CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr.613/"10.10.2017", înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., depusă de SC ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin ... - președinte CA, împotriva adresei nr. 40/78939/22.09.2017, de comunicare a rezultatului procedurii și a răspunsului primit la Notificarea prealabilă, comunicat prin adresa nr. 40/94367/03.10.2017, de ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „***...***", cod CPV 44113610-4 - Bitum (Rev.2), s-a solicitat anularea actelor autorității contractante constituite de:

„Răspunsul autorității cotractante nr. 40/94267/03.10.2017;

- *Raportul procedurii nr. 40/789/22.09.2017;*
- *Comunicarea nr. 40/78939/22.09.2017,*

și, în consecință, să obligați autoritatea contractantă la continuarea procedurii și stabilirea ofertei câștigătoare pe baza criteriului stabilit în Fișa de date.

În subsidiar, în măsura în care veți respinge contestația noastră, vă rugăm să faceți aplicarea asumării răspunderii și să obligați autoritatea contractantă să ne achite costurile pe care le-am avut cu participarea la această procedură, care a fost anulată în mod exclusiv din culpa autorității contractante. Aceste costuri se ridică la suma de 371,60 lei".

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, SC ... SA critică rezultatul procedurii de atribuire comunicat cu adresa nr. 40/789939/22.09.2017 și răspunsul primit la Notificarea prealabilă, comunicat prin adresa nr. 40/94367/03.10.2017, de către ... în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „**...**", cod CPV 44113610-4 - Bitum (Rev.2), solicitând anularea actelor autorității contractante constituite de:

„Răspunsul autorității cotractante nr. 40/94267/03.10.2017;

- *Raportul procedurii nr. 40/789/22.09.2017;*
- *Comunicarea nr. 40/78939/22.09.2017,*

și, în consecință, să obligați autoritatea contractantă la continuarea procedurii și stabilirea ofertei câștigătoare pe baza criteriului stabilit în Fișa de date.

În subsidiar, în măsura în care veți respinge contestația noastră, vă rugăm să faceți aplicarea asumării răspunderii și să obligați autoritatea contractantă să ne achite costurile pe care le-am avut cu participarea la această procedură, care a fost anulată în mod exclusiv din culpa autorității contractante. Aceste costuri se ridică la suma de 371,60 lei".

În motivarea contestației, SC ... SA susține că, potrivit Raportului procedurii nr.40/78937/22.09.2017 și a comunicării nr. 40/78939/22.09.2017, autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire, considerând că formula de calcul pentru ajustarea prețului prezentată în Fișa de date nu poate fi aplicată fără încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016.

Decizia autorității contractante este considerată de petentă nelegală și netemeinică, deoarece:

- formula de ajustare a prețului prevăzută în fișa de date a achiziției, în Caietul de sarcini și în Modelul de acord-cadru este:

Pn=Pcontract x Ip

Unde:

Pn=prețul actualizat,

Pcontract=prețul prevăzut în contract.

Ip=indicele de actualizare a prețului, raportat la luna ofertei.

- potrivit Raportului procedurii nr. 40/78937/22.09.2017, ambii ofertanți au menționat că această formulă va fi respectată.

- totodată, arată contestatoarea, ambii ofertanți au menționat că actualizarea prețului contractului se va efectua în baza indicilor de preț publicați în Platts European Marketscan (bursa cotațiilor petroliere), având în vedere prevederile pct. 4.3. din caietul de sarcini, care menționează că prețul poate fi ajustat și în funcție de „fluctuațiile de preț ale petrolului".

- totodată Alcadibo Trading SA menționează că a arătat că se obligă să respecte întocmai prevederile art. 28 din HG nr. 395/2016, conform cărora, pe parcursul îndeplinirii contractului, prețul poate fi ajustat prin

actualizare în cazul în care pe piață au apărut anumite condiții în urma cărora s-a constatat creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale ofertei al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului;

- contestatoare susține că și-a asumat faptul că, în orice situație, prețul contractului poate fi ajustat doar în măsura strict necesară pentru acoperirea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul ofertei și a comunicat autorității contractante costurile pe baza cărora a fundamentat prețul ofertat, susținând că nu dorește decât ca ajustarea prețului, prin creștere sau scădere, să se facă strict în limita acoperirii costurilor.

Față de cele arătate, petenta apreciază că oferta sa este întocmită în conformitate cu prevederile legale și cu mențiunile din fișa de date și din caietul de sarcini, care nu au fost modificate, ci doar detaliate cu respectarea pct. 4.3. din caietul de sarcini conform cărora „*prețul poate fi ajustat în funcție de fluctuațiile de preț ale petrolului*".

Cu privire la presupusa încălcare a principiilor prevăzute la art.2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea consideră că acesta este un motiv pur formal, în condițiile în care nu se menționează care dintre aceste principii ar fi încălcat și nici motivarea concretă a acestei încălcări.

Petenta detaliază cuantumul cheltuielilor solicitate, în sumă de 371,6 lei, prin indicarea:

- taxei pentru participarea în SEAP la procedura atribuire;
- comisionul bancar perceput pentru constituirea garanției de participare;
- documentația printată și depusă în cadrul procedurii a costat 1 leu/pagină.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 40/94441/10.10.2017, înregistrat la Consiliu sub nr. 42968/12.10.2017, ... a solicitat respingerea contestației depusă de către SC ... SA, ca neîntemeiată, motivat de faptul că „*autoritatea se regaseste in situatiile prevăzute la art. 212 alin. (1) lit. c), „dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului" coroborat cu alin. (2), respectiv „prin încălcări ale prevederilor legale se înţelege situaţia în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fară ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)" din Legea nr. 98/2016, deoarece formula de calcul pentru ajustarea preţului contractului, prezentata in Fisa de date a achiziţiei nu poate fi aplicata si drept urmare a ANULAT PROCEDURA DE ATRIBUIRE a contractului de achiziţie publică*".

După ce prezintă istoricul procedurii, autoritatea contractantă justifică decizia de anulare a procedurii de atribuire, prin invocarea următoarelor motive și considerente:

- urmare a verificarii/analizarii propunerilor financiare incarcate in SEAP, comisia de evaluare a solicitat prin adresa nr. 40/78342/08.08.2017, printre altele și *„Confirmarea faptului ca modificarea preţului se va face întocmai cum este specificat in Acordul Cadru, intrucat Anexa privind oferta de pret ataşata propunerii financiare, conţine informaţii suplimentare care nu coincid cu prevederile Fisei de date a achiziţiei si ale modelului de Acord cadru, respectiv punctele d), e) si notificarea privind indicele de actualizare din oferta de pret*", la care petenta a răspuns susţinând ca singurul organism independent care prezintă un indicator statistic in baza caruia poate fi ajustat preţul de livrare al bitumului este S & P Global Platts (European Market Scan-Platts) si că punctele d), e) si notificarea privind indicele de actualizare din Anexa ofertei de preț ataşata propunerii financiare sunt emise în conformitate cu prevederile din documentaţia de atribuire.

- în urma analizarii propunerii financiare prezentate si a răspunsului la clarificari, comisia de evaluare a constatat că există în continuare diferente in privinţa actualizarii preţului (indicele de actualizare a preţului) fata de cele prevăzute in fisa de date a achiziţiei si in modelul de acord cadru, fapt pentru care a revenit cu o solicitare de clarificări, prin care a cerut petentei să accepte/confirme că actualizarea preţului se va face exclusiv conform prevederilor Fisei de date a achiziţiei si a modelului de acord-cadru insusit (fara obiectiuni in privinţa actualizarii preţului), exclusiv conform condiţiilor si a indicilor prevăzuţi in Fisa de date a achiziţiei si in modelul de acord cadru, conform clarificării nr. 40/78412/10.08.2017;

- prin răspunsul remis, arată autoritatea contractantă, petenta a confirmat că modalitatea de actualizare a preţului se va face exclusiv conform formulei prevăzută in Fisa de date a achiziţiei si in modelul de acord-cadru, dar a revenit cu menţiunea ca acea ajustare se va face in situatia apariţiei unor împrejurări, inclusiv fluctuaţii de pret la producător, respectiv a raportarii fluctuaţiilor preţului petrolului la "***cotatia Platts***", fapt pentru care comisia de evaluare a considerat necesar să solicite clarificari suplimentare constând în retransmiterea Formularului de oferta, fara ca acesta sa prezinte adaugiri, modificări sau menţiuni suplimentare, la care, prin răspunsul depus în SEAP la data de 06.09.2017, «*ofertantul susţinea faptul ca Formularul de oferta postat anterior în SEAP corespunde in totalitate cerinţelor din Documentaţia de atribuire, inclusiv cerinţelor din Caietul de sarcini,* ***fara a face referire la o eventuala renunţare la clauza de modificare a Acordului-Cadru asa cum a fost mentionata prin adresa nr. 127/24.07.2017*** *- Oferta de pret si nici renunţare la menţiunea ca ajustarea de pret se va face in situatia apariţiei unor*

împrejurări, inclusiv fluctuatii de pret la producător, respectiv a raportarii fluctuaţiilor preţului petrolului la "cotatia Platts". Având in vedere procesul de evaluare relatat, autoritatea contractanta prin comisia de evaluare in urma verificării tuturor răspunsurilor la clarificările privind propunerile financiare, primite din partea operatorilor economici inscrisi la aceasta procedura, si prin analizarea in detaliu a formulei de calcul prezentata in Fisa de date a achiziţiei, respectiv:

Pn= P contract x Ip,

unde

Pn= preţul actualizat,

P contract = preţul prevăzut in contract,

Ip=indicele de actualizare a preţului, raportat la luna ofertei,

a constata ca aceasta formula, nu poate fi aplicata, avand in vedere ca achiziţia acestui produs specific "Bitum", are la baza preţul produselor petroliere a căror piaţa este supusa unor fluctuatii foarte mari, de care este dependent si care nu este influenţat in mod proporţional de inflaţie*, coroborat cu argumentele in acest sens, aduse de operatorii economici, si astfel este in imposibilitatea de a continua procesul de evaluare a ofertelor si respectiv de atribuire a contractului*».

În raport de cele arătate, autoritatea contractantă susține că, „*în faza de evaluare a ofertelor depuse, Autoritatea contractanta prin comisia de evaluare avea obligaţia ca toate deciziile cu privire la evaluarea ofertelor prin prisma criteriilor de calificare si/sau selecţie sa fie luate pe baza criteriilor/cerintelor regăsite in cadrul fisei de date si anunţului de participare, publicate. Astfel Autoritatea contractanta se afla in imposibilitatea de a corecta formula de ajustare a preţului, aspect care nu poate fi surmontat prin masuri corective sau un alt mod legal, pe circumstanţele in care procedura de atribuire se afla in aceasta faza de evaluare*".

Invocând interpretări proprii ale art. 160 si art. 161 din Legea 98/2016 și art. 30, art. 74-75 din HG nr. 395/2016, achizitoarea susține că „*orice operator economic interesat avea dreptul de a solicita clarificări sau informaţii suplimentare în legătură cu documentaţia de atribuire, drept ce nu s-a exercitat, nefiind solicitate clarificari cu privire la actualizarea preţului in perioada de elaborare a ofertelor, moment in care Autoritatea contractanta ar fi avut posibilitatea de a adopta măsuri de remediere, fară ca acestea să afecteze principiile achiziţiilor publice reglementate la art. 2 alin. (2) din acelaşi act normativ*", susținere pe care o reiterează sub mai multe forme.

În probațiune, au fost depuse documente ale dosarului achiziției publice.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire prin licitație deschisă online, în vederea încheierii ***acordului-***

cadru având ca obiect ***„...***”, cod CPV 44113610-4 - Bitum (Rev.2), publicând în SEAP anunțul de participare nr. 176211/16.06.2017, atașat căruia a fost publicată documentația de atribuire, acte din al căror conținut rezultă următoarele coordonate de interes:

- acordul-cadru se va încheia cu un singur agent economic;
- durata acordului-cadru: 48 luni;
- valoarea estimată, fara TVA, a acordului-cadru: 12.780.000 lei;
- frecventa si valoarea contractelor ce vor fi atribuite fără reluarea competiției: minimum un contract subsecvent pe an;
- criteriul de atribuire: prețul cel mai scăzut.

Conform raportului procedurii nr. 40/78937/22.09.2017, la procedură au fost depuse 2 oferte, printre care și cea a SC ... SA.

Ulterior evaluării celor două oferte, autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire pe motiv că ***formula de calcul pentru actualizarea prețului contractelor, prevăzută în documentația de atribuire***, ***nu poate fi aplicată***.

Decizia de anulare a procedurii de atribuire, comunicată SC ... SA prin adresa nr. 40/78939/22.09.2017, a fost atacată, în termen legal, după parcurgerea procedurii de notificare prealabilă a autorității contractante, cu contestația ce constituie obiect al prezentei analize.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Preliminar, se reține că invocarea, de către petentă, la momentul comunicării rezultatului procedurii, a refuzul autorității contractante de a emite un răspuns la o clarificare solicitată pe timpul evaluării ofertelor este tardivă, petenta fiind decăzută din dreptul de a contesta lipsa sau refuzul executării respectivei operațiuni administrative, prin faptul că termenele procedurale reglementate de art. 6 și art. 8 din Legea nr. 101/2016 față de momentul reglementat de art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 sunt substanțial depășite.

În analiza motivului de anulare a procedurii de atribuire constituit de invocarea, de către autoritatea contractantă, a faptului că ***formula de calcul pentru actualizarea prețului contractelor, prevăzută în documentația de atribuire***, ***nu poate fi aplicată***, în contradictoriu cu susținerea contestatoarei SC ALCADIBO TRADING SA, care consideră că ***actualizarea prețului contractului efectuată în baza indicilor de preț publicați în Platts European Marketscan (bursa cotațiilor petroliere) este conformă regulii conținută de documentația de atribuire***, Consiliul are în vedere următoarele aspecte:

- prin pct. II.4.1) *„Ajustarea pretului contractului*” din fișa de date a fost precizarea următoarea regulă: *„Da - Conform Modelului de Acord Cadru „5.1. - Pretul Acordului Cadru se ajusteaza astfel:*

(1) Pretul ramane neschimbat pentru primul an de la semnarea Acordului Cadru,

(2) Pretul poate fi ajustat dupa primul an de la semnarea Acordului Cadru, pe perioada de livrare a produselor aferente

contractelor subsecvente, in conditiile legii, in urmatoarele situatii:

*a) **cu inflatia**, conform buletinelor oficiale de statistica,*

*b) **aparitia unor acte normative** care afecteaza structura pretului serviciului prestat cu mai mult de 3% fata de cel initial ofertat*

*c) orice **alta prevedere legala ulterioara incheierii contractului** (mediu, protectia mediului, protectie sociala) care impune cresterea pretului produsului furnizat, fata de cel initial ofertat cu mai mult de 3%,*

*d) **comunicate ale Institutului National de Statistica** aferente domeniului sau ramurii de activitati ce fac obiectul prezentei proceduri.*

5.2. - Ajustarea de pret (ascendent sau descendent) se face, cu conditia ca asfel de ajustare sa fie solicitata de catre una din partile contractante prin scrisoare expresa.

Pretul poate fi ajustat dupa urmatoarea formula:

Pn = Pcontract x Ip

unde: Pn = pretul actualizat,

Pcontract = pretul prevazut in contract,

Ip = indicele de actualizare a pretului, raportat la luna ofertei".

- pct. 4. „*PRET ACHIZIŢIE, ELEMENTE CONSTITUTIVE*" al caietului de sarcini, subpct. 4.3, prezintă conținutul:

„Preţul se ajusteaza astfel:

Preturile serviciilor stipulate in contractele subsecvente, încheiate in primele 12 luni ale acordului cadru, sunt ferme (neajustabile) si nu pot fi modificate inauntrul perioadei de derulare a fiecaruia dintre aceste contracte fiind stabilite la nivelul ofertei.

Pentru contractele subsecvente încheiate dupa perioada de 12 luni trecuta de la semnarea acordului cadru, preturile pot fi ajustate la data încheierii contractelor subsecvente (ascendent sau descendent), cu condiţia ca astfel de ajustari sa fie solicitate de către una din părţile contractante prin scrisoare expresa.

Preturile pot fi ajustate dupa urmatoarea formula:

Pn = Pcontract x Ip

Unde: Pn = preţul actualizat,

Pcontract = preţul prevăzut in contract.

Ip = indicele de actualizare a preţului raportat la luna ofertei.

Preţul contractului se actualizeaza in funcţie de:

*- **inflaţie**, conform buletinelor oficiale de statistica;*

*- **apariţia unor acte normative** care afecteaza structura preţului serviciului prestat cu mai mult de 3% faţă de cel iniţial ofertat;*

*- orice **alta prevedere legala ulterioara încheierii contractului** (mediu, Protectia mediului, protectie sociala) care impun creşterea preţului serviciului prestat, fata de cel iniţial ofertat, cu mai mult de 3%;*

- ***comunicatele Institutului National de Statistica aferent domeniului sau ramurii de activitati*** *ce fac obiectul prezentei proceduri;*

- fluctuaţiile de preț ale petrolului.

Preturile rezultate in urma ajustarilor vor fi stipulate in contractele subsecvente si nu pot face obiectul unei noi ajustari pe parcursul derulării a fiecaruia dintre aceste contracte.

Preţul se ajusteaza utilizând formula de ajustare prezentata mai sus, care se va regăsi si in contractul subsecvent.

Ajustarea preţului se va face prin înscrisuri semnate de către ambele parti".

- la pct. 3 al Formularului de ofertă nr. 11 din cadrul secțiunii „formulare" a documentației de atribuire, se regăsește precizarea: *„Punctul 3 la prezentul formular: PREŢUL OFERTEI noastre este de …… (in cifre) Lei, fara TVA, respectiv …… (in litere) Lei, fara TVA, aceasta însemnând … (in cifre) Lei, cu TVA, respectiv … (in litere) Lei cu TVA*", iar în nota finală a formularului se menționează: *„Acest Formular de Oferta include şi urmatoarele anexe: Anexa la Caietul de sarcini. Declaratia(iile) ofertantului semnate si stampilate de fiecare membru al asocierii participant la oferta (Formatul declaratiei la care se face referire se prezinta la punctul 4 din Formularul de Oferta – Formularul nr. 11)*".

- anexa la caietul de sarcini conține cantitățile maxime și minime de produse, totale și defalcate pe fiecare dintre cei 4 ani ai acordului-cadrul;

- Formularul de ofertă nr. 11 depus de contestatoare respectă modelul de formular din documentația de atribuire, la pct. 3, regăsindu-se mențiunea: *„prețul ofertei noastre este de 12.382.400,00 lei, fără TVA (...) 14.735.056,00 lei, cu TVA*";

- documentul anexă la ofertă nr. 127/24.07.2017 conține, printre altele, și următoarele mențiuni: *„(...)* ***Prețul propus ajustat*** *(...) în oricare dintre următoarele situații: (...) d)* ***comunicate*** *ale Institutului Național de Statistică sau* ***ale Organisme pi***

*, respectiv **Eu** ; e) **fluctuațiile de p*
pet
Italy 3,5%**. La momentul întocmirii **p
luat în
de 267,25 USD/MT**, valabilă la data de 11.07.2017. (...) **Indicele de a
Fuel Oil Fob Med Italy 3,5% d
subsec
***d** ".*

- precizarea din anexa la ofertă redată a condus la o serie de clarificări între autoritatea contractantă și contestatoare, relevante fiind mențiuni precum cele conținute de: adresa nr. **40/78412/10.08.2017** – *„în urma analizei (...) comisia de evaluare a constatat că există în continuare diferențe în privința actualizării prețului (indicele de actualizare) față de cele prevăzute în fișa de date și în modelul de acord-cadru; (...) **comisia de evaluare reiterează solicitarea de a accepta/confirma că actualizarea prețului se va face exclusiv prevederilor fișei de date și a modelului de acord-cadru însușit** (...)"*; adresa contestatoarei din data de 10.08.2017 – *„(...) prin răspunsul nostru anterior am confirmat faptul că modificarea prețului se va face respectând întocmai formula prevăzută în documentația de atribuire și numai în situația apariției unor împrejurări, inclusiv fluctuații de preț la producător (...). **În caietul de sarcini** (pct. 4.3) se menționează în mod clar că **prețul poate fi ajustat în funcție de fluctuațiile de preț ale petrolului**. **Fluctuațiile de preț ale petrolului se regăsesc, fie în prețul de vânzare al produsului, fie în cotația Platts**, astfel că și din acest punct de vedere oferta noastră satisface cerințele documentelor dvs. (...)"*;

- prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 40/78939/22.09.2017, autoritatea contractantă a transmis petentei decizia sa de anulare a procedurii motivată astfel: *„(...) **formula de calcul pentru ajustarea prețului contractului** prezentată **în fișa de date a achiziției nu poate fi aplicată** (...) având în vedere că **achiziția acestui produs specific „Bitum" are la bază prețul produselor petroliere** a căror piață este supusă unor fluctuații foarte mari, de care este dependent și care nu este influențat de inflație (...)"*.

Se reține astfel că autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire pe motiv că cei 2 ofertanți au ofertat actualizarea prețului contractului prin luarea în considerare a **fluctuațiilor de preț înregistrate de cotația Platts Fuel Oil Fob Italy 3,5%, cu luarea în considerare a** ***Indicelu***
i
de
a
d

raportat <u>la valoarea Platts Fuel Oil Med Italy 3,5% din data de 11.07.2017</u>, autoritatea contractantă apreciind că o astfel de metodă de calcul nu poate fi acceptată, prin faptul că motivul de actualizare constituit de „***fluctuaţii ale preţului petrolului***” nu a fost prevăzut în fișa de date și modelul de acord-cadru ca fiind situație posibilă în raport de care să poată fi actualizat prețul contractului, o atare ipoteză fiind prevăzută doar în caietul de sarcini.

Situația descrisă în cele ce preced va fi analizată prin raportare la următoarele dispoziții legale incidente:

Legea nr. 98/2016:

- art. 221 alin. (1) lit. a) – „*Contractele de achiziţie publică/Acordurile- cadru pot fi modificate, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, în următoarele situaţii: a)* ***atunci când modificările****, indiferent dacă sunt sau nu sunt evaluabile în bani şi indiferent de valoarea acestora,* ***au fost prevăzute în documentele achiziţiei iniţiale sub forma unor clauze de revizuire clare, precise şi fără echivoc, care pot include clauze de revizuire a preţului*** *sau orice alte opţiuni*”;

- art. 221 alin. (2) – „*În situaţia prevăzută la alin. (1) lit. a), clauzele de revizuire precizează obiectul, limitele şi natura eventualelor modificări sau opţiuni, precum şi condiţiile în care se poate recurge la acestea şi nu pot stabili modificări sau opţiuni care ar afecta caracterul general al contractului de achiziţie publică sau al acordului- cadru*”.

HG nr. 395/2016:

- art. 28 alin. (1)-(4) – *„(1) În condiţiile art. 221 din Lege, pe parcursul îndeplinirii contractului, preţul poate fi ajustat prin actualizare în cazul în care pe piaţă au apărut anumite condiţii, în urma cărora s-a constatat creşterea/diminuarea indicilor de preţ pentru elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creşterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat preţul contractului.*

(2) ***Pentru a se respecta principiul transparenţei, posibilitatea de ajustare a preţului trebuie să fie precizată atât în documentaţia de atribuire, cât şi în contractul care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens****.*

(3) Autoritatea contractantă ***precizează atât în documentaţia de atribuire, cât şi în contractul de achiziţie publică/acordul- cadru****,* ***modul concret de ajustare*** *a preţului,* ***indicii care vor fi utilizaţi****, precum şi* ***sursa informaţiilor cu privire la evoluţia acestora****, cum ar fi buletine statistice sau* ***cotaţii ale burselor de mărfuri****.*

(4) ***Lipsa, modificarea sau completarea informaţiilor/ clauzelor <u>determină inaplicabilitatea</u> prevederilor referitoare la posibilitatea de ajustare a preţului contractului de achiziţie publică/acordului- cadru***”.

Se reține astfel că, pe lângă faptul că în fișa de date și proiectul de acord-cadru din documentația de atribuire nu s-a prevăzut ***clauză de***

revizuire clară, precisă şi fără echivoc a prețului contractului ca fiind constituită de raportarea la **fluctuația prețului petrolului**, în caietul de sarcini în care se regăsește mențiunea conform căreia „***Preţul contractului se actualizeaza in funcţie de: (...) fluctuaţiile de preț ale petrolului***”, nu a fost precizată ***sursa informaţiilor cu privire la evoluţia indicelui de actualizare*** *ca fiind constituită de* ***fluctuația cotației Platts Fuel Oil Fob Italy 3,5%****, comunicată de* ***European Market Scan Platts***, documentația de atribuire fiind astfel emisă cu nerespectarea art. 154 din Legea nr. 98/2016, concomitent cu elaborarea, de către petentă, a ofertei cu nerespectarea dispozițiilor art. 75 din același act normativ.

Prin urmare, la etapa evaluării ofertelor, o eventuală acceptare a unei modalități de ajustare a prețului contractului neprecizată expres și inechivoc în documentele achiziției ar conduce la încălcarea principiilor transparenței și egalității de tratament a ofertanților consacrate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, fiind de natura evidenței că, dacă o astfel de posibilitate ar fi fost cunoscută de toți operatorii economici interesați pe timpul elaborării ofertelor, participarea la procedură și, implicit, concurența puteau fi substanțial diferite.

Mai mult, în raport de dispozițiile exprese și imperative ale art. 28 alin. (4) din HG nr. 395/2016 – „*Lipsa,* ***modificarea sau completarea informaţiilor****/ clauzelor* ***<u>determină inaplicabilitatea</u>*** *prevederilor referitoare la posibilitatea de ajustare a preţului contractului de achiziţie publică/acordului- cadru*”, chiar dacă, prin absurd, s-ar recurge la completarea proiectului de acord-cadru cu posibilitatea de actualizare a prețului contractului avansată de petentă, ***aceasta ar fi inaplicabilă***, situație în care autoritatea contractantă, aflându-se în situația corespunzătoare ipotezei reglementată de alin. (1) lit. c) și alin. (2) ale art. 212 din Legea nr. 98/2016, a fost OBLIGATĂ de drept la anularea procedurii de atribuire.

Față de cele constatate, Consiliul, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge, ca nefondată, contestația formulată de către SC ... SA, în contradictoriu cu ....

Întrucât decizia autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire este temeinică și legală, iar dispozițiile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 statuează expres în sensul că doar partea în culpă poate fi obligată la plata cheltuielilor efectuate pentru soluţionarea contestaţiei, Consiliul va respinge cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la achitarea costurilor pe care aceasta le-a avut cu participarea la procedură.

Decizia este obligatorie, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către SC ..., în contradictoriu cu ...

Respinge cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la achitarea costurilor pe care aceasta le-a avut cu participarea la procedura de atribuire.

Obligatorie.

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

Președinte complet,	**Membru,**	**Membru,**
...	**...**	**...**

Redacată în 4 exemplare originale, conține 12 pagini.