contestației formulată de ..... SRL, invocată de intervenientul ..... SRL.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) lit.a) și b) și alin.(5) din Legea nr. 101/2016, admite în parte contestația formulată de ..... SRL, în ceea ce privește criticile indicate la literele a) și e) potrivit celor reținute în motivarea prezentei, în contradictoriu cu autoritatea contractantă .....

Obligă autoritatea contractantă la ..... și la publicarea în SEAP a modificărilor efectuate, cu respectarea prevederilor legale și a motivării prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate restul criticilor formulate de ..... SRL.

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin (3) și art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, respinge cererea de intervenție voluntară formulată de ..... SRL, în ceea ce privește criticile indicate la literele a) și e) din contestația ..... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.