



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.... /C10/.....

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 Comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de administrator și convențional de , cu sediul profesional ales în, str. ..., ..., împotriva modificărilor operate prin Clarificarea generată automat („Clarificarea automată”) publicată pe platforma SEAP în data de 05.07.2024 și prin noul model de Acord-cadru și noul model de contract subsecvent publicate pe platforma SEAP în data de 04.07.2024, precum și ca urmare a Eratei generate automat în data de 09.07.2024 cu privire la ridicarea suspendării procedurii și stabilirea noului termen-limită de depunere a ofertelor pentru data de 17.07.2024, 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 CNSC:

I. Să suspende procedura de achiziție, în temeiul art. 22 din Legea 101/2016, până la soluționarea prezentei contestații.

II. În principal, să dispună anularea Clarificării automate, publicată pe platforma SEAP în data de 05.07.2024 și prin noul model de Acord-cadru și noul model de contract subsecvent publicate pe platforma SEAP în data de 04.07.2024, precum și a Eratei generate automat în data de 09.07.2024 cu privire la ridicarea suspendării procedurii și stabilirea noului termen-limită de depunere a ofertelor pentru data de 17.07.2024, iar, în subsidiar, să dispună anularea procedurii pentru încălcarea drepturilor operatorilor economici interesați.

III. Să dispună anularea Clarificării automate, publicată pe platforma SEAP în data de 05.07.2024 și prin noul model de Acord-cadru publicat pe

platforma SEAP în data de 04.07.2024, care modifică Criteriul de atribuire prevăzut în Secțiunea 11.2.5 din anunțul de participare și din noul model de Acord-cadru, precum și obligarea Ministerului la luarea unor remedii care să asigure alinierea algoritmului SEAP cu algoritmul din Documentația de atribuire, precum și stabilirea factorilor de evaluare astfel încât să determine oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, iar, în subsidiar, să dispună anularea Procedurii de achiziție;

IV. Să dispună anularea clauzei 11.3 din noul model de contract subsecvent, în conformitate cu Decizia ... a Curții de Apel, sau obligarea Ministerului la înlăturarea acestei clauze;

V. Să anuleze cerința referitoare la Calendarul Național de Vaccinare și să oblige Ministerul să asigure executarea întocmai a Deciziei nr. a Curții de Apel prin eliminarea specificațiilor din Caietul de sarcini care împiedică ofertarea vaccinului pneumococic polizaharidic conjugat 20-valent, iar în subsidiar, să dispună anularea Procedurii de achiziție.

..... SRL („.....”), cu sediul în, ..., având CUI, înregistrată în Oficiul Registrul Comerțului sub nr., reprezentată de în calitate Administrator, și convențional de SA, cu sediul procesual ales în, str. ..., ..., în calitate de agent economic interesat (potențial/viitor ofertant), depune Cerere de intervenție voluntară înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr., prin care solicită admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației formulată de SRL ca nefondată.

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de SRL („.....”), cu sediul în, ..., având CUI ..., înregistrată în Oficiul Registrul Comerțului sub nr., reprezentată de ... în calitate Administrator, și convențional de SA, cu sediul procesual ales în, str. ..., ..., împotriva măsurii suspendării procedurii de atribuire organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Achiziția publică de vaccin pneumococic polizaharidic conjugat”, de către, în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat obligarea autorității contractante să ridice măsura suspendării și să reia procedura de atribuire potrivit calendarului acesteia.

În temeiul art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, cele două contestații au fost conexe.

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 modificările operate prin Clarificarea generată automat („Clarificarea automată”) publicată pe platforma SEAP în data de 05.07.2024 și prin noul model de Acord-cadru și noul model de contract subsecvent publicate pe platforma SEAP în data de 04.07.2024, precum și ca urmare a Eratei generate automat în data de 09.07.2024 cu privire la ridicarea suspendării procedurii și stabilirea noului termen-limită de depunere a ofertelor pentru data de 17.07.2024, învederând următoarele:

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

Licitatia are în vedere atribuirea unui Acord-cadru pentru furnizarea de vaccin pneumococic polizaharidic conjugat, care va fi semnat de ofertanții clasati pe primele 7 locuri, în urma aplicării factorilor de evaluare și a desfășurării unei proceduri de licitație electronică. Procedura urmează următoarele etape de desfășurare: (i) depunerea ofertelor tehnice și financiare; (ii) evaluarea îndeplinirii criteriilor de calificare; (iii) organizarea unei sesiuni de licitație electronică pentru atribuirea acordului-cadru, licitație în care se re-ofertează atât prețul cât și termenul de livrare); (iv) organizarea rundelor de licitație electronică pentru atribuirea contractelor subsecvente în aceleași condiții ca în licitația electronică organizată pentru atribuirea acordului-cadru, inclusiv pentru primul contract subsecvent.

Conform Caietului de sarcini, vaccinurile eligibile sunt cele cu 13,15 sau 20 de valențe și care dețin, la momentul publicării anunțului de participare, autorizație de punere pe piață valabilă pentru România și recomandare oficială pentru sugari (2 luni) și copii mici, pentru respectarea Programului Național de Vaccinare.

Contestatorul precizează că a depus anterior contestație împotriva Răspunsurilor la solicitările de clarificări, Autoritatea procedând la suspendarea procedurii de atribuire până la data de 09.07.2024.

Ca urmare a Deciziei CNSC nr. („Decizia CNSC”) și a Deciziei a Curții de Apel („Decizia”), Autoritatea contractantă a fost obligată la implementarea următoarelor remedii:

a. Să coreleze sistemul informatic cu algoritmul de calcul pentru factorul de evaluare „Termen de livrare”, pentru a se conforma dispozițiilor art. art. 122 alin. 1 din H.G. nr. 395/2016 , precum și cu cele ale art. 138 din Legea nr. 98/2016, deoarece Ministerul a ales ca etapă finală licitația electronică ;

b. Să modifice clauza 11.3 din modelul de contract subsecvent, astfel încât să rezulte cu claritate faptul că acest caz de excludere vizează etapa anterioară încheierii contractului subsecvent și nu perioada executării acestuia, așa cum a statuat Curtea de Apel ;

c. Să ia măsurile corespunzătoare punerii în executare a Deciziei CNSC cu privire la mențiunea sancțiunii nulității prevăzută la secțiunea 11.2.5 din Fișa de Date, în sensul de a o modifica conform cerințelor din contestația, respectiv să o înlocuiască cu sancțiunea rezilierii, fie chiar să o elimine .

În acest sens, ... a operat o serie de modificări ca urmare a Deciziei CNSC și a Deciziei instanței

Cu titlu preliminar, se precizează faptul că după comunicarea Deciziei de către Curtea de Apel, Autoritatea contractantă a ales să modifice documentația de atribuire în timp ce procedura era suspendată și, după operarea acestor modificări, a ridicat suspendarea în data de 09.07.2024 și a stabilit ca termen de depunere a ofertelor data de 17.07.2024. Astfel, unele dintre modificările operate de către sunt

neclare și aparent nu sunt în concordanță cu dispozițiile CNSC și ale instanței de judecată. În aceste condiții, majoritatea criticilor formulate prin prezenta ar fi putut face obiectul unor solicitări de clarificare care ar fi putut duce la îndreptarea și clarificarea modificărilor aduse documentației de atribuire, iar prezenta contestație nu ar mai fi fost formulată. Având în vedere că autoritatea contractantă a ales să implementeze modificările la care a fost obligată de către CNSC și instanță într-o manieră în care a făcut imposibilă formularea de solicitări de clarificare, contestatorul este nevoit să formuleze prezentul demers judiciar.

ANULAREA CLARIFICĂRII AUTOMATE PUBLICATE PE PLATFORMA SEAP ÎN DATA DE 05.07.2024 ȘI PRIN NOUL MODEL DE ACORD-CADRU ȘI NOUL MODEL DE CONTRACT SUBSECVENT PUBLICATE PE PLATFORMA SEAP ÎN DATA DE 04.07.2024, PRECUM ȘI A ERATEI GENERATE AUTOMAT ÎN DATA DE 09.07.2024 CU PRIVIRE LA RIDICAREA SUSPENDĂRII PROCEDURII ȘI STABILIREA NOULUI TERMEN- LIMITĂ DE DEPUNERE A OFERTELOR PENTRU DATA DE 17.07.2024

Contestatorul afirmă că, urmare a formulării Contestației 1, Autoritatea contractantă a suspendat Procedura de achiziție. Procedura de achiziție a fost reluată începând cu data de 09.07.2024.

Cu toate acestea, Autoritatea contractantă a operat modificările în SEAP în timp ce procedura era suspendată, publicând o serie de clarificări din oficiu în data de 04.07.2024 și data de 05.07.2024, prin care a modificat modelele de Acord-cadru și contract subsecvent, dar și anunțul de participare cu privire la câteva puncte, printre care și Criteriul de atribuire.

Se menționează că platforma SEAP nu permite operatorilor economici să transmită niciun fel de documente (inclusiv solicitări de clarificări) către Autoritatea contractantă atât timp cât procedura este suspendată.

În data de 09.07.2024, ... a dispus încetarea suspendării și reluarea Procedurii de achiziție și a stabilit noul termen de depunere a ofertelor ca fiind 17.07.2024.

Conform art. 160 din Legea 98/2016, orice operator economic are dreptul de a adresa solicitări de clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare.

Or, potrivit documentației de atribuire, solicitările de clarificări trebuie depuse cu cel puțin 18 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor. Astfel, operatorii economici nu au posibilitatea de a mai depune solicitări de clarificări în legătură cu noile informații puse la dispoziție întrucât noul termenul de depunere a ofertelor nu a fost calculat cu luarea în considerare a termenului pentru depunerea solicitărilor de clarificări stabilit de însăși Autoritatea contractantă.

Astfel, în perioada 04.07.2024 - 09.07.2024, ... a negat dreptul operatorilor de a depune orice fel de documente în legătură cu Procedura de achiziție. Mai mult, operatorii economici au la dispoziție doar 8 zile pentru a depune ofertele conform noii documentații, încă neclară la acest moment.

..... (i) a modificat documentația într-o perioadă în care procedura nu era considerată în desfășurare și niciun operator economic nu putea cere clarificări în legătură cu aceasta și (ii) a stabilit un termen de depunere a

ofertelor disproporționat de scurt, care neagă operatorilor dreptul de a transmite solicitări de clarificări a informațiilor noi din documentație.

Se arată că, conduita Autorității contractante contravine art. 153, alin. (1) și (2) din Legea 98/2016, astfel, Autoritatea contractantă a îngrădit în mod vădit drepturile operatorilor economici de a cere clarificări asupra informațiilor nou apărute, în măsura în care aceste informații privesc însăși modalitatea de calcul a punctajului ofertelor, care s-a schimbat semnificativ față de versiunea precedentă și care a fost și obiectul Contestației 1 și plângerilor anterioare.

Vătămarea este cu atât mai evidentă cu cât nu se poate solicita prin clarificări confirmarea legalității algoritmului de calcul al Criteriului de atribuire din SEAP, în măsura în care a statuat în apărările sale din cadrul contestației și al plângerilor anterioare că nu cunoaște formula de calcul utilizată în SEAP și a recunoscut, în esență, că în proceduri anterioare, „clasamentul final stabilit conform legii de către a fost diferit de clasamentul stabilit de SEAP.”

Mai mult, tot în cadrul acelorași apărări, ... menționează ca algoritmul actual modificat a fost folosit în trecut, însă „..... a constatat că formula de acordare a punctajului sau, mai bine zis, rezultatul aplicării acesteia, nu aduce niciun avantaj autorității contractante.”

În concluzie, pe de-o parte, algoritmul actual (în urma modificării) a mai fost utilizat de către în trecut, iar, în același timp, Autoritatea contractantă a declarat că nu știe care este algoritmul folosit de platforma SEAP. Este evident pentru petent că acest aspect necesită a fi clarificat, lipsa clarificării făcând întregul demers din trecut (i.e., Contestația 1) inutil, cu încălcarea Deciziei CNSC și a Deciziei instanței

Totodată, contestatorul afirmă că nu pot fi clarificate nici alte elemente ce fac obiectul prezentei contestații, precum modul în care Autoritatea contractantă va aplica specificația tehnică referitoare la conformitatea cu Programul Național de Vaccinare din Caietul de sarcini, în măsura în care, tot din demersul litigios anterior, s-a clarificat că oricare dintre vaccinurile de 13, 15 sau 20 de valențe pot fi oferite, fiind necesare Autorității contractante, însă față de forma curentă a documentației, nu toate aceste vaccinuri sunt conforme cu schema de vaccinare prevăzută în Program.

În acest, sens se solicită Consiliului să dispună anularea mențiunilor privind termenul de depunere a ofertelor cu încălcarea dreptului operatorilor de a formula solicitări de clarificări, cu consecința de a impune Ministerului dispunerea unor măsuri de remediere care să asigure respectarea drepturilor operatorilor pe parcursul procedurii, precum și respectarea principiului transparenței, proporționalității, asumarea răspunderii, consacrate de art. 2 din Legea 98/2016.

În subsidiar, în măsura în care Ministerul ar fi în imposibilitate de a remedia situația nelegală creată, contestatorul solicită anularea procedurii pentru încălcarea drepturilor operatorilor economici la a solicita clarificări referitoare la legalitatea modificărilor întreprinse de către Autoritatea contractantă.

NELEGALITATEA ALGORITMULUI DE CALCUL PENTRU FACTORUL DE EVALUARE „TERMEN DE LIVRARE”

Ca urmare a Deciziei CNSC și a Deciziei instanței, Autoritatea contractantă a fost obligată să asigure alinierea algoritmului de calcul astfel încât sistemul informatic al SEAP să permită aplicarea corespunzătoare a modului de calcul pentru factorul de evaluare „Termen de livrare”, conform art. 117 din H.G. 395/2016.

Autoritatea contractantă a publicat Clarificarea automată și noul model de Acord-cadru în data de 04.07.2024, în care este prezentat noul algoritm de calcul al Criteriului de atribuire în procedura de achiziție, respectiv în procedura de atribuire a contractelor subsecvente.

Conform noului algoritm, factorului de evaluare preț îi este acordată o pondere de 97% (în trecut fiind de 80%), iar factorului de evaluare „Termen de livrare” îi este acordată o pondere de doar 3% (în trecut fiind de 20%). Totodată, formula de calcul pentru factorul de evaluare „Termen de livrare” este acum următoarea:

„Termenul de livrare al produselor (T) - maxim 3 puncte

a) Pentru termenul de livrare minim ofertat se acordă 3 puncte.

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

$$Ti \text{ (punctaj)} = 3 \times (\text{termen livrare minim} / \text{termen livrare ofertat})^i$$
 Unde i este ofertantul cu numărul de ordine i"

Imposibilitatea verificării corelării algoritmului de calcul cu cel din SEAP

În primul rând, contestatorul subliniază că nu poate verifica dacă acest algoritm este corelat cu algoritmul folosit de SEAP pentru etapa licitației electronice, pentru a putea stabili dacă autoritatea contractantă a operat remediul ordonat de CNSC și confirmat prin Decizia instanței

În mod concret, Decizia instanței stabilește că:

„Neîntemeiate sunt și argumentele petentei autoritate contractantă în sensul că aceasta nu a dorit aplicarea unui algoritm de calcul, ci acordarea punctajului pe intervale de timp. Or, în lipsa indicării modalității concrete în care aplicarea punctajului se va face la nivelul SEAP, Curtea constată că există o necorelare între documentația de achiziție, astfel cum aceasta a fost concepută și clarificată, și modalitatea de punerea în aplicare a acesteia la nivelul SEAP.

Prin această necorelare, se ajunge la o situație paradoxală în care rezultatul licitației electronice, în baza algoritmului matematic din SEAP este diferit de rezultatul licitației prin aplicarea criteriilor prevăzute în mod efectiv de documentația de atribuire. Aceasta situație este de natură a veni în contradicție cu dispozițiilor art. 122 alin. 1 din H.G. nr. 395/2016, precum și cu cele ale art. 138 din Legea nr. 98/2016.

ART. 122

(1) La momentul finalizării licitației electronice, sistemul informatic va pune la dispoziția autorității contractante clasamentul rezultat, determinat prin luarea în considerare a ofertelor finale introduse de ofertanții participanți și pe baza criteriului de atribuire specificat în anunțul de participare.

Din conținutul acestor norme reiese, fără putință de tăgadă, faptul că sistemul informatic trebuie să fie corelat cu criteriul de atribuire specificat în

documentația de atribuire. Or, în prezenta cauză, petenta autoritate contractantă nu a putut face dovada unei astfel de corelări.

Prin urmare, deși aceasta invocă motive de oportunitate în privința alegerii acestui factor de evaluare, acestea nu sunt suficiente prin ele însele pentru a înlătura lipsurile referitoare la necorelare.

De altfel, din dispozițiile art. 138 din Legea nr. 98/2016 reiese că autoritatea contractantă, în ipoteza alegerii procedurii de atribuire cu etapă finală de licitație electronică, este obligată să atribuie contractul ofertantului declarat câștigător, astfel cum acesta rezultă din sistemul electronic.

ART. 138

Autoritatea contractantă atribuie contractul de achiziție publică prin aplicarea criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare stabiliți prin documentele achiziției, pe baza rezultatului obținut în urma finalizării licitației electronice.

Așadar, întrucât autoritatea contractantă a ales procedura de achiziție cu etapă finală de licitație electronică, aceasta este obligată să respecte întocmai dispozițiile Legii nr. 98/2016 cât și pe cele ale HG nr. 395/2016, cu precădere cele referitoare la aplicarea algoritmului de calcul în SEAP."

În acest sens, ... este obligat să se asigure că în cazul licitației electronice, platforma electronică asigură calcularea punctajelor conform documentației de atribuire. Or, atât timp cât Ministerului Sănătății a afirmat expres în fața Curții de Apel că au existat în trecut proceduri în care clasamentul final stabilit de Autoritatea contractantă a fost diferit față de cel stabilit prin platforma SEAP, în lipsa unor confirmări și documentări care să ateste alinierea algoritmului SEAP, rezultă că există suspiciuni legitime cu privire la transparența și legalitatea procedurii și a modalității de atribuire a Acordului-cadru.

Având în vedere și faptul că este în imposibilitate să adreseze aceste aspecte prin solicitări de clarificare, se solicită Consiliului fie să dispună în sarcina Ministerului să prezinte echivalența algoritmului SEAP cu cel necesar Procedurii de atribuire, fie să dispună anularea Procedurii de achiziție întrucât neregularitatea nu poate fi acoperită prin nicio măsură de remediere, conform art. 212 din Legea 98/2016.

Contestatorul susține că Algoritmul de calcul este nejustificat

Se arată că algoritmul de calcul modificat este identic cu cel dat exemplu de în cadrul apărărilor sale în cadrul procedurilor în fața CNSC și a Curții de Apel, referindu-se la acesta ca fiind un algoritm de calcul care nu prezintă niciun avantaj real pentru Autoritatea contractantă:

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

(...)

În acest fel, au existat situații în care oferta care întrunea cel mai mare punctaj nu prezenta neapărat cel mai scăzut preț, în contextul în care, diferența de o singură zi între termenele de livrare prezentate de ofertele clasate pe primele două locuri în clasament, nu reprezenta un avantaj major

obținut de autoritatea contractantă ca urmare a reluării competiției. Realitatea a dovedit că termenul de 1 (una) zi, asumat de ofertanți, a fost un obiectiv foarte greu de îndeplinit, uneori fiind necesară aplicarea de penalități ca urmare a nerespectării termenului de livrare asumat."

Astfel, nu doar că Autoritatea contractantă aplică acum un algoritm care nu produce niciun avantaj pentru Minister, contrar scopului prevăzut de lege al unui factor de evaluare calitativ, conform art. 32 alin. (2) din H.G. 395/2016, dar recunoaște că folosirea acestei formule de calcul putea duce la aplicarea de penalități pentru nerespectarea termenelor de livrare nerealist asumate de către participanți în cadrul licitației.

Astfel, în cazul în care Ministerul nu poate duce la îndeplinire Decizia CNSC, respectiv Decizia instanței 345/2016 prin asigurarea pe de o parte, a existenței unor factori de evaluare care să corespundă nevoilor Autorității Contractante, iar pe de altă parte, care să poată fi aplicate și în sistemul informatic utilizat pentru licitația electronică, contestatorul apreciază că este aplicabilă dispoziția art. 212 din Legea 98/2016, sens în care, în subsidiar, solicită anularea Procedurii de achiziție.

Totodată, contestatorul arată că algoritmul de calcul al punctajului ofertelor a fost modificat într-un sens contrar Deciziei CNSC și Deciziei instanței, fiind modificat pur formal și conducând la încălcarea obligației Autorității Contractante de a desfășura procedura în scopul atribuirii contractului conform criteriului celui mai bun raport-calitate preț.

Se observă că autoritatea contractantă a operat și o modificare a ponderii fiecărui factor de evaluare, deși acest aspect nu a fost dispus nici de către Consiliu, nici de către Curtea de Apel.

Cu alte cuvinte, Ministerul, care avea sarcina asigurării faptului că platforma informatică utilizată pentru licitația electronică este în linie cu algoritmul utilizat pentru stabilirea clasamentului conform documentației de atribuire, a modificat ponderea factorilor de evaluare inițiali. Pe lângă faptul că această modificare nu rezultă cum are în vedere alinierea algoritmului SEAP cu algoritmul utilizat pentru clasament, nu a fost dispusă în urma contestațiilor, neavând așadar legătură cu Decizia CNSC sau Decizia instanței

Astfel, factorul de evaluare „Termenul de livrare” a ajuns să aibă o pondere de 3% din punctajul total, fiind, în fapt, o recunoaștere tacită a Autorității contractante a faptului că formula de calcul nu produce niciun avantaj real, iar, în acest fel, ... dorește să minimizeze impactul acestui factor de evaluare cât mai mult, reducându-l la un factor de evaluare pur formal, cu încălcarea art. 32 alin. (2) și (9) din H.G. 395/2016:

„(2) Factorii de evaluare a ofertelor, precum și algoritmul de punctare prevăzut la alin. (1) se precizează în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți și trebuie să aducă un avantaj real, să nu fie formali și să poată fi urmăriți în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și aplicare a criteriului de atribuire.

(...)

(9) Ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea

contractului de achiziție publică. Pentru fiecare factor de evaluare autoritatea contractantă are obligația de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect:

a) importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerate a reprezenta un avantaj calitativ, de mediu și/sau social ce poate fi punctat; sau

b) cuantumul valoric al avantajelor de natură financiară pe care ofertanții le pot oferi prin asumarea unor angajamente suplimentare în raport cu cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini sau documentul descriptiv."

Potrivit concluziilor reținute de CNSC cu privire la art. art. 32 alin. (2) și (9) din H.G. 395/2016 : „Din conținutul acestor dispoziții legale rezulta că, factorii de evaluare stabiliți de autoritatea contractantă trebuie să nu fie formali, aibă legătură directă cu natura și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit și să reflecte un avantaj real pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea acestora."

Mai mult, autoritatea contractantă eludează prevederile art. 187 alin. (31) din Legea 98/2016, care instituie obligativitatea folosirii criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț" pentru toate procedurile cu valoare estimată peste pragul de publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene.

Eludarea art. 187 alin. (31) din Legea 98/2016 este justificată de faptul că Autoritatea contractantă recunoaște că noul algoritm propus pentru criteriul de evaluare referitor la termenul de livrare nu aduce niciun avantaj, precum și de ponderea foarte redusă alocată acestui criteriu.

Astfel, contestatorul solicită Consiliului să anuleze Clarificarea automată sub acest aspect și să dispună obligarea Ministerului la luarea unor remedii în sensul de a asigura alinierea algoritmului de calcul, fără a modifica ponderea factorilor de evaluare într-un mod care să contravină chiar nevoilor Ministerului.

În subsidiar, având în vedere că Ministerul a dovedit prin măsurile luate că nu poate respecta întocmai Decizia CNSC respectiv Decizia instanței, ținând cont de faptul că încălcarea prevederilor legală afectează însăși factorii de evaluare, se solicită Consiliului să dispună anularea Procedurii de achiziție, conform art. 212 din Legea 98/2016.

ELIMINAREA CLAUZEI 11.3. DIN MODELUL DE CONTRACT SUBSECVENT

Se menționează că Curtea de Apel, prin Decizia, a statuat că:

„Or, Curtea constată că dispozițiile art. 167 din Legea nr. 98/2016 reglementează situații de excludere în faza premergătoare atribuirii contractului de achiziție publică, în vreme ce dispozițiile art. 123 alin. 1 din Legea nr. 85/2014 au în vedere etapa executării contractului prin prisma efectelor clauzei prin care se stipulează dreptul de denunțare unilaterală a uneia dintre părți pe motivul insolvenței celeilalte părți la contract.

Astfel, deși în mod evident dispozițiile art. 167 alin. 1 lit. b și alin 2 din Legea nr. 98/2016 nu se opun dispozițiilor art. 123 din Legea nr. 85/2014, dat fiind că acestea vizează etape diferite ale procedurii contractuale,

interpretarea dată de Consiliu prevederilor art. 11.3 apare ca fiind contrară dispozițiilor din legea specială.

Capacitatea de a executa contractul, conform dispozițiilor art. 167 din Legea nr. 98/2016 se verifică de autoritățile contractante anterior finalizării procedurii de achiziție și atribuirii contractului. Cu alte cuvinte, verificarea efectuată ulterior finalizării procedurii de achiziție se situează pe tărâm contractual.

Așadar, se are în vedere faptul că prevederile art. 11.3 din modelul de contract subsecvent vizează situația în care, pe parcursul executării contractului, intervine insolvența operatorului economic parte la contract. Or, având în vedere că dispozițiile art. 123 alin. 1 vizează tocmai executarea contractelor, prevederile art. 11.3 din modelul de contract subsecvent apar ca fiind în vădită contradicție cu dispozițiile art. 123 din Legea nr. 85/2014.

Astfel, sunt neîntemeiate considerentele Consiliul prin care se reține că dispozițiile legale în materia achizițiilor publice nu se opun verificării situației ofertanților și în cazul atribuirii contractelor subsecvente, câtă vreme prevederile art. 11.3 vizează chiar o cauză de încetare a contractului subsecvent în timpul derulării acestuia, și nu o dovedire a capacității de a executa contractul într-un moment anterior încheierii contractului subsecvent.

(...)

Întrucât prin Răspunsul nr. 1 în ceea ce privește întrebările nr. 25 și 51, autoritatea contractantă a arătat că nu acceptă eliminarea clauzei în discuție întrucât aceasta are în vedere reglementările în materia achizițiilor publice referitoare la motivele de excludere, Curtea apreciază că se impune adoptarea măsurilor de remediere în sensul reglementării la nivelul documentației de atribuire a cazului de excludere în conformitate cu dispozițiile art. 167 din Legea nr. 98/2016, conform raționamentului expus anterior. Astfel, din cuprinsul documentației de atribuire trebuie să reiasă cu claritate faptul că acest caz de excludere vizează etapa anterioară încheierii contractului subsecvent și nu perioada executării acestuia."

Se apreciază că Autoritatea contractantă era obligată să opereze modificarea documentației de atribuire astfel încât să nu existe clauze care să fie contrare art. 123 alin. (1), teza a doua din Legea 85/2014, care prevede:

„Orice clauze contractuale de desființare a contractelor în derulare, de decădere din beneficiul termenului, de modificare a contractului în detrimentul debitorului sau de declarare a exigibilității anticipate pentru motivul deschiderii procedurii se consideră nescrise."

Cu toate acestea, prin noul model de contract subsecvent publicat în data de 04.07.2024, Autoritatea contractantă a inserat în clauza 11.3. doar o mențiune referitoare la art. 123 din Legea 85/2014:

„Cu respectarea prevederilor art. 123 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței! si de insolvența, achizitorul își rezervă dreptul de a renunța la contract, printr-o notificare scrisă adresată furnizorului, dacă acesta din urmă intră în insolvența cu condiția ca această anulare să nu prejudicieze sau să afecteze dreptul la acțiune sau despăgubire pentru furnizor. În acest caz, furnizorul are dreptul de a

pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data denunțării unilaterale a contractului."

Cu toate acestea, instanța a dispus că „din cuprinsul documentației de atribuire trebuie să reiasă cu claritate faptul că acest caz de excludere vizează etapa anterioară încheierii contractului subsecvent și nu perioada executării acestuia." Astfel, ... era obligat să clarifice faptul că situația insolvenței va fi verificată la nivelul ofertanților înainte de atribuirea contractului subsecvent, iar nu să o păstreze sub forma unui caz de denunțare unilaterală.

Mai mult, mențiunea introdusă la începutul clauzei este cel puțin contradictorie, întrucât articolul 123 din Legea 85/2014 interzice introducerea oricăror clauze de desființare a contractelor în derulare pentru motivul deschiderii procedurii de insolvență de către debitor, iar a doua teză a art. 11.3. prevede dreptul Autorității contractante de a denunța contractul în cazul în care intervine insolvență.

Curtea de Apel a reținut faptul că „prevederile art. 11.3 din modelul de contract subsecvent vizează situația în care, pe parcursul executării contractului intervine insolvență operatorului economic parte la contract. Or, având în vedere că dispozițiile art. 123 alin. 1 vizează tocmai executarea contractelor, prevederile art. 11.3 din modelul de contract subsecvent apar ca fiind în vădită contradicție cu dispozițiile art. 123 din Legea nr. 85/2014."

Cu toate acestea, ... a păstrat nemodificată clauza inițială și a adăugat trimiterea chiar la dispoziția legală cu care această clauză este în contradicție, iar o astfel de măsură nu reprezintă executarea întocmai a obligațiilor statuate prin hotărâre judecătorească în sarcina Ministerului.

În acest sens, contestatorul solicită Consiliului să constate că Autoritatea contractantă nu a introdus remediul stabilit prin Decizia instanței și să oblige la eliminarea clauzei 11.3. din modelul de contract subsecvent.

MINISTERUL NU ASIGURĂ PUNEREA ÎN EXECUTARE A DECIZIEI ÎNTRUCÂT NU PERMITE OFERTAREA PCV-20 CARE DEȚINE AUTORIZAȚIE DE PUNERE PE PIAȚĂ ȘI CARE POATE FI ADMINISTRAT LA SUGARI. NELEGALITATEA SPECIFICAȚIEI PRIVIND PROGRAMUL NAȚIONAL DE VACCINARE

Se reține că prin Contestația 1 a solicitat eliminarea PCV-20 în cadrul obiectului achiziției sau luarea unor remedii care să asigure intrarea pe piață la momentul la care ar putea fi comercializat.

Atât CNSC, cât și Curtea de Apel au confirmat că PCV-20 trebuie să rămână în cadrul obiectului achiziției, întrucât este conform necesității stabilite de Autoritatea contractantă: „Or, astfel cum s-a antamat în cele anterioare, necesitatea autorității contractante este aceea de a achiziționa vaccinuri pneumococcice polizaharidice."

Or, după cum a reținut și Curtea de Apel, art. 20 alin. (1) din H.G. 395/2016 prevede:

„Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care prezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante."

Cu alte cuvinte, pentru a respinge Contestația 1 cu privire la includerea PCV-20 ca produs eligibil, Curtea de Apel a reținut că:

„Întrucât scopul autorității contractante este acela de a achiziționa un vaccin pneumococcic polizaharidic coniuat. recomandat inclusiv pentru administrare la sugari, iar vaccinul PCV-20 face parte din această categorie, nu există un motiv întemeiat pentru a-l exclude la procedura de achiziție, întrucât există posibilitatea ca unul sau mai mulți producători să poată obține autorizația de punere pe piață până la momentul depunerii ofertelor și să ofereze acest produs”.

Astfel, Curtea de Apel a reținut că singurele condiții pe care trebuie să le îndeplinească un produs eligibil constau în obținerea autorizației de punere pe piață și a recomandării pentru administrare la sugari.

Cu toate acestea, în Caietul de sarcini este specificat că vaccinurile trebuie să dețină autorizație de punere pe piață, „cu condiția ca ele să aibă recomandare oficială de administrare la sugar (vârstă de 2 luni) și copilul mic, pentru respectarea Programului Național de Vaccinări din România”.

În prezent, Programul Național de Vaccinare din România prevede că vaccinul pneumococic se administrează în 3 doze, la 2, la 4 și la 11 luni de viață.

Cu toate acestea, conform Rezumatului Caracteristicilor Produsului, anexă a autorizației de punere pe piață aprobată de către Comisia Europeană, PCV-20 se administrează în 4 doze (prima doză se administrează, de obicei, la vârsta de 2 luni, cu un interval de cel puțin 4 săptămâni între doze).

Astfel, în lumina interpretării date de către Curtea de Apel asupra necesității Autorității contractante, specificația privind respectarea Programului Național de Vaccinare prevăzută în Caietul de sarcini este nelegală. Deși Autoritatea contractantă recunoaște că necesitățile acesteia vizează inclusiv PCV-20, totuși aceasta impune o specificație pe care vaccinul nu o îndeplinește până la data termenului limită de depunere a ofertelor și pe care Curtea de Apel nu a recunoscut-o drept criteriu.

Contestatorul subliniază că respectarea strictă a necesității Autorității contractante, așa cum a fost confirmată de Curtea de Apel, impune adaptarea caietului de sarcini pentru a putea oferta oricare dintre vaccinurile ce fac obiectul necesității Autorității contractante, care dețin autorizație de punere pe piață și recomandare pentru administrare la sugari, fără nicio condiționare legată de numărul de doze.

În caz contrar, se poate ajunge la excluderea unor produse care, deși corespund obiectului achiziției așa cum a fost recunoscut de către Curtea de Apel, precum și necesităților clinice, nu sunt conforme cu Programul Național de Vaccinare, care în prezent nu este actualizat pentru a include și acest tip de vaccin care are indicația necesară pentru administrarea la sugar și copil mic.

În acest sens, se indică concluzia Curții de Apel de a Uniunii Europene cu privire la principiile egalității de tratament, nediscriminării și transparenței: *„În aceeași ordine de idei, considerentul (74) al Directivei 2014/24 enunța că specificațiile tehnice ar trebui „elaborate în așa fel încât să se evite restrângerea în mod artificial a concurenței prin cerințe care*

favorizează un anumit operator economic, în sensul că preiau caracteristicile esențiale ale produselor, serviciilor sau lucrărilor oferite în mod obișnuit de acel operator economic". Astfel, tot potrivit acestui considerent, „ar trebui să fie posibilă prezentarea unor oferte care să reflecte diversitatea soluțiilor tehnice, a standardelor și a specificațiilor tehnice de pe piață."

Totodată, într-o altă speță similară, Curtea de Apel Timișoara a statuat că:

„Fiind o caracteristică funcțională colaterală, ce nu influențează nivelul de calitate și performanță a sistemului de neutralizare a deșeurilor, această cerință nu poate fi justificată, nerăspunzând niciunei nevoi specifice a autorității contractante.

La rândul său, autoritatea contractantă s-a limitat la a arăta că „această cerință este legată de specificațiile echipamentului pe care dorim să-l achiziționăm, cu mărunțire și reducerea volumului de deșeuri rezultate.

Așadar, și în acest caz, singura justificare este voința autorității contractante de a achiziționa un aparat cu aceste caracteristici, ignorând obligația respectării legislației achizițiilor publice și necesitatea prezentării unei justificări obiective, care să expună avantajele implicate de impunerea acestei cerințe, precum și consecințele acesteia în ceea ce privește existența pe piață a unui număr suficient de tipuri de echipamente care să aibă respectiva dotare.

în vedere cele arătate mai sus, Curtea reține încălcarea și în acest caz a dispozițiilor art. 156 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, apreciind ca nelegale aceste cerințe tehnice restrictive și nejustificate."

În lumina acestor argumente, contestatorul solicită Consiliului să oblige Autoritatea contractantă la modificarea Caietului de sarcini în sensul eliminării prevederii referitoare la Programul Național de Vaccinare, pentru a reflecta deciziile CNSC și a Curții de Apel în ceea ce privește clarificarea obiectului achiziției și a necesității Autorității contractante.

De asemenea, se solicită obligarea Ministerului la luarea oricăror alte remedii care să permită ofertarea produsului PCV-20 care deține autorizație de punere pe piață și este recomandat pentru administrare la sugari, așa cum a dispus Curtea de Apel

În subsidiar, având în vedere prevederile legale imperative încălcate, în cazul în care Ministerul se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016, contestatorul solicită Consiliului să dispună anularea Procedurii de achiziție.

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

Prin anunțul de participare nr./19.08.2023, ..., având calitatea de autoritate contractantă, a inițiat procedura de achiziție publică de vaccin pneumococic polizaharidic conjugat, procedura de achiziție aleasă fiind licitația deschisă.

Procedura de achiziție 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 achiziției este de minim 132.925.000,00 lei fără TVA, și maxim 664.625.000,00 lei fără TVA.

Operatorul economic SC SRL a formulat contestația fn/04.12.2023, înregistrată la cu nr. 2328/05.12.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 6665606.12.2023, dosar CNSC nr. 3437/2023, cu privire la Răspunsul consolidat la Solicitățile de Clarificări ("Răspunsul nr. 1"), la al doilea răspuns la solicitările de clarificări ("Răspunsul nr. 2") și la documentația de atribuire așa cum a fost clarificată prin răspunsurile menționate anterior.

Consiliul Național de Soluționare a Contestatiilor a pronunțat Decizia nr.

..... a deschis acțiune în instanță împotriva Deciziei nr., în ceea ce privește măsura de remediere dispusă la punctul a) din motivarea Deciziei menționate, prin care CNSC dispune 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 Fișa de date a achiziției".

Curtea de Apel a pronunțat Decizia civilă nr., prin care a decis modificarea parțială a Deciziei CNSC nr. ... din data de 14.02.2024, în sensul că a admis contestația formulată de SRL și în ceea ce privește criticile indicate la litera c) și a obligat autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire și la publicarea în SEAP a modificărilor efectuate, cu respectarea prevederilor legale și a motivării hotărârii mai sus menționate, în termen de 10 zile de la comunicare.

..... a luat cunoștință de cele pronunțate de Curtea de Apel și a procedat la adoptarea măsurilor dispuse prin Decizia civilă nr., procedând, de asemenea, și la ridicarea suspendării în SEAP pentru procedura de achiziție publică de vaccin pneumococic polizaharidic conjugat.

Ulterior ridicării suspendării, operatorul economic a formulat contestația fn/11.07.2024, înregistrată la cu nr. ... înregistrată la CNSC cu nr. ..., dosar CNSC nr. ...

Se reține că contestatoarea SC SRL solicită în principal anularea procedurii de atribuire, invocând motive inexistente și neîntemeiate, dar pronunțându-se în numele operatorilor economici interesați.

Cum pentru această procedură a formulat contestație numai SC SRL, Autoritatea apreciază că invocarea încălcării drepturilor operatorilor interesați nu reprezintă un argument temeinic. În sprijinul afirmației sale stă mărturie faptul că, potrivit celor afișate de sistemul electronic SEAP, la această procedură sunt 6 (șase) operatori economici înscriși, iar după formularea primei contestații de către SC SRL a fost formulată cerere de intervenție voluntară în favoarea Ministerului Sănătății de către SC SRL și nu în favoarea contestatarei.

În fapt, așa după cum rezultă din derularea cronologică a evenimentelor legate de această procedură de achiziție, singurul operator economic care se declară lezat este SC SRL.

Solicitarea insistentă privind anularea procedurii de achiziție este motivată, în realitate, de dorința SC SRL de a-și conserva avantajul comercial pe care îl deține în prezent, prin derularea acordului cadru nr. 159/21.12.2021, încheiat cu și atribuit ca urmare a aplicării

procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, procedură aleasă în temeiul prevederilor art. 104, alin. (1), lit. b) și alin. (2), lit. b) și lit. c) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare.

Întrucât, pe parcursul derulării acordului cadru mai sus menționat, au fost autorizate pentru punere pe piață și alte vaccinuri pneumococice, ale altor producători, recomandate inclusiv pentru administrare la sugar (vârsta de 2 luni), ... a constatat că nu mai sunt îndeplinite condițiile specifice în baza cărora a fost inițiată procedura de achiziție, respectiv prevederile art. 104, alin. (1), lit. b) din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, motiv pentru care a demarat prezenta procedură de achiziție publică, prin licitație deschisă.

În mod evident, derularea unei proceduri concurențiale nu este convenabilă contestatarei, întrucât, în acest fel aceasta pierde premisele atribuirii facile și sigure a contractelor subsecvente, iar singura modalitate prin care își poate conserva poziția privilegiată este aceea de a împiedica, pe cât de mult posibil, derularea prezentei proceduri de achiziție.

Cu toate acestea, Autoritatea subliniază faptul că întârzierile create pot afecta buna derulare a Programului Național de Imunizare, cu consecințe deosebit de grave în ceea ce privește sănătatea noilor născuți din România.

Revenind la obiectul contestației formulată de SC SRL, autoritatea contractantă precizează că, imediat după primirea contestației, ... a procedat la suspendarea procedurii de atribuire, până la pronunțarea deciziei de către CNSC. Din acest motiv se solicită Consiliului să respingă acest capăt de contestație ca nefondat.

Cu privire la cele de la punctul II din contestația formulată de SC SRL, autoritatea contractantă arată că, urmare a celor pronunțate de CNSC în Decizia nr. și de Curtea de Apel în Decizia civilă nr., ... a procedat la revizuirea algoritmului de calcul al punctajului acordat ofertelor depuse, astfel încât punctajul indicat în SEAP să corespundă cu punctajul calculat de comisia de evaluare a ofertelor.

Față de această modificare, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

Contestatară afirmă că Autoritatea Contractantă a procedat de elaborarea clarificării din oficiu în perioada în care procedura se afla în suspendare, ulterior operând revenirea din suspendare, iar noul termen de depunere a ofertelor a fost stabilit astfel încât să nu se permită operatorilor economici formularea de solicitări de clarificări.

În mod justificat Autoritatea se întreabă care ar fi putut fi acele aspecte rămase neclarificate după publicarea în SEAP a răspunsului consolidat nr. 1 și a răspunsului consolidat nr. 2 și, mai ales, după pronunțarea Deciziei nr. de către CNSC și a Deciziei civile nr. de către Curtea de Apel

În cuprinsul contestației formulate, SC SRL afirmă: "potrivit documentației de atribuire, solicitările de clarificări trebuie depuse cu cel puțin 18 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor".

Așa după cum se poate observa din documentele depuse pe platforma SEAP, autoritatea contractantă a publicat nu unul, ci două răspunsuri

consolidate. Tocmai existând o mare probabilitate ca operatorul economic SC SRL să formuleze contestație, autoritatea contractantă a decis că, chiar dacă termenul de transmitere a solicitărilor fusese depășit, să publice cel de-al doilea răspuns consolidat, pentru a clarifica toate aspectele legate de prezenta procedură.

Așa după cum reiese și din prezenta contestație, operatorul economic SC SRL încă are nevoie să i se clarifice inclusiv aspecte dispuse de CNSC și de Curtea de Apel, motivat, în opinia sa, de adoptarea aparent defectuoasă a măsurilor de remediere dispuse de aceste instanțe.

Referindu-se la măsurile dispuse de cele două instanțe și adoptate de autoritatea contractantă, autoritatea contractantă afirmă că acestea NU sunt substanțiale, astfel încât invocarea de către contestatară a prevederilor art. 153, alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, este complet nejustificată.

Termenul de depunere a ofertelor a fost stabilit prin luarea în considerare a intervalului de timp rămas pentru depunerea ofertelor în momentul formulării de către SC SRL a primei contestații, la care s-au adăugat două zile necesare publicării în JOUE a clarificării automate generată de SEAP.

Clarificarea automată pe care contestatară o solicită a fi anulată nu face altceva decât să pună în aplicare măsurile dispuse prin cele două decizii mai sus menționate.

Deși Decizia nr. a fost atacată la Curtea de Apel atât de, dar și de SC SRL, Autoritatea apreciază că, în principiu, erau deja cunoscute măsurile dispuse autorității contractante de către prima instanță (CNSC), așadar este greu de înțeles de unde rezultă, pentru contestatară, necesitatea clarificării suplimentare a acestora.

Astfel, din analiza Clarificării din Oficiu Automată ..., publicată în SEAP, reiese foarte clar că, așa după cum a fost dispus de către CNSC prin Decizia nr. și de către Curtea de Apel prin Decizia civilă nr., a fost eliminată, atât de la punctul II.2.5 din Fișa de date a achiziției, cât și de la punctul VI.3 din același document, sintagma: "Nerespectarea termenelor ofertate atrage după sine nulitatea respectivelor contracte subsecvente."

Față de cele invocate de contestatară, se apreciază că această măsură de remediere a fost adoptată de autoritatea contractantă și, contrar susținerilor contestatarei, aceasta nu reprezintă o modificare substanțială, nefiind necesară nicio clarificare.

Referitor la criteriul de atribuire "cel mai bun raport - calitate preț", autoritatea contractantă susține că a analizat cele dispuse de CNSC în Decizia nr. și de Curtea de Apel în Decizia civilă nr. și a adoptat un algoritm de calcul care să poată fi preluat de SEAP astfel încât, la finalizarea etapei de licitație electronică, clasamentul și punctajele afișate de această platformă să corespundă punctajelor calculate de comisia de evaluare.

Autoritatea precizează că, în cadrul criteriului de atribuire mai sus indicat, s-au menținut cei doi factori inițiali, respectiv "Preț" și "Termen de livrare".

În mod evident, ca urmare a adoptării unui nou algoritm de calcul, autoritatea contractantă a modificat și ponderea alocată fiecăruia dintre factorii de evaluare componenți, astfel încât adoptarea acestui algoritm de calcul să aducă un avantaj autorității contractante.

Se menționează că în punctul de vedere nr., înregistrat la CNSC cu nr., Autoritatea a arătat că, pe parcursul derulării acordurilor cadru anterioare, "au existat situații în care oferta care întrunea cel mai mare punctaj nu prezenta neapărat cel mai scăzut preț, în contextul în care, diferența de o singură zi între termenele de livrare prezentate de ofertele clasate pe primele două locuri în clasament, nu reprezenta un avantaj major obținut de autoritatea contractantă ca urmare a reluării competiției."

Din acest motiv, ponderea acordată factorilor de evaluare a fost aleasă de așa natură încât să se evite situațiile cu care s-a mai confruntat în trecut, când, după aplicarea algoritmului de calcul, au fost declarate câștigătoare oferte care prezentau un preț mai mare, dar care obținuseră punctaj maxim pentru un termen de livrare foarte mic (de 1 zi), în timp ce oferte cu preț mai mic, dar care au ofertat un preț mai mic, dar un termen de livrare de 2 (două) zile, au primit un punctaj semnificativ diminuat față de ofertele declarate câștigătoare.

Ținând cont de aceste aspect, ponderea factorilor de evaluare a fost aleasă astfel încât aplicarea acestora să aducă avantaje reale autorității contractante, în ciuda susținerilor trunchiate și scoase din context, care se regăsesc în contestația formulată de SC SRL. Totodată, factorii de evaluare aleși nu sunt formali, fiecare dintre aceștia având importanța sa, iar ponderea acestora reflectă

Autoritatea subliniază faptul că prețul vaccinului care face obiectul prezentei proceduri de achiziție este foarte mare, prețul cel mai mare, aprobat și publicat în CANAMED fiind de 297,14 lei/doză fără TVA.

În aceste condiții, în scopul gestionării cu maximă eficiență a bugetului alocat Programului Național de Imunizare, ... apreciază că prețul de achiziție al fiecăruia dintre vaccinurile administrate în cadrul programului național menționat este de maximă importanță în ceea ce privește buna desfășurare a programului.

Pe de altă parte, vaccinurile sunt produse biologice, care presupun un timp de fabricație foarte mare, incluzând testările obligatorii pentru fiecare lot fabricat, astfel încât livrarea acestora este condiționată de existența stocului disponibil la producător.

În plus față de cele de mai sus, autoritatea contractantă amintește că, niciunde în Decizia nr. pronunțată de CNSC și nici în Decizia civilă nr. a Curții de Apel, nu s-a dispus menținerea ponderii factorilor de evaluare din cadrul criteriului de atribuire "cel mai bun raport calitate - preț", contrar susținerii contestatarii care afirmă că „Algoritm de calcul al punctajului ofertelor a fost modificat într-un sens contrar Deciziei CNSC și Deciziei"

Mai mult, analizând contestația formulată de SC SRL, se constată că, de fapt, aceasta dorește ca, în calitate de autoritate contractantă, să cuprindă în documentația de atribuire numai acele aspecte care să îi fie convenabile în cea mai mare măsură, ignorând evident drepturile altor operatori economici, invocate de contestatară.

Legat de acest aspect, prin Decizia nr. Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a arătat:

"În fapt, contestatoarea solicită dimensionarea achiziției după propria posibilitate de a răspunde cerințelor autorității contractante.

Or, stabilirea necesității și a specificațiilor tehnice reprezintă un drept al achizitorului.

Consiliul are în vedere că niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și, cu atât mai mult, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Astfel fiind, autoritatea contractantă nu are vreo obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat întrebări/sau contestație."

În cuprinsul contestației formulate, SC SRL afirmă: "În primul rând, nu putem verifica dacă acest algoritm este corelat cu algoritmul folosit de SEAP pentru etapa licitației electronice, pentru a putea stabili dacă autoritatea contractantă a operat remediul ordonat de CNSC și confirmat prin Decizia"

Contrar afirmației contestatarei, autoritatea contractantă anexează prezentei un print screen al celor afișate de SEAP la finalizarea licitației electronice în cadrul procedurii de achiziție a vaccinului HPV, anunț de participare (Anexa nr. 1) și raportul procedurii nr. ... (Anexa nr. 2), întocmit la finalizarea ofertelor pentru aceeași procedură de achiziție, din aceste două documente rezultând că rezultatele afișate de SEAP sunt identice cu cele consemnate în raportul procedurii.

De asemenea, pentru o mai bună exemplificare, se anexează un print screen al celor afișate de SEAP la finalizarea licitației electronice în cadrul procedurii de achiziție a vaccinului ROR, anunț de participare CN (Anexa nr. 3) și raportul procedurii nr. ... (Anexa nr. 4), întocmit la finalizarea ofertelor pentru aceeași procedură de achiziție. La fel ca în cazul precedent, ambele documente dovedesc că rezultatele afișate de SEAP sunt identice cu cele consemnate în raportul procedurii.

Pe de altă parte, Autoritatea reiterează cele afirmate în punctul său de vedere nr. ..., înregistrat la CNSC cu nr. ... și anume că este doar un utilizator al platformei, neavând privilegii de administrare sau de configurare a acesteia.

Ținând cont de aceasta și luând în considerare Anexele 1 - 4 mai sus menționate, Autoritatea apreciază că poate dovedi fără putință de tăgadă faptul că, prin utilizarea formulei deja comunicată prin Clarificarea din Oficiu Automată ..., clasamentul afișat de SEAP va fi identic cu cel calculat de comisia de evaluare la evaluarea ofertelor.

Ca o consecință a modificării algoritmului de calcul al punctajului aferent fiecărui factor de evaluare și a ponderii alocate fiecăruia dintre factori, ... a procedat și la modificarea corespunzătoare a modelului de acord cadru, singura modificare care a fost operată în acest document fiind la punctul 10.6, referitor la algoritmul de calcul utilizat la reluarea competiției.

În cuprinsul contestației sale, SC SRL, afirmă, de asemenea: "în acest sens, ... este obligat să se asigure că în cazul licitației electronice, platforma electronică asigură calcularea punctajelor conform documentației de atribuire. Or, atât timp cât Ministerului Sănătății a afirmat expres în fața Curții de Apel că au existat în trecut proceduri în care clasamentul final stabilit de Autoritatea contractantă a fost diferit față de cel stabilit prin platforma SEAP, în lipsa unor confirmări și documentări care să ateste alinierea algoritmului SEAP, rezultă că există suspiciuni legitime cu privire la transparența și legalitatea procedurii și a modalității de atribuire a Acordului-cadru."

Față de dovezile prezentate anexat și menționate mai sus, autoritatea contractantă apreciază că acestea vor înlătura acele "suspiciuni legitime" la care face referire contestatară și, de asemenea, se solicită Consiliului să le rețină în decizia care urmează a fi pronunțată și să respingă și acest capăt de contestație ca nefondat.

Totodată, luând în considerare că la adoptarea acestei măsuri, autoritatea a menținut criteriul de atribuire "cel mai bun raport calitate - preț" și a păstrat factorii de evaluare inițiali, Autoritatea apreciază că modificările operate NU sunt substanțiale, așa încât nu este necesară clarificarea acestora.

Mai mult, presupusa nelegalitate a algoritmului de calcul pentru acordarea punctajului aferent factorului de evaluare "termen de livrare" invocată de contestatară poate fi ușor verificată, analizând procedurile de achiziție inițiate în SEAP de alte autorități contractante, din domenii diferite de domeniul sănătății, care au ales exact aceeași formulă de clacul, iar procedurile de achiziție respective, potrivit informațiilor publicate în SEAP, nu au fost contestate.

Referitor la criticile privind clauza 11.3 din modelul de contract subsecvent, Autoritatea arată că, în mod corect, CNSC a reținut în Decizia nr.:

"Prin urmare, în materia achizițiilor publice, intrarea în insolvență nu conduce automat la excluderea operatorului economic, ci numai în situația 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."

Pe de altă parte, în motivarea Deciziei civile nr., Curtea de Apel a arătat:

"Astfel, sunt neîntemeiate considerentele Consiliul prin care se reține că dispozițiile legale în materia achizițiilor publice nu se opun verificării situației ofertanților și în cazul atribuirii contractelor subsecvente, câtă vreme prevederile art. 11.3 vizează chiar o cauză de încetare a contractului subsecvent în timpul derulării acestuia, și nu o dovedire a capacității de a executa contractul într-un moment anterior încheierii contractului subsecvent."

Tot în Decizia Civilă nr., Curtea de Apel a arătat: *"Astfel, din cuprinsul documentației de atribuire trebuie să reiasă cu claritate faptul că acest caz de excludere vizează etapa anterioară încheierii contractului subsecvent și nu perioada executării acestuia."*

La reformularea clauzei 11.3 din modelul de contract subsecvent. a avut în vedere, pe de o parte, că această clauză nu mai apere nicăieri în documentația de atribuire, iar pe de altă parte, a apreciat că, fiind o clauză dintr-un contract, aceasta va trebui să se refere la perioada de derulare a contractului, nefiind nici posibilă și nici utilă includerea unei clauze care să se refere la etapa anterioară atribuirii contractului.

Din acest motiv, pentru a înlătura orice dubii ale operatorilor economici, clauza 11.3 din modelul de contract a fost reformulată astfel:

"Cu respectarea prevederilor art. 123 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, achizitorul își rezervă dreptul de a renunța la contract, printr-o notificare scrisă adresată furnizorului, dacă acesta din urmă intră în insolvență cu condiția ca această anulare să nu prejudicieze sau să afecteze dreptul la acțiune sau despăgubire pentru furnizor, în acest caz, furnizorul are dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data denunțării unilaterale a contractului."

Se poate observa, astfel, că autoritatea contractantă a ținut cont de prevederile legale în materia insolvenței, iar o eventuală situație de insolvență, care ar putea surveni pe parcursul derulării unui contract, va fi tratată în conformitate cu prevederile legale, desființarea contractului nefiind posibil a avea loc automat.

Reformularea clauzei 11.3 din modelul de contract subsecvent a făcut necesară publicarea noului model de contract subsecvent, singura modificare din acest document fiind operată la clauza 11.3.

Mai mult, nicăieri în Decizia civilă nr. Curtea de Apel NU a dispus autorității contractante eliminarea clauzei 11.3, așa după cum, cu vădită rea intenție afirmă contestatara.

Din motivele mai sus invocate, se solicită Consiliului să respingă și acest capăt de contestație ca nefondat.

De asemenea, Autoritatea apreciază că reformularea clauzei 11.3 din modelul de contract subsecvent nu reprezintă o modificare substanțială a documentației de atribuire, astfel încât să fie necesară acordarea unui timp pentru transmiterea de solicitări de clarificări.

Nu în ultimul rând, ignorând autoritatea de lucru judecat, operatorul economic SC SRL solicită din nou eliminarea din cuprinsul caietului de sarcini a PCV-20, acuzând autoritatea contractantă că nu asigură punerea în executare a Deciziei civile nr.

În motivarea Deciziei civile nr., Curtea de Apel a arătat:

"Curtea are în vedere că petenta Romanici SRL interpretează de o manieră izolată obiectul achiziției, opinând că autoritatea contractantă ar dori să achiziționeze în mod special vaccinul PC V-20. Or, astfel cum s-a antamat în cele anterioare, necesitatea autorității contractante este aceea de a achiziționa vaccinuri pneumococcice polizaharidice, și nu de a achiziționa în mod special varianta PCV-20.

În plus, chiar aceasta face referire în cuprinsul plângerii la faptul că prin Referatul de necesitate, autoritatea contractantă a reținut faptul că este preferabilă (ca atare, nu obligatorie) achiziționarea unui vaccin care să asigure o acoperire a cât mai multor stereotipuri pneumococice identificate.

Față de aceste argumente, critica petentei se impune a fi respinsă.

În ceea ce privește cererea subsidiară aferentă primei critici ale petentei-conexe, se reține că aceasta a solicitat eliminarea considerentelor supraabundente din cadrul deciziei CNSC.

Curtea, contrar susținerilor petentei, constată că reținerile Consiliului referitoare la ipoteza eliminării vaccinului PCV-20 din obiectul achiziției privește chiar efectele admiterii criticii contestatoarei, efecte care au fost avute în vedere de Consiliu în raționamentul său de respingere a criticii. Ca atare, acestea nu au un caracter supraabundent, ci sprijină soluția de respingere a criticii referitoare la caracterul restrictiv al obiectului achiziției.

În ceea ce privește reținerile Consiliului referitoare la apanajul exclusiv al autorităților contractante de a-și organiza procedurile de achiziție, Curtea are în vedere că nici acestea nu au un caracter supraabundent, reprezentând raționamentul care a stat la baza respingerii solicitărilor contestatoarei de „stabilire a unei metode prin care noi produse pot avea acces pe piață”.

Reiese, așadar, că două instanțe au respins critica SC SRL în ceea ce privește menținerea variantei PCV-20 în caietul de sarcini.

Cu toate acestea, contestatara reiterează această critică, făcând afirmații neadevărate cu privire la punerea în executare a Deciziei civile nr., în condițiile în care, în cuprinsul deciziei civile, cu privire la această critică, NU se regăsește nicio măsură dispusă de Curtea De Apel, care să prevadă obligația autorității contractante de a reface specificațiile tehnice astfel încât să se permită ofertarea PCV-20.

Potrivit art. 430, alin. (1) din Codul de procedură civilă: "Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată."

Se apreciază că reiterarea acestei critici în cuprinsul noii contestații dovedește o dată în plus nu numai reaua-credință a contestatarei, dar și dorința acesteia de a întârzia cât se poate de mult derularea procedurii de achiziție publică de vaccin pneumococic.

Având în vedere cele din cuprinsul prezentului punct de vedere, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă în întregime contestația formulată de SRL ca nefondată.

..... SRL („....."), în calitate de agent economic interesat (potențial/viitor ofertant), depune Cerere de intervenție voluntară înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr.

46424 din 22.07.2024, prin care solicită admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației formulată de SRL ca nefondată.

Intervenientul face un istoric al primei contestații formulate de SRL ce a făcut obiect dosarului nr. ... soluționat prin Decizia nr. ..., atacată cu plângere, ce a făcut obiectul dosarului nr. ..., aflat pe rolul Curții de Apel, soluționat prin Hotărârea instanței nr. ...

Pentru punerea în executare a Deciziei definitive a instanței, ... a efectuat remedierile necesare care au fost încărcate în platforma SEAP („Actele de Remediere”), astfel:

(a) La data de 2 iulie 2024, ... a publicat Decizia CAB inițială.

(b) La data de 4 iulie 2024, ... a publicat:

(i) Clarificarea din oficiu privind modelul de acord cadru („Clarificare Termen de Livrare”) prin care a modificat prevederile art. 10.5. și 10.6. din modelul de acord cadru în vederea remedierii factorilor de evaluare și a modalității de acordare a punctajului aferent, astfel încât să se regăsească atât în documentația de atribuire, cât și în datele din SEAP sub aceeași formă [(remediarea criticii de la lit. a)].

Astfel, art. 10.5. modificat prevede că: Factorii de evaluare luați în calcul la evaluarea ofertelor depuse în cadrul reluării competiției sunt, după cum urmează:

1. Prețul ofertei: 97 puncte

2. Termen de livrare: 3 puncte.

În același sens, art. 10.6. are următoarea formă:

10.6 Algoritmul de calcul utilizat la evaluarea ofertelor depuse în cadrul reluării competiției este:

1. Prețul ofertei (P) - maxim 97puncte (...)

2. Termenul de livrare al produselor (T) - maxim 3 puncte

a) Pentru termenul c/e livrare minim ofertat se acordă 3 puncte.

b) Pentru termen de livrare ofertat mai mare decât cel de la litera a), punctajul se calculează cu următoarea formulă: T_i (punctaj) = $3 \times (\text{termen livrare minim} / \text{termen livrare ofertat } i)$ - unde i este ofertantul cu numărul de ordine i

c) Ofertele care prezintă un termen de livrare mai mare decât termenul maxim solicitat prin caietul de sarcini al achiziției vor fi respinse ca neconforme.

Termenul de livrare al produselor va fi exprimat în zile.

În consecință, prin Clarificarea acord-cadru a fost pusă în executare soluția din Decizia Definitivă privind corelarea, în timp real, a punctajului aferent acestui factor de evaluare cu datele/ informațiile pe acest aspect din SEAP, fiind schimbată formula de calcul pe intervale (care nu putea funcționa tehnic fiind în integralitate nefuncțională în SEAP) cu o formulă matematică simplă (funcțională în SEAP).

(ii) Clarificarea din oficiu privind modelul de contract subsecvent („Clarificare Insolvență”) prin care a fost modificată clauza 11.3., în sensul remedierii dispuse conform Deciziei CAB inițiale [(remediarea criticii de la lit. c)].

Astfel, urmare a remedierii, art. 11.3. prevede: Cu respectarea prevederilor art. 123 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, achizitorul își rezervă dreptul de a

renunța la contract, printr-o notificare scrisă adresată furnizorului, dacă acesta din urmă intră în insolvență cu condiția ca această anulare să nu prejudicieze sau să afecteze dreptul la acțiune sau despăgubire pentru furnizor. În acest caz, furnizorul are dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data denunțării unilaterale a contractului.

(c) La data de 5 iulie 2024 a fost publicată Clarificarea generată automat ca urmare a modificărilor aduse documentației de atribuire („Clarificare automată 1”).

În esență, prin Clarificarea automată 1 sunt reluate modificările/remediile publicate anterior în SEAP, fiind, de altfel, remediată și critica privind sancțiunea pentru nerespectarea termenelor de livrare [lit. e)] în sensul eliminării acesteia.

Cum rezultă din cuprinsul Clarificării automate 1 (prima pagină), Tipul modificării este Corecție, iar Justificarea modificării este Decizia Curtea de Apel.

(d) La data de 8 iulie 2024 a fost publicat Anunțul de schimbare nr. ... urmare a modificărilor efectuate pentru punerea în executare a Deciziei CAB inițiale, fiind reiterate sub forma Anunțului de participare modificat aspectele remediate.

La aceeași dată, Autoritatea contractantă a operat modificări cu privire la extinderea termenelor urmare a revenirii din suspendare. În acest sens, au fost modificate secțiunile:

IV.2.2. Termen limită pentru primirea ofertelor - noul termen fiind: 17.07.2024,

IV.2.6. Perioada minimă pe parcursul căreia ofertantul trebuie să își mențină oferta-nou termen fiind: 17.01.2025.

IV.2.7. Condiții de deschidere a ofertelor - noul termen fiind: 17.07.2024.

(e) La data de 9 iulie 2024 au fost publicate: (i) Clarificarea/ Erata generată automat ca urmare a extinderii termenelor („Clarificare automată 2”) și (ii) Anunțul de schimbare nr. ... - documente care, în esență, reiau modificările efectuate urmare a actualizărilor privind termenul limită pentru depunerea ofertelor.

Practic, singurele elemente modificate/ remediate urmare punerii în executare a Deciziei Definitive sunt:

(a) Remedierea algoritmului de calcul al factorilor de evaluare, respectiv a Termenului de Livrare în sensul reponderării/ reechilibrării acestora întocmai în scopul protejării și asigurării necesităților Autorității contractante și corelării exacte a formulei de calcul a Termenului de Livrare indicată în Documentația de Atribuire cu cea utilizată în SEAP.

Prin urmare, criteriul de atribuire a rămas cel mai bun raport calitate-preț [astfel cum rezulta inclusiv din clauza 10.4 a modelului de acord cadru și a secțiunii II.2.5.) din anunțul de participare], natura factorilor de evaluare, respectiv (i) prețul și (ii) termenul de livrare, a rămas aceeași.

(b) Clauza referitoare la starea de insolvență a co-contractantului prevăzută la art. 11.3. din modelul de contract subsecvent.

(c) Eliminarea prevederii referitoare la sancțiunea pentru nerespectarea termenelor de livrare nu are legătură cu prezenta contestație, nefacând obiectul acesteia.

Prin urmare, în acest context, intervenientul susține că nu sunt în discuție modificări complexe ori semnificative ale Documentației de Atribuire, eventual efectuate din proprie inițiativă de către Autoritatea Contractantă, ci doar remediile indicate mai sus absolut cunoscute și previzibile nu doar pentru, în mod special ca parte în litigiu (contestatoarea fiind, de altfel, operatorul care a și generat litigiul anterior), dar și, în general, pentru oricare alt potențial ofertant, în condițiile în care actele procesuale esențiale ale cauzei (Contestația, Decizia CNSC inițială, Decizia CAB inițială) au fost făcute publice, la momentele comunicării acestora Ministerului, prin publicarea în SEAP.

Față de prezenta contestație, intervenientul apreciază că interesul este unul pur formal și nelegitim, susținerile sale fiind vădit nefondate, formularea contestației comportând un caracter mai degrabă abuziv.

Intervenientul subliniază că la acest moment al Procedurii de Achiziție, în discuție nu mai este publicarea unui anunț privind demararea unei proceduri de achiziție publică, în așa fel încât să fie aplicabile prevederile referitoare la dreptul operatorilor economici interesați de a solicita clarificări cu privire la documentația de atribuire, ci punerea în executare a Deciziei Definitive pronunțată întocmai urmare a soluționării definitive a unei contestații privind respectiva documentație de atribuire și răspunsurile la clarificări, punere în executare care nu poate fi verificată sub aspectul legalității acesteia prin intermediul solicitărilor de clarificări sau prin confirmări solicitate de operatorii economici potențial interesați de respectiva procedură, această pretinsă confirmare pe care o iterează în tot cuprinsul contestației neavând niciun fundament legal ori temei juridic.

Contrar susținerilor, (i) legea nu obligă la respectarea unei proceduri clarificări pentru orice modificare a Documentației de atribuire, în orice moment anterior termenului de depunere al ofertelor, iar (ii) Autoritatea Contractantă a respectat prevederile legale incidente, punând în executare în mod legal și temeinic Decizia definitivă a instanței.

Se arată că, contestatoarea nici nu a indicat în niciun moment vreo prevedere legală incidentă care să confere dreptul acesteia de a chestiona și a pretinde clarificarea executării unei hotărâri judecătorești, ci, din contră, chiar dispoziția legală indicată de contestatoare, respectiv art. 153 din Legea 101/2016 prevede întocmai ceea ce Autoritatea contractantă a realizat - respectiv, prelungirea perioadei stabilite în anunțul de participare pentru depunerea ofertelor, iar nu conferirea unui potențial drept de a solicita clarificări ale unor răspunsuri la solicitări de clarificări anterioare și contestate, finalizate printr-o hotărâre judecătorească definitivă.

Intervenientul precizează că nefondată este și mențiunea contestatoarei care precizează că aceste modificări ar privi criteriul de atribuire.

Criteriul de atribuire, respectiv, cel mai bun raport calitate-preț, a rămas neschimbat de la momentul lansării procedurii de atribuire și până în prezent, astfel cum și tipul/ natura factorilor de evaluare - (i) prețul și (ii) termenul de livrare - nu a suferit modificări.

Pe cale de consecință, raportat la cele anterior dezvoltate, rezultă fără tăgadă că:

(a) Nu există o obligație de instituire de către Autoritatea Contractantă a unei noi etape/ proceduri de clarificări a Documentației de Atribuire (de durată celei inițiale, de 18 zile) urmare efectuării remedierilor dispuse printr-o hotărâre judecătorească definitivă.

Aceasta cu atât mai mult cu cât - (i) actuala contestatoare a fost parte (tot contestatoare) și în litigiul în care a fost pronunțată acea hotărâre judecătorească definitivă, iar (ii) în ceea ce privește alți posibili ofertanți (*) actele procesuale relevante au fost făcute publice prin publicarea acestora în SEAP și, astfel, sunt cunoscute toate elementele, (**) nu au formulat contestație și, prin urmare, rezultă că nu au neclarități și/ sau nu consideră o eventuală incidență a unor pretinse aspecte de nelegalitate.

(b) Singurele modificări în discuție sunt remediile dispuse potrivit Deciziei Definitive - respectiv (i) asigurarea existenței unei corelări între algoritmul factorului de evaluare Termen de livrare și formula de calcul din SEAP și (ii) reformularea clauzei privind insolvența.

Acestea nu sunt modificări complexe, neprevizibile, iar termenul minim prevăzut de lege de 6 zile pentru eventuala incidență a instituției prelungirii perioadei de clarificări a fost oricum respectat.

(c) Orice alte actuale pretinse elemente care sunt actualmente considerate de către pretins necesar a fi clarificate sunt sub incidența autorității de lucru judecat, iar, chiar dacă nu ar fi, sunt tardive/ inadmisibile - fiind depășit termenul în care se putea solicita clarificări privind Documentația de Atribuire (în special Caietul de Sarcini), această procedură fiind încheiată cu mult anterior.

Aceasta și în condițiile în care forma curentă a Documentației de Atribuire (modificată pe aspectele de remediere dispuse prin Decizia Definitivă) nu cuprinde nicio modificare relativă la PCY 20 — argumentul fiind în integralitate respins prin Decizia Definitivă.

(d) Ministerul cunoaște concordanța dintre actualul algoritm al factorului Termen de livrare (restructurat ca remediu dispus prin Decizia Definitivă) și posibilitatea implementării/ corelării sale în SEAP (fiind astfel executarea întocmai a Deciziei Definitive pe acest aspect) - aspect care rezultă din mențiunile sale cuprinse în Punctul de Vedere depus față de Contestația inițială (din care însă citează trunchiat).

(e) Aprecierea avantajului algoritmul actual al factorului de evaluare termen de livrare aparține în integralitate Autorității Contractante pentru fiecare procedură de atribuite în parte. Mai mult, susținerile nu numai că exced posibilității sale de apreciere, dar denotă și un caracter abuziv/ de rea-credință.

(f) a introdus o mai veche formulă de calcul pentru acest factor de evaluare și a reajustat ponderea.

Acea pretinsă nejustificare/ lipsă de folos de care a făcut vorbire, în trecut, ... a privit doar o anumită nuanță/aspect relativ la un comportament ulterior al ofertanților câștigători pe parcursul derulării contractului - respectiv unele întârzieri în livrare care au necesitat aplicare de penalități. Și în orice caz, nu a avut loc o replicare în integralitate, fiind ajustată ponderea.

Totodată, intervenientul apreciază că criticile privind formula de calcul pentru factorul de evaluare Termen de Livrare care nu ar putea fi realizată în SEAP, se impun a fi respinse, având în vedere următoarele:

(a) Întocmai în justificarea alegerii inițiale a factorului termen de livrare ca fiind un sistem pe baza de intervale de valori pentru prezenta Procedură de Atribuire, Autoritatea Contractantă a explicat în mod expres faptul că algoritmul de calcul anterior a îngreunat factual activitatea Autorității.

(b) În acest sens, ... a arătat că pe parcursul derulării altor acorduri-cadru, cu ocazia organizării reluărilor de competiție în vederea atribuirii contractelor subsecvente, a constatat că ponderea factorului de evaluare Termenul de Livrare nu a avut un avantaj relevant.

Concret, în situația în care termenul de livrare minim ofertat era de 1 (una) zi, oferta respectivă primea maximum de punctaj, respectiv 10 puncte. În același 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 situații în care oferta care întrunea cel mai mare punctaj nu prezenta neapărat cel mai scăzut preț, în contextul în care, diferența de o singură zi între termenele de livrare prezentate de ofertele clasate pe primele două locuri în clasament, nu reprezenta un avantaj major obținut de autoritatea contractantă ca urmare a reluării competiției. Mai mult decât atât, a constatat că realitatea a dovedit că termenul de 1 (una) zi, asumat de ofertanți, a fost un obiectiv foarte greu de îndeplinit, uneori fiind necesară aplicarea de penalități ca urmare a nerespectării termenului de livrare asumat. Altfel spus, utilizarea unei ponderi ridicate pentru factorul de evaluare termen de livrare a condus în trecut la eludarea obiectivului procedurii competitive, din moment ce a putut înclina balanța în favoarea unui operator economic sau a altuia la momentul ofertării acordului cadru, ulterior dovedindu-se că același termen de livrare a fost unul nerealist, nefiind respectat de ofertant.

Prin urmare, urmare Deciziei definitive și necesității modificării algoritmului de calcul prin trecerea de la o formulă de calcul cu intervale/perioade de timp care nu se putea tehnic suprapune exact în sistemul informatic SEAP la o formulă matematică mai simplă/fără intervale care poate fi transpusă exact în SEAP, ... a reveni la vechea formulă matematică la care însă a schimbat ponderea valorilor pentru a nu permite ca acest factor de evaluare să fie utilizat în mod abuziv de ofertanți, cu consecința denaturării rezultatului procedurii de atribuire.

În acest sens, a arătat, iar a omis, faptul că:

(a) Platforma SEAP, așa cum este configurată, nu dispune de acea funcționalitate care să îi permită acordarea de puncte în situația încărcării

unui algoritm bazat pe anumite intervale de valori și nu bazat pe formele matematice.

(b) Autoritatea Contractantă este doar un utilizator al platformei, neavând privilegii de administrare sau de configurare a acesteia, chestiune pe care a subliniat-o în repetate rânduri.

Astfel, noul algoritm propus se bazează pe o formulă matematică (punctajul fiecărui participant fiind acordat invers proporțional față de cea mai bună ofertă), fiind astfel îndeplinită cerința/obligația impusă prin Decizia Definitivă de a corela documentația de atribuire cu platforma SEAP - fapt confirmat practic de către

În ceea ce privește modificarea ponderii, intervenientul apreciază că este nerelevant dacă această posibilitate a fost sau nu prevăzută expres în cuprinsul Deciziei Definitive.

Această adaptare/modificare a ponderii face parte din procesul de remediere pentru asigurarea corelării cu sistemul SEAP și astfel, nu este contrară Deciziei Definitive. Practic, a echilibrat atât nevoile sale, cât și capacitățile operatorilor economici, întocmai raportat la considerentele Deciziei Definitive care impuneau corelarea efectivă dintre documentația de atribuire și SEAP.

În concluzie, intervenientul arată că, contrar susținerilor:

(a) Nici CNSC și nici instanța nu au impus Autorității Contractante o modalitate anume de remediere a documentației de atribuire, o limitare a posibilității Ministerului Sănătății de a-și stabili propriile criterii, singura condiție fiind, cum chiar a solicitat prin Contestația inițială, să se asigure corelarea dintre documentația de atribuire și SEAP - ceea ce Autoritatea Contractantă a și efectuat.

(b) Importanța Termenului de Livrare există și se menține, doar că aceasta aduce un avantaj Autorității Contractate mult mai mic decât factorul de evaluare constând în prețul oferit - cum, de altfel a și detaliat în cadrul Punctului său de Vedere depus la Contestația Inițială.

Referitor la pretinsa nelegalitate a remedierii art. 11.3 din modelul de contract subsecvent, intervenientul susține că sunt nefondate, argumentând că art. 11.3 în forma remediată reglementează o posibilitate de încetare a contractului în cazul în care co-contractantul care intră în procedura insolvenței și se află în imposibilitatea de a mai executa contractul. Aceasta rezultă nu numai din încadrarea prevederii contractuale în Capitolul 11 ce are titlul marginal: *Sanțiuni pentru neîndeplinirea cuplabila a obligațiilor* dar și din analiza/interpretarea efectivă a prevederii în discuție.

Practic, în aceste condiții, art. 123 la care se face trimitere expresă nu reglementează un caz de excludere sau o denunțare unilaterală stricto sensu.

În lumina Legii 85/2014, exprimarea art. 123 reflectă în realitate o încetare a contractului prin acordul părților - fie prin acordul expres al ambelor părți (administrator/lichidator și co-contractant), fie prin acordul expres al co-contractantului și prin acordul tacit al administratorului/lichidatorului asimilat tăcerii acestuia.

Pe de altă parte, art. 167 din Legea 98/2016 reglementează un caz de excludere legal - distinct și separat de posibilitatea din art. 123 din Legea 85/2014 de încetare a contractului incident anterior încheierii contractului.

Solicitarea din contestația formulată de, în sensul de a fi obligată Autoritatea Contractantă „să elimine clauza 11.3 din modelul de contract subsecvent” este astfel neîntemeiată, o astfel de măsură de remediere nefiind dispusă prin Decizia Definitivă. Ce s-a dispus prin Decizia Definitivă ca măsura de remediere a fost să rezulte clar din cuprinsul Documentației de Atribuire faptul că cazul de excludere prevăzut de art. 167 anterior menționat operează anterior încheierii contractului de achiziție publică.

Referitor la pretinsa nelegalitate a includerii PVC 20 în obiectul procedurii de achiziție, intervenientul susține că această critică și pretinsa nelegalitate a specificației din Caietul de sarcini se impune a fi respinsă nu doar pe considerente de fond, contestația impunându-se a fi respinsă, cel puțin, parțial, ca inadmisibilă/ tardivă, în cauză intervenind și autoritatea de lucru judecat pe aspectele invocate de

În primul rând, ceea ce se analizează la acest moment este legalitatea prevederilor Documentației de Atribuire și nu dacă un anumit produs îndeplinește sau nu cerințele Documentației de Atribuite - acest ultim aspect fiind specific etapei de evaluare a ofertelor, etapa la care nu s-a ajuns încă în prezenta Procedură.

În al doilea rând, dacă s-ar aprecia admisibilitatea de principiu a punerii în discuție a acestui argument ce ține de etapa de evaluare a ofertelor în această etapă de definitivare a Documentației de Atribuire, atunci invocarea este inadmisibilă/tardivă.

Intervenientul arată că argumentele operatorului economic interesat trebuie să fie invocate în cadrul termenului de 10 zile reglementat de lege, orice noi motive/ contestații/ argumente formulate după trecerea acestui termen fiind inadmisibile, iar sancțiunea este aceea a decăderii/ inadmisibilității.

În cauză, acest termen s-a împlinit la data de 4 decembrie 2023 - dată raportată la cele două Răspunsuri la clarificări care au condus la pronunțarea Deciziei Definitive, cu luarea în considerare a tuturor aspectelor argumentate privind limitarea dreptului de a solicita clarificări urmare a punerii în executare a unei decizii ce cuprinde măsuri de remediere.

Mai mult decât atât, esențial este faptul că sintagma în sine privind respectarea Programului Național de Vaccinare din Caietul de Sarcini a existat încă de la debutul prezentei Proceduri de Atribuire, iar nu a solicitat nici măcar clarificări la momentul respectiv, dincolo de faptul că nu a indicat în cuprinsul contestației inițiale un astfel de argument. A făcut vorbire de aceste aspecte, abia la soluționarea plângerilor formulate împotriva Deciziei CNSC.

Practic, ceea ce susține este aceea că ar fi observat pretinsa nelegalitate a specificației din Caietul de Sarcini privind respectarea Programului Național de Vaccinare doar urmare a Deciziei Definitive.

În mod evident, în niciun moment, o astfel de susținere nu poate fi primită, orice critici referitoare la Caietul de Sarcini, cu atât mai mult cu cât

aspectele incluse în Caietul de Sarcini nici nu au făcut obiectul vreunei contestații/ critici sunt tardive, deci inadmisibile.

Pe cale de consecință, o specificație dintr-un Caiet de Sarcini (ori chiar din orice alt înscris ce compune documentația de atribuire lato sensu) necontestată anterior, deci considerată legală la momentul T0 de debut al unei proceduri de atribuire nu poate deveni nelegală urmare a unei hotărâri judecătorești care soluționează o contestație formulată chiar împotriva respectivei documentații de atribuire, dar care nu include nicio critică efectivă privind specificația respectivă.

Pe cale de consecință, intervenientul solicită CNSC să constate tardivitatea criticilor cu privire la PCV-20, în general, și să respingă astfel, cel puțin, parțial, contestația ca inadmisibilă.

Totodată, intervenientul susține incidența autorității de lucru judecat - efectul pozitiv al autorității de lucru judecat

Se reține că în prezenta cauză, a intervenit efectul pozitiv al autorității de lucru judecat raportat la faptul că orice și toate aspectele referitoare la Documentația de Atribuire pe aspectul includerii PCV-20 printre metodele de preparare care pot face obiectul prezentei Proceduri de Atribuire au fost definitiv tranșate, neputându-se reveni asupra acestora.

În etapa de soluționare a plângerii formulate împotriva Deciziei CNSC:

(a) a arătat prin concluziile orale susținute în ședința din 08.05.2024 faptul că:

(i) *din înscrisurile depuse în probațiune rezultă că vaccinul PCV-20 poate fi administrat în 4 doze, ceea ce contravine calendarului național de vaccinare, la care Caietul de sarcini face trimitere în mod expres. În consecință, în continuare vaccinul PCV-20 nu poate face din procedura de atribuire în discuție (...);*

(ii) *în cadrul procedurii de atribuire a fost declarat eligibil produsul său, iar în cuprinsul primului paragraf din Caietul de sarcini se menționează că produsele care pot participa la această procedură sunt cete care dețin autorizare, cu respectarea Programului național de vaccinare (...);*

(iii) *astfel, instanța de recurs va reține că, inițial, problema consta în faptul că nu exista nici măcar recomandarea pentru administrarea produsului PCV-20 la sugari și copii mici, una dintre condițiile Programului național de vaccinare. De asemenea, o altă condiție a Programului național de vaccinare este aceea constând în administrarea vaccinului în 3 doze, or, având în vedere că autorizarea PCV-20 pentru administrarea la sugari privește dosar administrarea vaccinului în 4 doze, iar nu în 3 doze, rezultă că PCV-20 este în continuare imposibil de oferat în cadrul procedurii. Ceea ce s-a solicitat Consiliului în cadrul contestației a fost să se asigure că produsul PCV-20 respectă condițiile pentru a fi oferat, iar dacă nu sunt respectate aceste condiții, să se elimine produsul din procedură, sau să se adopte anumite remedii pentru a se asigura că poate intra pe piață ulterior. În consecință, se va observa că în continuare produsul nu poate fi oferat, problema în discuție neprimind o rezolvare (...);*

(b) Prin Concluziile scrise depuse, ... a reiterat susținerile din concluziile orale, în sensul în care a arătat că:

(i) are la îndemână mai multe remedii, inclusiv, de exemplu, actualizarea Calendarului Național de Vaccinare astfel încât să permită

ofertarea PCV-20 chiar în cadrul acestei Proceduri, atât timp cât cerința din caietul de sarcini impune ca produsele oferite să respecte Programul Național de Vaccinare.

(ii) Motivele invocate atât prin Contestație, cât și prin plângere priveau ne/egalitatea includerii în obiectul Procedurii a unui produs ce nu poate fi oferit, neexistând pe piață un produs (PCV 20) care să îndeplinească cerințele din caietul de sarcini. Prin urmare, acestea rămân valabile în forma expusă anterior, iar actualizările survenite nu sunt de natură să remedieze nelegalitatea organizării și desfășurării Procedurii din perspectiva includerii PCV 20.

Numai că, toate aceste aspecte au fost (deja) tranșate prin soluția din cuprinsul Deciziei CAB inițiale, în sensul în care obiectul Procedurii de Atribuire este achiziția de vaccin pneumococic polizaharidic conjugat în oricare din metodele de preparare, astfel că este legală indicarea acestor metode în cuprinsul Documentației - decizia fiind definitivă și intrată sub autoritate de lucru judecat, nu doar cât privește soluția cuprinsă în dispozitiv, ci și în considerente.

Pe cale de consecință, din întreaga argumentație a rezultă că, în mod vădit neîntemeiat, aceasta se rezumă în mod efectiv la raționamentul conform căruia un Program Național de Vaccinare ar trebui modificat în funcție de produsul unei operator economic.

Pentru toate aceste motive, intervenientul solicită Consiliului să admită în principiu cererea de intervenție formulată de și să dispună respingerea contestației formulate de

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ... SRL depune Cerere prin care solicită CNSC să dispună soluționarea capătului de cerere din cuprinsul contestației sale, privind suspendarea procedurii de atribuire, numai ulterior soluționării contestației formulate de SRL împotriva măsurii suspendării procedurii de achiziție de către Minister, înregistrată pe rolul Consiliului sub nr. de dosar ...

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

(1) În data de 12.07.2024, ... a dispus măsura suspendării Procedurii de achiziție.

(2) În data de 23.07.2024, a fost încărcată în SEAP contestația depusă de și înregistrată la sub nr. Din informațiile publice disponibile pe portalul CNSC, Contestația împotriva măsurii suspendării a fost înregistrată pe rolul CNSC sub nr. de dosar ...

(3) a solicitat prin contestația ce face obiectul dosarului ..., printre altele, inclusiv suspendarea Procedurii de achiziție până la soluționarea contestației.

(4) Pe de o parte, având în vedere că la acest moment Procedura de achiziție este suspendată ca urmare a măsurii luate de Minister, solicitarea de a dispune suspendarea Procedurii de achiziție, formulată odată cu contestația, ar urma să fie respinsă ca rămasă fără obiect/lipsită de interes, în linie cu practica anterioară a Consiliului.

(5) Pe de altă parte, la acest moment măsura suspendării luată de Minister, care ar duce la respingerea cererii ca rămasă fără obiect,

este contestată sub aspectul legalității într-o altă cauză înregistrată pe rolul CNSC.

(6) Astfel, în soluționarea Contestației împotriva măsurii suspendării, Consiliul ar putea să dispună fie respingerea acesteia, caz în care situația de fapt ar rămâne identică cu cea prezentă, fie să dispună admiterea și obligarea Ministerului la reluarea Procedurii de achiziție.

(7) În cel din urmă caz, s-ar crea o situație contradictorie, în care pe de o parte nu ar avea parte de o soluționare pe fond a cererii de suspendare tocmai ca urmare a măsurii suspendării procedurii de către autoritatea contractantă, iar pe de altă parte tocmai această măsură ar putea fi ulterior anulată ca efect al admiterii de către CNSC a contestației, iar Procedura de achiziție reluată.

(8) Pe cale de consecință, în cazul în care s-ar dispune soluționarea cererii de suspendare formulate de anterior soluționării Contestației împotriva măsurii suspendării, s-ar înfrânge dreptul la o cale efectivă de atac, drept consacrat inclusiv de legislația Uniunii Europene și care include și dreptul de a solicita luarea unor măsuri provizorii.

(9) Se apreciază astfel că soluționarea cererii de suspendare a Procedurii de achiziție formulate de depinde de existența unui drept care face obiectul unei alte contestații aflate pe rolul CNSC, întrucât judecarea cererii de suspendare formulate de subscrisa ar conduce la rezultate diferite în funcție de soluția ce ar urma să fie pronunțată în Contestația împotriva măsurii suspendării Procedurii.

(10) Pentru toate aceste motive, contestatorul solicită Consiliului să se pronunțe asupra legalității și temeiniciei cererii de suspendare a procedurii formulate de doar după soluționarea contestației împotriva măsurii suspendării formulate de

Prin adresa datată ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ... SRL depune Note scrise raportat la Punctul de vedere al Autorității contractante, transmis în data de 16.07.2024 („Punctul de vedere”) și cu privire la Cererea de intervenție accesorie voluntară introdusă de în data de ... („Cererea de intervenție”).

Prin prezentele Note scrise, se solicită:

- I. Respingerea argumentelor din Punctul de vedere și din Cererea de intervenție ca nefondate;
- II. Admiterea capetelor de cerere formulate prin Contestație.
- III. Să i se acorde acces în vederea studierii și fotocopierii dosarului ...

Contestatorul susține că excepția lipsei de interes invocată de este neîntemeiată, întrucât justifică un interes procesual legitim pentru că îndeplinește condițiile pentru formularea contestației prevăzute de art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, respectiv este ofertant interesat să obțină contractul de achiziție publică.

Se menționează că în cauză există o legătură indubitabilă între interesul de a participa la o procedură de achiziție publică și interesul procesual de a formula o contestație legată de acea procedură de achiziție. Interesul procesual - folosul practic - urmărit de este acela de admitere a capetelor de cerere, cu scopul de a asigura posibilitatea

de a participa la licitație cu oricare din cele două produse PCV-13 sau PCV-20. Insinuările privind un interes mediat sunt simple acuzații nefondate.

..... precizează că a formulat contestația întrucât aspectele respective împiedică (i) posibilitatea de a oferi un produs esențial pentru procedură, conform însăși Autorității contractante, (ii) evaluarea conform unor criterii nerestrictive, transparente și legale.

Prin Cererea de intervenție, ... pare să invoce excepția lipsei de interes (sau a inadmisibilității) Contestației, sub aspectul că interesul nu ar fi în realitate unul legitim. Mai mult, intervenienta face referire la existența unui eventual abuz de drept al, întrucât interesul acesteia nu ar fi legitim întrucât, în realitate, ... ar urmări exclusiv suspendarea voluntară a procedurii de către autoritatea contractantă.

Deși nu delimitează clar modul de aplicare a celor două instituții în raport de cererea sa, principalele argumente privind excepția lipsei de interes apar ca fiind:

- > Invocarea unui drept sau interes economic nu este suficient pentru justificarea unui interes procesual, întrucât are prioritate interesul public, iar nu cel particular;

- > Interesul este unul pur economic, iar nu legitim;

- > În realitate, interesul este unul ocult, acela de a tergiversa Procedura de achiziție, în principal prin suspendarea voluntară a procedurii, pentru a beneficia în continuare de contractul cu Autoritatea atribuit prin negociere directă, în vigoare în prezent.

Contestatorul solicită Consiliului să observe că, în conformitate cu prevederile art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, 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. Or, această condiție este îndeplinită în ceea ce privește, astfel că excepția intervenientei nu este întemeiată nici din perspectiva condițiilor impuse de prevederile art. 33 C.proc.civ.

În continuare, ... reia argumentele expuse pe larg în cuprinsul contestației, în combaterea susținerilor autorității contractante și ale intervenientului, opinând că formularea contestației nu constituie un abuz de drept; astfel, se reține că nu identifică dreptul procesual pe care l-ar fi încălcat prin depunerea contestației. În realitate, ... subliniază că nu avea la dispoziție niciun alt mijloc procedural pentru a lămuri aspectele juridice invocate în contestație întrucât nu i s-a oferit posibilitatea formulării unei solicitări de clarificare.

Totodată, contestatorul apreciază că nu asigură punerea în executare a Deciziei instanței nr. întrucât nu permite ofertarea PCV-20 care, la acest moment, deține autorizație de punere pe piață și care poate fi administrat la sugari, așa cum a dispus Curtea de Apel

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ... intervenientul depune *Concluzii scrise* prin care solicită CNSC să respingă apărările, acestea fiind nefondate, să admită cererea sa de intervenție și să respingă contestația.

Intervenientul reia punctual argumentele expuse pe larg în cuprinsul cererii sale de intervenție, arătând, în concluzie că, singurele modificări în discuție ale documentației de atribuire sunt remediile operate de autoritatea contractantă în executarea Deciziei definitive a instanței.

Totodată, intervenientul subliniază că la momentul actual al procedurii de atribuire, orice discuție cu privire la documentația de atribuire (respectiv, caiet de sarcini publicat în august 2023) este fie tardiv, fie intrată în autoritatea de lucru judecat.

Se menționează că legea nu obligă o Autoritate Contractantă la demararea unei proceduri de clarificări pentru orice modificare a Documentației de Atribuire, în orice moment anterior termenului de depunere al ofertelor.

Criteriul de atribuire, respectiv, cel mai bun raport calitate-pret, a rămas neschimbat de la momentul lansării procedurii de atribuire și până în prezent, astfel cum și tipul/ natura factorilor de evaluare - (i) prețul și (ii) termenul de livrare - nu a suferit modificări.

Cu privire la excepția lipsei de interes a în formularea Contestației, intervenientul afirmă că invocarea excepției nu vatămă, ci, din contră, susține poziția Autorității Contractante.

Faptul că nu a invocat *expressis verbis* excepția lipsei de interes nu conduce în opinia intervenientului la neanalizarea aceleiași excepții invocate de sau la inadmisibilitatea invocării de către intervenient a acestei excepții.

Cu privire la incidența abuzului de drept și caracterul vădit neîntemeiat al contestației, contrar susținerilor, intervenientul arată că instituțiile sunt prezentate într-o modalitate autonomă (inițial condiția interesului ce, în caz de neîndeplinire, generează respingerea contestației ca lipsită de interes, apoi este antamat/analizat abuzul de drept), dar aflate oricum în legătură.

În esență, în orice caz, ceea ce a susținut intervenientul a fost că interesul a fost de blocare/ solicitare de anulare a Procedurii de Atribuire.

(a) În esență, în discuție nu este vorba de nicio necesitate a unor clarificări, ... - cel puțin în calitate de parte în Contestația inițială - știind și cunoscând conținutul deciziilor pronunțate, atât de CNSC, cât și de Curtea de Apel, dincolo de faptul că remediile dispuse nu sunt complexe, complicate ori surprinzătoare.

(b) În legătură cel puțin cu termenul de livrare apare lesne că solicită Autorității Contractante să facă dovada unei probe irefutabile, respectiv că noul algoritm ar fi corelat cu sistemul SEAP, deși Ministerul a susținut și explicat foarte clar acest aspect și a reiterat în repetate rânduri că nu este un administrator al platformei. Oricum, ... nu a prezentat niciun argument sau probă în sensul că noul mod de calcul al punctajului pentru factorul de evaluare termenul de livrare nu ar putea fi efectuat prin intermediul SEAP.

(c) PCV-20 nu mai poate face obiectul prezentei contestații, toate chestiunile pe subiect fiind tranșate în cadrul Contestației inițiale, în prezent intrând sub efectul pozitiv al autorității de lucru judecat și fiind, în orice caz, tardive.

(d) Cu privire la clauza 11.3. privind insolvența, modificarea clauzei în sensul punerii în aplicare a Deciziei Definitive întocmai pentru respectarea atât a hotărârii judecătorești, cât și nevoia Autorității Contractante pe subiect, este perfect clară, iar lupta pe acest subiect duce la întrebarea legitimă dacă va intra în insolvență.

(e) În definitiv, atitudinea nu doar ofensivă și ofensatoare a contestatoarei - la care în mod expres înțelege intervenientul să nu răspundă - ci vădit contradictorie, ambivalentă și în mod evident contradictorie, în sensul în care, în Contestația inițială susține că PCV-20 trebuie eliminat din procedură, pentru ca în prezent să susțină, sub masca și umbrela Deciziei Definitive, că, din contră, se impune menținerea PCV-20, însă, trebuie modificat Caietul de Sarcini (solicitare oricum vădit tardivă).

Cu privire la pretinsa necesitate a stabilirii unei perioade pentru transmiterea unor noi clarificări, intervenientul observă că susținerile contestatoarei din cuprinsul Notelor sale scrise sunt succinte și prezentate parțial/ trunchiat și cu altă motivare decât cea inițial susținută în cuprinsul Contestației sale.

Intervenientul apreciază inadmisibilă invocarea unor noi motive de pretinsă nelegalitate ale procedurii pe calea Notelor Scrise, după împlinirea termenului prevăzut de lege pentru formularea contestației.

În acest sens, se arată că:

(a) Prin Contestație, ... a susținut ca argument de pretinsă nelegalitate faptul că Autoritatea Contractantă nu a stabilit, deși ar fi fost obligată, un nou termen pentru solicitarea de clarificări de 18 zile (ca și cel inițial) pentru modificările documentației de atribuire efectuate ca remedii în executarea Deciziei Definitive.

Cu alte cuvinte, ... a invocat faptul că Autoritatea Contractantă ar fi avut obligația de a stabili/ demara o nouă etapă de clarificări, de durata celei desfășurate anterior. În susținerea afirmației sale, a citat prevederile art. 160 din Legea 98/2016 privind dreptul candidaților de a solicita clarificări și prevederile art. 153 alin. (1) și alin. (2) din aceeași Lege privind instituția prelungirii duratei de solicitare a clarificărilor.

..... nu a invocat în cuprinsul Contestației sale ca argument de pretinsă nelegalitate o neîndeplinire a pretensei obligații de prelungire a termenului de solicitare de clarificări.

(b) Prin Notele Scrise, contestatoarea vine și susține că, de fapt, Autoritatea Contractantă ar fi trebuit doar să prelungească termenul de depunere a ofertelor întrucât modificările în discuție ar fi semnificative.

Din această perspectivă, pretinsa nerespectare de către Autoritatea Contractantă a obligației de prelungire a termenului de solicitare de clarificări apare ca un nou pretins motiv de nelegalitate - ceea ce este inadmisibil a fi invocat prin Note Scrise, ulterior expirării termenului legal pentru formularea contestației.

Se arată că Autoritatea Contractantă nu avea nici obligația de a prelungi termenul de depunere a ofertelor mai mult decât a fost deja stabilit urmare reînceperii Procedurii după ridicarea suspendării și operarea modificărilor Documentației de Atribuire cu titlu de remediu în executarea Deciziei Definitive — modificări care nu sunt semnificative în sensul legii,

respectiv *nu sunt modificări complexe și voluminoase care să presupună timp suplimentar pentru reacția potențialilor ofertanți.*

Nefiind în discuție modificări semnificative, intervenientul apreciază că nu există nici o obligație de prelungire a perioadei de depunere a ofertelor - în acest sens, lipsa obligației fiind expres reglementată de art. 153 alin. (4) din Legea 98/2016.

Pe de altă parte, intervenientul opinează că problema ridicată de nu numai că este nefondată, dar a devenit între timp și lipsită de interes. Prin formularea actualei contestații de către, Procedura de atribuire a fost oricum suspendată (aspect preconizat fără dubiu de), prelinsele neclarități urmând a fi soluționate de către CNSC.

Prin urmare, în prezent, ... nu mai poate avea la acest moment interes să invoce că nu ar fi avut timp să se clarifice în legătură cu cele două modificări și nici că nu ar avea timp să își readapteze oferta, fiind în discuție și o lipsă de obiect a petitului aferent în discuției în condițiile în care clarificările vor fi soluționate de CNSC.

Cu privire la pretinsa nelegalitate a algoritmului de calcul pentru factorul de evaluare termen de livrare, intervenientul reține că nici în ce privește acest aspect, ... nu se apără propriu-zis, ci repetă aceleași mențiuni, fără prezentarea unui raționament juridic, care în cea mai mare parte exced competenței unui operator economic, însă cu elemente necorespunzătoare realității și cu sintagme cu caracter ofensator (la acestea din urmă, desigur că nu vom răspunde).

În primul rând, ... repetă o pretinsă încălcare a art. 187 alin. (31) din Legea 98/2016 în sensul că Autoritatea Contractantă ar fi încălcat obligația de a utiliza criteriul de atribuire cel mai bun raport calitate-preț în această Procedură de Atribuire a cărei valoare estimată este peste pragul valoric prevăzut de lege pentru publicarea în JOUE.

Nu arată însă prin care modificare a Documentației de Atribuire s-ar fi renunțat la criteriul atribuire cel mai bun raport calitate-preț. Nici nu ar fi avut cum, pentru că nu a fost schimbat acest criteriu cu un alt criteriu.

Raportat la aceste aspecte, rezultă încă o dată faptul că modificările aduse documentației de atribuire urmare a Deciziei Definitive nu sunt substanțiale, cel puțin pentru că, raportat la critica privind formula de calcul pentru factorul de evaluare „termen de livrare”, Autoritatea contractantă - întocmai în respectarea Deciziei Definitive - a adoptat un algoritm de calcul care să poată fi preluat de SEAP, astfel încât, la finalizarea etapei de licitație electronică, clasamentul și punctajele afișate de platformă să corespundă punctajelor calculate de comisia de evaluare, cu atât mai mult cu cât, nici în ceea ce privește tipul celor doi factori de evaluare inițiali, respectiv prețul și termenul de livrare, și nici în ceea ce privește criteriul de atribuire cel mai bun raport calitate-preț nu s-au operat modificări.

Cu privire la eliminarea clauzei 11.3. din modelul de contract subsecvent, intervenientul afirmă că Decizia definitivă a instanței nu a dispus obligarea Autorității Contractante „să elimine clauza 11.3 din modelul de contract subsecvent” (contrar susținerilor) și nici nu a

constatat în vreun moment că starea de insolvență nu ar putea fi verificată și în executarea contractului, însă nu ca motiv de excludere.

Remediul a fost implementat, contrar susținerilor care nici de această dată nu arată pentru care considerent din Documentația de Atribuire nu ar rezulta faptul că cazul de excludere prevăzut de art. 167 din Legea 98/2016 operează anterior încheierii contractului de achiziție publică.

Intervenientul apreciază că solicitarea din Contestația formulată de și reiterată prin Notele în sensul de a fi obligată Autoritatea Contractantă „să elimine clauza 11.3 din modelul de contract subsecvent” este neîntemeiată, o astfel de măsură de remediere nefiind dispusă prin Decizia Definitivă - aspect susținut, de altfel, și în PDV al Ministerului Sănătății.

Referitor la pretinsa nelegalitate a includerii PVC 20 în obiectul procedurii de achiziție și a sintagmei din cuprinsul Documentației de Atribuire privind Programul Național de Vaccinare, intervenientul susține că critica referitoare la PCV-20 și pretinsa nelegalitate a specificației din Caietul de sarcini se impune a fi respinsă nu doar pe considerente de fond, contestația impunându-se a fi respinsă, cel puțin, parțial, ca inadmisibilă/tardivă, în cauză intervenind și autoritatea de lucru judecat pe aspectele invocate de

Autoritatea contractantă nu a avut nicio obligație referitoare la PCV-20 și, cu atât mai puțin la Programul Național de Vaccinare, în condițiile în care, atât în fața CNSC, cât și în fața Curții de Apel nu a fost dispusă în sarcina Ministerului Sănătății nicio obligație privind o pretinsă remediere a documentației de atribuire raportat la PCV-20 ori la Programul Național de Vaccinare, toate aspectele fiind respinse în bloc.

Singurele obligații ale Ministerului de remediere ale Documentației de Atribuire au privit (i) sancțiunea nulității; (ii) algoritmul pentru termenul de livrare; (iii) clauza referitoare la insolvență.

Față de susținerile și contestația, intervenientul solicită respingerea apărărilor, acestea fiind vădit nefondate și, pe cale de consecință, admiterea Cererii de intervenție și respingerea Contestației ce face obiectul prezentei cauze.

Cu adresa datată ... înregistrată la Consiliu sub nr. SRL depune Concluzii scrise prin care solicită respingerea argumentelor ca nefondate și admiterea capetelor de cerere formulate prin contestație.

Contestatorul susține că excepția lipsei de interes invocată de este neîntemeiată iar abuzul de drept nu este incident.

Ca orice operator economic interesat de participarea la o procedură de achiziție, ... susține că are interesul legitim ca întregul proces să se desfășoare în mod legal și echitabil și apreciază că inclusiv Intervenienta ar trebui să aibă același interes de a avea o documentație de atribuire clară și fără posibilitate de interpretare. Prin urmare, argumentele referitoare la lipsa de interes contrazic teza prin care și-a justificat interesul formulării cererii de intervenție. Interesul de a se stabili în mod cert legalitatea procedurii, conform punctelor prezentate în Contestație nu ar trebui să fie o amenințare pentru niciun operator economic.

Totodată, contestatorul arată că afirmațiile privind abuzul de drept sunt, la rândul lor nefondate. Acordul cadru existent dintre

și a fost încheiat în mod legal. Existența unui Acord cadru valabil legal nu invalidează interesul și dreptul de a contesta neregulile documentației de atribuire din prezenta procedură.

Cu privire la stabilirea unei perioade pentru transmiterea clarificărilor privind modificările operate în documentația de atribuire, contestatorul face precizarea că nu a introdus niciun motiv nou de contestație pe calea concluziilor scrise, ci doar a explicitat în detaliu cele prezentate inițial în Contestație. Se menționează că nu a cerut Consiliului remedii suplimentare față de cele prezentate în Contestație, iar argumentele din cadrul acestui punct susțin petitului inițial.

Contestatorul reiterează că modificările operate de Minister sunt substanțiale, afectând inclusiv criteriile de atribuire, care au suferit o schimbare majoră. Argumentele Intervenientei conform cărora nu sunt relevante solicitările de clarificări în cazul operării remediilor dispuse printr-o decizie definitivă nu sunt susținute de nicio prevedere legală. Remediile operate de o autoritate contractantă pot să nu oglindească cele dispuse prin decizie (așa cum este cazul de față) sau pot viza elemente noi, care ar trebui clarificate (așa cum este cazul de față). invocă în esență doar faptul că Deciziile CNSC și a Curții de Apel erau deja cunoscute și, astfel, remediile implementate ar fi fost previzibile. Cu alte cuvinte, în aprecierea Intervenientei în nicio circumstanță în care se admit contestațiile cu impunere de măsuri nu ar putea fi vorba de modificări substanțiale.

În final, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ... intervenientul formulează *Mențiuni* cu privire la Concluziile scrise ale contestatorului din data de 13.08.2024, în care reia argumentele expuse în cuprinsul cererii sale de intervenție și a notelor ulterioare, solicitând respingerea apărărilor contestatorului ca fiind nefondate și admiterea cererii de intervenție.

În ce privește contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de SRL („.....”), împotriva măsurii suspendării procedurii de atribuire organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Achiziția publică de vaccin pneumococic polizaharidic conjugat”, de către, în calitate de autoritate contractantă, contestatorul învederează următoarele:

Ulterior publicării anunțului de participare și a documentației de atribuire privind procedura de achiziție în dezbatere, mai mulți operatori economici interesați au formulat cereri de clarificări a unor aspecte din cuprinsul acestei documentații de atribuire, inclusiv Autoritatea contractantă a răspuns acestor solicitări de clarificări prin intermediul a două acte - răspunsuri consolidate. Nemulțumită de o parte din răspunsurile la clarificări, ... a formulat contestația ce a făcut obiectul dosarului nr., invocând unele nereguli și solicitând obligarea autorității contractante la remedierea acestora.

Prin Decizia nr., CNSC a admis în parte contestația formulată de, sens în care a obligat autoritatea contractantă la remedierea

documentației de atribuire și la publicarea în SEAP a modificărilor efectuate, cu respectarea prevederilor legale și a motivării deciziei în termen de 10 zile de la comunicare.

Împotriva acestei decizii am formulat plângere atât subscrisa, cât și autoritatea contractantă, respectiv Prin Decizia civilă nr. ..., Curtea de Apel a admis în parte plângerea formulată de, sens în care a modificat parțial Decizia CNSC nr. ..., în sensul admiterii contestației formulate de și în ceea ce privește criticile indicate la litera c) din contestație și obligă autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire și la publicarea în SEAP a modificărilor efectuate, cu respectarea prevederilor legale și a motivării prezentei hotărâri, în termen de 10 zile de la comunicare.

În esență, ca urmare a Deciziei CNSC nr. ... și Deciziei civile nr., autoritatea contractantă a fost obligată să remedieze documentația de atribuire sub două aspecte:

a) în legătură cu critica privind formula de calcul a factorului de evaluare „Termen de livrare prevăzută în documentația de atribuire să poată fi aplicată în SEAP (critica de la litera a) din contestația depusă), CNSC a reținut necesitatea ca autoritatea contractantă să procedeze la remedierea acestui aspect, astfel încât formula de calcul a clasamentului de către SEAP să fie conformă celor specificate în Fișa de date a achiziției.

b) în legătură cu critica privind clauza 11.3. din modelul de contract subsecvent privind posibilitatea de denunțare, în condițiile legii, a contractului în ipoteza intrării în insolvență a furnizorului

În mod definitiv și cu putere de lucru judecat, toate celelalte aspecte ce au făcut obiectul contestației și, ulterior, a plângerii au fost respinse și nu mai pot fi repuse în discuție. Totodată, având în vedere stadiul actual al procedurii de atribuire, respectiv perioada depunerii ofertelor, nu mai sunt admisibile alte solicitări de clarificare din partea operatorilor economici interesați, termenele privind transmiterea răspunsurilor față de solicitările de clarificare fiind pe deplin respectate.

În vederea punerii în executare a Deciziei CNSC nr., respectiv a Deciziei civile nr., autoritatea contractantă a publicat în SEAP mai multe acte, în concret, autoritatea contractantă a publicat:

- Un nou model de Acord Cadru (publicat în 04.07.2024 1I:43).

Astfel, chiar dacă în SEAP nu a fost publicat un act (instrumentum) al autorității contractante prin care să se dispună suspendarea procedurii de atribuire, efectuarea acestei operațiuni rezultă neîndoiește din cele prezentate anterior, efectul juridic fiind acela al stopării desfășurării procedurii de atribuire conform calendarului inițial, mai exact imposibilitatea depunerii ofertelor de către operatorii economici interesați. Pe cale de consecință, se apreciază de către petent că prezenta contestație ce vizează un act (în sensul de operațiune) ce a produs efecte juridice asupra procedurii de atribuire este pe deplin admisibilă.

Contestatorul susține nelegalitatea și netemeinicia măsurii suspendării procedurii de atribuire, subliniind că nu există vreo bază legală pentru suspendarea procedurii de atribuire de către autoritatea contractantă ca urmare a simplei formulări a unei contestații.

Ipoteza în care autoritatea contractantă poate dispune suspendarea procedurii de atribuire este foarte clar delimitată și, întrucât este una singură, trebuie să fie de strictă interpretare și aplicare: atunci când se formulează o plângere împotriva unei decizii a Consiliului. *Per a contrario*, autoritatea contractantă nu va putea dispune suspendarea procedurii de atribuire ca urmare a formulării unei contestații ce urmează să fie soluționată, potrivit procedurii firești, de către CNSC. Suspendarea procedurii de atribuire într-o astfel de ipoteză nu este reglementată de lege nici măcar sub forma unui caz de suspendare facultativă, cu atât mai puțin una imperativă, cum în mod nelegal consideră autoritatea contractantă.

Contestatorul arată că în prezenta cauză nu ne aflăm în ipoteza prevăzută de lege, nefiind formulată o plângere împotriva unei decizii a Consiliului; mai mult, nici măcar nu există o decizie a Consiliului împotriva căreia să se formuleze o plângere, iar, oricum, procedura de atribuire se află încă în prima etapă, cea a depunerii ofertelor (fapt care încă nu a avut loc). Prin urmare, nu ne aflăm câtuși de puțin în ipoteza singurei prevederi legale ce permite autorității contractante să dispună suspendarea procedurii de atribuire.

Se menționează că în cazul formulării unei contestații, autoritatea contractantă poate adopta, potrivit legii, măsuri de remediere, însă nu poate dispune suspendarea procedurii de atribuire. Or, față de noua contestație formulată de, ... înțelege că autoritatea contractantă nu a înțeles să adopte măsuri de remediere, deci a considerat toate motivele din contestație ca fiind neîntemeiate, respectiv că actele atacate de contestatoare sunt legale și temeinice. Pe cale de consecință, autoritatea contractantă recunoaște indirect că nu exista niciun motiv pentru a se dispune suspendarea procedurii de atribuire.

Totodată, contestatorul amintește că are în derulare, în prezent, un contract de achiziție cu pentru vaccinul PCV-13, contract încheiat în urma unei proceduri necompetitive (negocieri directe fără publicare de anunț) - fapt pentru care orice întârziere în desfășurarea procedurii de achiziție ce face obiectul prezentei cauze îi profită, aceasta având interesul de a tergiversa cât mai mult procedura, respectiv depunerea ofertelor. Or, exact acest rezultat a fost obținut de ca urmare a măsurii nelegale de suspendare a procedurii de atribuire, a cărei desființare o solicită contestatorul prin prezenta contestație.

Presupunând prin absurd că autoritatea contractantă ar putea suspenda procedura de atribuire în stadiul actual, contestatorul susține că o astfel de măsură nu este justificată.

Ca regulă, suspendarea procedurii de atribuire se poate dispune de către CNSC în baza procedurii prevăzute de art. 22 - 23 din Legea nr. 101/2016, articol ce instituie și condițiile care ar trebui să fie îndeplinite pentru a se dispune o astfel de măsură.

Suspendarea mai poate fi dispusă de către instanța de judecată investită cu soluționarea unei plângeri împotriva deciziei CNSC, conform art. 33 alin. 1) din Legea nr. 101/2016.

Din ambele variante normative amintite mai sus reies condițiile ce trebuie îndeplinite pentru a se impune măsura suspendării procedurii de atribuire: existența unui caz bine justificat, respectiv nevoia de a împiedica

o pagubă iminentă. În lipsa unei derogări sub aspectul celor două condiții, reiese că inclusiv autoritatea contractantă, atunci când dispune suspendarea procedurii de atribuire (presupunând că dispune de temeiul legal necesar pentru a dispune o astfel de măsură), trebuie să analizeze îndeplinirea celor două condiții.

Presupunând prin absurd că noua contestație formulată de ar urma să aibă succes de cauză în fața CNSC, contestatorul susține că autoritatea contractantă nu va avea nicio piedică în a adopta măsurile de remediere necesare, procedura de atribuire urmând să fie reluată din etapa anterioară eventualului act desființat.

Or, a suspenda *de plano* procedura de atribuire doar ca urmare a formulării unei contestații vădit abuzive, contestație formulată de singurul operator economic care are un interes real în tergiversarea *sine die* a procedurii, nu poate constitui o măsură în concordanță cu principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

În concluzie, autorul contestației solicită admiterea acesteia și obligarea autorității contractante să ridice măsura suspendării și să reia procedura de atribuire potrivit calendarului acesteia.

Prin adresa nr. ... înregistrată la Consiliu sub nr. ... autoritatea contractantă formulează punct de vedere la contestația depusă de SRL („.....”), privind măsura suspendării procedurii de atribuire, învederând următoarele:

Prin anunțul de participare nr./19.08.2023, ..., având calitatea de autoritate contractantă, a inițiat procedura de achiziție publică de vaccin pneumococic polizaharidic conjugat, procedura de achiziție aleasă fiind licitația deschisă.

Procedura de achiziție 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 achiziției este de minim 132.925.000.00 lei fără TVA și maxim 664.625.000,00 lei tară TVA.

Operatorul economic SC SRL a formulat contestația ..., înregistrată la cu nr. ..., înregistrată la CNSC cu nr. ... dosar CNSC nr. ..., cu privire la Răspunsul consolidat la Solicitățile de Clarificări ("Răspunsul nr. 1"), la al doilea răspuns la solicitările de clarificări ("Răspunsul nr. 2") și la documentația de atribuire așa cum a fost clarificată prin răspunsurile menționate anterior.

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a pronunțat Decizia nr.

..... a deschis acțiune în instanță împotriva Deciziei nr., în ceea ce privește măsura de remediere dispusă la punctul a) din motivarea Deciziei menționate, prin care CNSC dispune 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 Fișa de date a achiziției".

Curtea de Apel a pronunțat Decizia civilă nr., prin care a decis modificarea parțială a Deciziei CNSC nr. din data de 14.02.2024, în sensul că a admis contestația formulată de SRL și în ceea ce privește criticile indicate la litera c) și a obligat autoritatea

contractantă la remedierea documentației de atribuire și la publicarea în SEAP a modificărilor efectuate, cu respectarea prevederilor legale și a motivării hotărârii mai sus menționate, în termen de 10 zile de la comunicare.

..... a luat cunoștință de cele pronunțate de Curtea de Apel și a procedat la adoptarea măsurilor dispuse prin Decizia civilă nr., procedând, de asemenea, și la ridicarea suspendării în SEAP pentru procedura de achiziție publică de vaccin pneumococic polizaharidic conjugat.

Ulterior ridicării suspendării, operatorul economic a formulat contestația ..., înregistrată la cu nr. ... înregistrată la CNSC cu nr. ..., dosar CNSC nr. ...

În cuprinsul contestației formulate, operatorul economic SC SRL solicită Consiliului următoarele:

I. Să suspende procedura de achiziție, în temeiul art. 22 din Legea 101/2016, până la soluționarea prezentei contestații.

II. În principal, să dispună anularea Clarificării automate, publicată pe platforma SEAP în data de 05.07.2024 și prin noul model de Acord-cadru și noul model de contract subsecvent publicate pe platforma SEAP în data de 04.07.2024, precum și a Eratei generate automat în data de 09.07.2024 cu privire la ridicarea suspendării procedurii și stabilirea noului termen-limită de depunere a ofertelor pentru data de 17.07.2024, iar în subsidiar să dispună anularea procedurii pentru încălcarea drepturilor operatorilor economici interesați.

III. Să dispună anularea Clarificării automate, publicată pe platforma SEAP în data de 05.07.2024 și prin noul model de Acord-cadru publicat pe platforma SEAP în data de 04.07.2024, care modifică Criteriul de atribuire prevăzut în Secțiunea 11.2.5 din anunțul de participare și din noul model de Acord-cadru, precum și obligarea Ministerului la luarea unor remedii care să asigure alinierea algoritmului SEAP cu algoritmul din Documentația de atribuire, precum și stabilirea factorilor de evaluare astfel încât să determine oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, iar în subsidiar să dispună anularea Procedurii de achiziție;

IV. Să dispună anularea clauzei 11.3 din noul model de contract subsecvent, în conformitate cu Decizia a Curții de Apel, sau obligarea Ministerului la înlăturarea acestei clauze;

V. Să anuleze cerința referitoare la Calendarul Național de Vaccinare și să oblige Ministerul să asigure executarea întocmai a Deciziei nr. a Curții de Apel prin eliminarea specificațiilor din Caietul de sarcini care împiedică ofertarea vaccinului pneumococic polizaharidic conjugat 20-valent, iar în subsidiar să dispună anularea Procedurii de achiziție.

Se menționează că imediat după primirea contestației formulată de SC SRL, ... a procedat la suspendarea procedurii de atribuire, până la pronunțarea deciziei de către CNSC.

..... a luat decizia suspendării procedurii, în scopul evitării riscului anulării procedurii de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (CNSC), în situația în care acesta ar dispune adoptarea de măsuri de

remediere, iar adoptarea acestora ar deveni imposibilă ulterior depunerii de oferte în cadrul procedurii.

Din acest motiv, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă contestația formulată de SC SRL ca nefondată.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. SRL depune Note de ședință raportat la punctul de vedere al autorității contractante prin care solicită admiterea contestației și obligarea autorității contractante să ridice măsura suspendării și să reia procedura de atribuire potrivit calendarului acesteia.

Contestatorul întărește argumentele expuse în cuprinsul contestației, opinând că autoritatea contractantă nu arată care este temeiul legal care i-a permis să dispună suspendarea procedurii, respectiv, nu indică motivele pentru care ar fi îndeplinite condițiile prevăzute de lege pentru a se putea dispune măsura suspendării procedurii de atribuire.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. .., ... SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ... din 11.07.2024, emisă de ..., în valoare de .. RON, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr..., ... SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ...din 25.07.2024, emisă de, în valoare de ... RON, potrivit dispozițiilor art. 61¹ 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./19.08.2023, 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 a format obiectul dosarului nr. ..., soluționat prin Decizia nr., în care Consiliul a dispus:

„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 remedierea documentației de atribuire 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”.

Împotriva Deciziei nr., s-au formulat plângeri care au făcut obiectul dosarului nr. ..., aflat pe rolul Curții de Apel, soluționate prin Hotărârea nr..... din 17.05.2024, prin care instanța a dispus:

„Respinge excepțiile privind inadmisibilitatea plangerii ... SRL, precum și excepția lipsei de interes în promovarea aceleiasi plangeri, excepții invocate de către SRL, ca neintemeiate. Respinge excepția tardivității plangerii SRL, precum și excepția lipsei parțiale de obiect a aceleiasi plangeri, excepții invocate de către SRL, ca neintemeiate. Respinge plângerea formulată de, ca nefondată. Respinge plângerea formulată de ...SRL, ca nefondată. Admite în parte plângerea formulată de SRL. Modifică parțial Decizia CNSC nr. din data de 14.02.2024, în sensul că admite contestația formulată de SRL și în ceea ce privește criticile indicate la litera c) și obliga autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire și la publicarea în SEAP a modificărilor efectuate, cu respectarea prevederilor legale și a motivării prezentei hotărâri, în termen de 10 zile de la comunicare. Definitivă. Pronunțată prin punerea soluției la dispoziția părților, prin mijlocirea grefei instanței, azi, 17.05.2024. Document: Hotărâre din 17.05.2024”.

Împotriva modificărilor operate prin Clarificarea generată automat („Clarificarea automată”) publicată pe platforma SEAP în data de 05.07.2024 și prin noul model de Acord-cadru și noul model de contract subsecvent publicate pe platforma SEAP în data de 04.07.2024, precum și ca urmare a Eratei generate automat în data de 09.07.2024 cu privire la ridicarea suspendării procedurii și stabilirea noului termen-limită de depunere a ofertelor pentru data de 17.07.2024, ... SRL a formulat contestația care formează obiectul dosarului nr. ...

Împotriva măsurii suspendării procedurii de atribuire în dezbatere, ... SRL a formulat contestația care formează obiectul dosarului nr. ...

În temeiul art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, cele două contestații au fost conexe.

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 contestației, Consiliul urmează să analizeze admisibilitatea de principiu a cererii de intervenție formulată de SRL („.....”).

Conform art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, **operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire**, respectiv, după caz, operatorii

economici participanți la procedura de atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție 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 contestație. (...)”.

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 părțile originare. Intervenția este principală, când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta. Intervenția este accesorie, când sprijină numai apărarea uneia dintre părți. La art. 64 din cod se menționează că instanța trebuie să se pronunțe asupra admisibilității în principiu a intervenției.

Totodată același act normativ mai dispune că:

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

- a) are capacitate procesuală, în condițiile legii;
- b) are calitate procesuală;
- c) formulează o pretenție;
- d) justifică un interes.

(2) Dispozițiile alin. (1) se aplică, în mod corespunzător, și în cazul apărărilor.

Art. 33. - Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.”

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

Astfel, în soluționare, Consiliul constată că SRL („.....”) își 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 și 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./19.08.2023) și ulterior modificată în SEAP în data de 05.07.2024, urmând, pe cale de consecință, ca cererea să fie încuviințată, în principiu.

În ceea ce privește excepția lipsei de interes a contestației formulată de SRL, invocată de intervenientul SRL („.....”) în dosarul nr..... 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 și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, 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 suferă vreo vătămare printr-un act al autorității contractante, are interes în legătură cu respectiva procedură.

În ceea ce privește contestația formulată de SRL, Consiliul reține următoarele:

Referitor la criticile contestatorului privind noul termen de depunere al ofertelor, respectiv faptul că autoritatea contractantă nu ar fi respectat perioada necesară pentru solicitarea unor clarificări anterior depunerii ofertelor, Consiliul le apreciază ca fiind neîntemeiate.

Astfel, la acest moment al procedurii de achiziție publică, în discuție nu mai este publicarea unui anunț privind demararea unei proceduri de achiziție publică, în așa fel încât să fie aplicabile prevederile referitoare la dreptul operatorilor economici interesați de a solicita clarificări cu privire la documentația de atribuire, ci punerea în executare a Deciziei civile nr..... din 17.05.2024 a Curții de Apel, decizie definitivă și obligatorie, punere în executare care nu poate fi verificată sub aspectul legalității acesteia prin intermediul solicitărilor de clarificări sau prin confirmări solicitate de operatorii economici potențial interesați de respectiva procedură.

Contrar susținerilor contestatorului, dispozițiile legale nu obligă la respectarea unei proceduri de clarificări pentru orice modificare a documentației de atribuire, în orice moment anterior termenului de depunere al ofertelor, iar autoritatea contractantă a respectat prevederile legale incidente, punând în executare decizia definitivă a instanței de control judiciar.

De altminteri, contestatorul nici nu a indicat în niciun moment vreo prevedere legală incidentă care să confere dreptul acesteia de a chestiona și a pretinde clarificarea executării unei hotărâri judecătorești, ci, din contră, chiar dispoziția legală indicată de acesta, respectiv art. 153 din Legea 101/2016 prevede întocmai ceea ce autoritatea contractantă a realizat - respectiv, prelungirea perioadei stabilite în anunțul de participare pentru depunerea ofertelor, iar nu conferirea unui potențial drept de a solicita clarificări ale unor răspunsuri la solicitări de clarificări anterioare și contestate, finalizate printr-o hotărâre judecătorească definitivă.

Referitor la criticile formulate de SRL privind nelegalitatea factorului de evaluare „termen de livrare”, Consiliul reține următoarele:

În considerentele deciziei CNSC nr., Consiliul a concluzionat referitor la factorii de evaluare următoarele: *„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 Fișa de date a achiziției”.*

Această soluție a fost confirmată și de Curtea de Apel, prin Decizia civilă nr....., decizie în care au fost reținute următoarele:

„Neîntemeiate sunt și argumentele petentei autoritate contractantă în sensul că aceasta nu a dorit aplicarea unui algoritm de calcul, ci acordarea punctajului pe intervale de timp. Or, în lipsa indicării modalității concrete în care aplicarea punctajului se va face la nivelul SEAP, Curtea constată că există o necorelare între documentația de achiziție, astfel cum aceasta a fost concepută și clarificată, și modalitatea de punerea în aplicare a acesteia la nivelul SEAP.

Prin această necorelare, se ajunge la o situație paradoxală în care rezultatul licitației electronice, în baza algoritmului matematic din SEAP este diferit de rezultatul licitației prin aplicarea criteriilor prevăzute în mod efectiv de documentația de atribuire. Aceasta situație este de natură a veni în contradicție cu dispozițiilor art. 122 alin. 1 din H.G. nr. 395/2016, precum și cu cele ale art. 138 din Legea nr. 98/2016.

ART. 122

(1) La momentul finalizării licitației electronice, sistemul informatic va pune la dispoziția autorității contractante clasamentul rezultat, determinat prin luarea în considerare a ofertelor finale introduse de ofertanții participanți și pe baza criteriului de atribuire specificat în anunțul de participare.

Din conținutul acestor norme reiese, fără putință de tăgadă, faptul că sistemul informatic trebuie să fie corelat cu criteriul de atribuire specificat în documentația de atribuire. Or, în prezenta cauză, petenta autoritate contractantă nu a putut face dovada unei astfel de corelări.

Prin urmare, deși aceasta invocă motive de oportunitate în privința alegerii acestui factor de evaluare, acestea nu sunt suficiente prin ele însele pentru a înlătura lipsurile referitoare la necorelare.

De altfel, din dispozițiile art. 138 din Legea nr. 98/2016 reiese că autoritatea contractantă, în ipoteza alegerii procedurii de atribuire cu etapă finală de licitație electronică, este obligată să atribuiască contractul ofertantului declarat câștigător, astfel cum acesta rezultă din sistemul electronic.

ART. 138

Autoritatea contractantă atribuie contractul de achiziție publică prin aplicarea criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare stabiliți prin documentele achiziției, pe baza rezultatului obținut în urma finalizării licitației electronice.

Așadar, întrucât autoritatea contractantă a ales procedura de achiziție cu etapă finală de licitație electronică, aceasta este obligată să respecte întocmai dispozițiile Legii nr. 98/2016 cât și pe cele ale HG nr. 395/2016, cu precădere cele referitoare la aplicarea algoritmului de calcul în SEAP."

Urmare celor stabilite de organismul administrativ-jurisdicțional și de instanța de control judiciar competentă, autoritatea contractantă a modificat algoritmul de calcul pentru factorul de evaluare „termen de livrare”, astfel încât formula de calcul să fie aceeași cu cea utilizată de SEAP.

Consiliul reține că, prin clarificarea din oficiu privind modelul de acord cadru („Clarificare Termen de Livrare”) au fost modificate prevederile art. 10.5. și 10.6. din modelul de acord cadru în vederea remedierii factorilor de evaluare și a modalității de acordare a punctajului aferent, astfel încât să se regăsească atât în documentația de atribuire, cât și în datele din SEAP sub aceeași formă.

Astfel, art. 10.5. modificat prevede că: *„Factorii de evaluare luați în calcul la evaluarea ofertelor depuse în cadrul reluării competiției sunt, după cum urmează:*

- 1. Prețul ofertei: 97 puncte*
- 2. Termen de livrare: 3 puncte”.*

În același sens, art. 10.6. are următoarea formă:

„10.6 Algoritmul de calcul utilizat la evaluarea ofertelor depuse în cadrul reluării competiției este:

- 1. Prețul ofertei (P) - maxim 97puncte (...)*
- 2. Termenul de livrare al produselor (T) - maxim 3 puncte*
 - a) Pentru termenul c/e livrare minim ofertat se acordă 3 puncte.*
 - b) Pentru termen de livrare ofertat mai mare decât cel de la litera a), punctajul se calculează cu următoarea formulă: T_i (punctaj) = $3 \times$ (termen livrare minim / termen livrare ofertat i) - unde i este ofertantul cu numărul de ordine i*

c) Ofertele care prezintă un termen de livrare mai mare decât termenul maxim solicitat prin caietul de sarcini al achiziției vor fi respinse ca neconforme.

Termenul de livrare al produselor va fi exprimat în zile”.

Consiliul nu poate reține ca întemeiate susținerile contestatorului referitoare la faptul că autoritatea contractantă ar fi modificat factorii de evaluare și nu ar fi respectat dispozițiile definitive ale deciziei CNSC nr. și Deciziei civile nr..... a Curții de Apel Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, criteriul de atribuire („cel mai bun raport calitate-preț”) și factorii de evaluare („Preț” și „Termen de livrare”) au fost menținuți de autoritatea contractantă și în urma modificărilor documentației de atribuire. Este adevărat că autoritatea contractantă a modificat procentul acordat celor doi factori de evaluare, respectiv pentru preț fiind alocat un punctaj de 97 de puncte (inițial 80 de puncte) iar pentru termenul de livrare 3 puncte (inițial 20 de puncte), însă acest aspect nu contravine deciziilor judecătorești antemenționate întrucât prin acestea nu

s-a dispus menținerea ponderii factorilor de evaluare din cadrul criteriului de atribuire "cel mai bun raport calitate - preț". Pe de altă parte, apărările autorității contractante sub acest aspect sunt apreciate ca fiind pertinente de către Consiliu, autoritatea justificând modificarea ponderilor factorilor de evaluare astfel încât adoptarea acestui algoritm de calcul să aducă un avantaj concret și real autorității contractante și nu să creeze premise care să conducă la denaturarea concurenței.

Consiliul nu apreciază ca fiind relevante susținerile contestatorului referitoare la faptul că acesta ar avea suspiciuni privind corelarea/necorelarea algoritmului indicat de autoritatea contractantă cu algoritmul folosit de SEAP întrucât, pe de o parte, autoritatea contractantă a prezentat dovezi din care rezultă că, în proceduri anterioare, acest algoritm de calcul a fost corelat cu cel utilizat de SEAP, iar, pe de altă parte, simpla „suspiciune” neînsoțită de probe concrete nu poate fi apreciată ca fiind utilă soluționării cauzei.

În consecință, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a adoptat un algoritm de calcul care să poată fi preluat de SEAP, astfel încât, la finalizarea etapei de licitație electronică, clasamentul și punctajele afișate de platformă să corespundă punctajelor calculate de comisia de evaluare, cu atât mai mult cu cât, nici în ceea ce privește tipul celor doi factori de evaluare inițiali, respectiv prețul și termenul de livrare, și nici în ceea ce privește criteriul de atribuire cel mai bun raport calitate-preț nu s-au operat modificări.

Referitor la criticile contestatorului privind modalitatea în care autoritatea contractantă a pus în aplicare dispozițiile Deciziei civile nr. a Curții de Apel privind „clauza 11.3 din modelul de contract subsecvent”, Consiliul reține următoarele:

În considerentele Deciziei civile nr. a Curții de Apel au fost reținute următoarele:

„Or, Curtea constată că dispozițiile art. 167 din Legea nr. 98/2016 reglementează situații de excludere în faza premergătoare atribuirii contractului de achiziție publică, în vreme ce dispozițiile art. 123 alin. 1 din Legea nr. 85/2014 au în vedere etapa executării contractului prin prisma efectelor clauzei prin care se stipulează dreptul de denunțare unilaterală a uneia dintre părți pe motivul insolvenței celeilalte părți la contract.

Astfel, deși în mod evident dispozițiile art. 167 alin. 1 lit. b și alin 2 din Legea nr. 98/2016 nu se opun dispozițiilor art. 123 din Legea nr. 85/2014, dat fiind că acestea vizează etape diferite ale procedurii contractuale, interpretarea dată de Consiliu prevederilor art. 11.3 apare ca fiind contrară dispozițiilor din legea specială.

Capacitatea de a executa contractul, conform dispozițiilor art. 167 din Legea nr. 98/2016 se verifică de autoritățile contractante anterior finalizării procedurii de achiziție și atribuirii contractului. Cu alte cuvinte, verificarea efectuată ulterior finalizării procedurii de achiziție se situează pe tărâm contractual.

Așadar, se are în vedere faptul că prevederile art. 11.3 din modelul de contract subsecvent vizează situația în care, pe parcursul executării contractului, intervine insolvența operatorului economic parte la contract. Or, având în vedere că dispozițiile art. 123 alin. 1 vizează tocmai

executarea contractelor, prevederile art. 11.3 din modelul de contract subsecvent apar ca fiind în vădită contradicție cu dispozițiile art. 123 din Legea nr. 85/2014.

Astfel, sunt neîntemeiate considerentele Consiliul prin care se reține că dispozițiile legale în materia achizițiilor publice nu se opun verificării situației ofertanților și în cazul atribuirii contractelor subsecvente, câtă vreme prevederile art. 11.3 vizează chiar o cauză de încetare a contractului subsecvent în timpul derulării acestuia, și nu o dovedire a capacității de a executa contractul într-un moment anterior încheierii contractului subsecvent.

(...)

Întrucât prin Răspunsul nr. 1 în ceea ce privește întrebările nr. 25 și 51, autoritatea contractantă a arătat că nu acceptă eliminarea clauzei în discuție întrucât aceasta are în vedere reglementările în materia achizițiilor publice referitoare la motivele de excludere, Curtea apreciază că se impune adoptarea măsurilor de remediere în sensul reglementării la nivelul documentației de atribuire a cazului de excludere în conformitate cu dispozițiile art. 167 din Legea nr. 98/2016, conform raționamentului expus anterior. Astfel, din cuprinsul documentației de atribuire trebuie să reiasă cu claritate faptul că acest caz de excludere vizează etapa anterioară încheierii contractului subsecvent și nu perioada executării acestuia."

Consiliul reține că, în forma inițială, Clauza 11.3 din modelul de contract subsecvent a avut următorul conținut:

„Achizitorul își rezervă dreptul de a renunța la contract, printr-o notificare scrisă adresată furnizorului, fără nicio compensație, dacă acesta din urmă intră în insolvență cu condiția ca această anulare să nu prejudicieze sau să afecteze dreptul la acțiune sau despăgubire pentru furnizor. În acest caz, furnizorul are dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data denunțării unilaterale a contractului."

Prin noul model de contract subsecvent publicat în data de 04.07.2024, autoritatea contractantă a inserat în clauza 11.3. doar o mențiune referitoare la art. 123 din Legea 85/2014:

„Cu respectarea prevederilor art. 123 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, achizitorul își rezervă dreptul de a renunța la contract, printr-o notificare scrisă adresată furnizorului, dacă acesta din urmă intră în insolvență cu condiția ca această anulare să nu prejudicieze sau să afecteze dreptul la acțiune sau despăgubire pentru furnizor. În acest caz, furnizorul are dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data denunțării unilaterale a contractului."

Consiliul reține că autoritatea contractantă trebuie să pună în aplicare, sub acest aspect, Decizia civilă nr. a Curții de Apel, definitivă și obligatorie, respectiv să modifice această clauză în sensul celor reținute de instanța de control judiciar.

Referitor la pretinsa nelegalitate a includerii PVC 20 în obiectul procedurii de achiziție și a sintagmei din cuprinsul Documentației de Atribuire privind Programul Național de Vaccinare, Consiliul reține că această critică referitoare la PCV-20 și pretinsa nelegalitate a specificației

din Caietul de sarcini se impune a fi respinsă, în cauză intervenind și autoritatea de lucru judecat.

Prin deciziile anterioare, autorității contractante nu i s-a impus vreo obligație referitoare la PCV-20 și, cu atât mai puțin la Programul Național de Vaccinare, în condițiile în care, atât în fața CNSC, cât și în fața Curții de Apel, nu a fost dispusă în sarcina Ministerului Sănătății nicio obligație privind o pretinsă remediere a documentației de atribuire raportat la PCV-20 ori la Programul Național de Vaccinare, toate aspectele referitoare la PCV-20 fiind respinse atât de organismul administrativ-jurisdicțional cât și de instanța de control judiciar.

De altminteri, așa cum a fost anterior reținut în jurisprudența Consiliului, niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire după propria posibilitate de a răspunde cerințelor autorității contractante și, cu atât mai puțin, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Astfel fiind, autoritatea contractantă nu are vreo obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat întrebări/sau contestație, cu atât mai mult cu cât modificarea solicitată a făcut obiectul unor decizii emise de o instanță judecătorească.

În consecință, Consiliul apreciază că aceste critici referitoare la vaccinul PCV-20 nu mai pot face obiectul prezentei contestații, toate chestiunile pe subiect fiind tranșate în cadrul ciclurilor procesuale anterioare, în prezent intrând sub efectul pozitiv al autorității de lucru judecat. Toate aceste aspecte au fost (deja) tranșate prin soluția din cuprinsul Deciziei civile nr. a Curții de Apel, în sensul în care obiectul procedurii de atribuire este achiziția de vaccin pneumococic polizaharidic conjugat în oricare din metodele de preparare, astfel că este legală indicarea acestor metode în cuprinsul documentației, decizia fiind definitivă și intrată sub autoritate de lucru judecat, nu doar cât privește soluția cuprinsă în dispozitiv, ci și în considerente.

În ceea ce privește contestația formulată de SRL, Consiliul reține următoarele:

Prin contestația depusă, ... SRL critică decizia de suspendare a procedurii de atribuire luată de autoritatea contractantă până la soluționarea de către Consiliu a contestației depuse de de SRL (dosar nr. ...).

Contrar susținerilor contestatorului, Consiliul apreciază că măsura suspendării procedurii luată de autoritatea contractantă în prezenta cauză nu are un caracter abuziv, ci dimpotrivă a fost luată în scopul evitării riscului anulării procedurii de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (CNSC), în situația în care acesta ar dispune adoptarea de măsuri de remediere, iar adoptarea acestora ar deveni imposibilă ulterior depunerii de oferte în cadrul procedurii.

De altminteri, ulterior depunerii unei contestații, autoritatea contractantă poate adopta, chiar parțial, măsuri de remediere potrivit dispozițiilor art.9 alin. (1) din Legea nr.101/2016, iar unul din capetele de cerere din petitul acțiunii (contestației) formulate de SRL a fost

tocmai solicitarea de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației sale.

Totodată, Consiliul mai reține că autorul contestației a formulat și cerere de intervenție în favoarea autorității contractante în dosarul conexas nr. ..., astfel că formularea unei contestații tocmai împotriva părții pentru care a intervenit apare ca fiind neadecvată, în condițiile în care măsura suspendării procedurii luată de autoritatea contractantă poate proteja interesele tuturor operatorilor economici interesați în a participa la prezenta procedură de achiziție publică prin excluderea riscului de anulare a acesteia în eventualitatea pronunțării unei decizii de admitere a contestației formulate de SRL.

Prin urmare, Consiliul apreciază ca neîntemeiate criticile contestatorului SRL.

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, strict în ceea ce privește criticile privind „clauza 11.3 din modelul de contract subsecvent” potrivit celor reținute în motivarea prezentei decizii și, pe cale de consecință, va obliga autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire 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, Consiliul va 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 privind „clauza 11.3 din modelul de contract subsecvent” din contestația SRL.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de 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 art. 26 alin. (2) lit.a și b) și alin.(5) din Legea nr. 101/2016, admite în parte contestația formulată de SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă, strict în ceea ce privește criticile privind „clauza 11.3 din modelul de contract subsecvent” potrivit celor reținute în motivarea prezentei decizii și, pe cale de consecință, va obliga autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire 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, respinge cererea de intervenție voluntară formulată de SRL, în ceea ce privește criticile privind „clauza 11.3 din modelul de contract subsecvent” din contestația SRL.

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

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.