CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../..... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în municipiul .....,....., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată legal prin administrator ..., privind procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect ”.....”, cod CPV 09134200-9, organizată de ....., cu sediul în municipiul .....,....., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- obligarea autorității contractante la modificarea prevederilor din documentația de atribuire referitoare la ajustarea prețului contractului (respectiv clauza nr. 4.4. din Contractul de furnizare: "*Prețul este cel din ofertă pe o perioadă de 30 de zile după care prețul este dat de media ofertelor postate pe SEAP la data facturării”)* și la adoptarea unei modalități de actualizare a prețului în concordanță cu prevederile legale;
- obligarea autorității contractante la prelungirea perioadei limită stabilită pentru depunerea ofertelor, în conformitate cu art. 153 din Legea nr. 98/2016;
- suspendarea procedurii de atribuire în cauză, până la soluționarea contestației;
- în subsidiar, în situația în care procedura de atribuire nu se suspendă iar autoritatea contractantă procedează la deschiderea ofertelor, iar prin soluția dată ca urmare a contestației Consiliul constată încălcarea de către autoritatea contractantă a legislației în domeniul achizițiilor publice, solicită anularea procedurii de atribuire.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ..... SRL reclamă conținutul documentației de atribuire, elaborată în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă.

Cu privire la solicitarea de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, contestatorul precizează că măsura este necesară pentru prevenirea unei pagube iminente care s-ar produce prin continuarea procedurii și deschiderea ofertelor de către autoritatea contractantă, cu încălcarea dispozițiilor legale în materie.

În considerarea caracterului neclar, ambiguu, netransparent și defavorizant al clauzei privind actualizarea prețului contractului, există posibilitatea reală, ca și în cazul său, ca mulți alți operatori economici, potențiali ofertanți, să nu participe la procedura în cauză tocmai din cauza incertitudinii privind actualizarea valorii contractului (având în vedere variația de prețuri a produsului solicitat conform ofertelor publicate pe SEAP, care este de natură a induce în eroare, posibil în mod deliberat, orice potențiali ofertanți).

În fapt, contestatorul arată că prin clauza nr. 4.4. din Contractul de furnizare (astfel cum a fost publicat în SEAP - anunț de participare nr. ...../....., înainte de modificarea prin erata din 23.06.....), se prevedea că: "Prețul este cel din ofertă pe o perioadă de 30 de zile după care prețul este cel de la pompă la data facturării”, iar conform fișei de date, Secțiunea II.4.1) Ajustarea prețului contractului: "După perioada de valabilitate a ofertei furnizorul poate modifica prețul unitar în funcție evoluția prețului de la stațiile proprii de livrare".

Întrucât clauza antemenționata dorea a constitui o modalitate de actualizare a prețului produsului furnizat, contestatorul arată că a formulat o notificare (transmisă autorității contractante în data de 20.06.....), în baza art. 6 din Legea nr. 98/2016, deoarece clauza nu respectă prevederile art. 28 din HG nr. 395/2016:

"*ART. 28*

(1) În condițiile art. 221 din Lege, 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.

(3) Autoritatea contractantă precizează atât în documentația de atribuire, cât și în contractul de achiziție publică/acordul-cadru, modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri.

(4) Lipsa, modificarea sau completarea informațiilor/clauzelor determină inaplicabilitatea prevederilor referitoare la posibilitatea de ajustare a prețului contractului de achiziție publică/acordului-cadru.

(7) Modul de ajustare a prețului contractului de achiziție publică nu trebuie să conducă în niciun caz la schimbarea rezultatului procedurii de atribuire, prin anularea sau diminuarea avantajului competitiv pe baza căruia contractantul respectiv a fost declarat câștigător în urma finalizării respectivei proceduri, cu excepția cazului prevăzut la alin. (5)".

Contestatorul menționează că modalitatea de actualizare a prețului, astfel cum era precizată în documentația de atribuire, nu indica în concret modul de ajustare a prețului, indicii utilizați ori sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora; sintagma "*prețul este cel de la pompă la data facturării*" nu era de natură a constitui un mod de actualizare a prețului, nerespectând niciuna dintre cerințele legale în acest sens.

De asemenea, o astfel de clauză neclară putea conduce la anularea sau diminuarea avantajului competitiv. Mai mult, precizarea *”de la stațiile proprii de livrare”* crea confuzie, putând conduce la avantaje injuste conferite ofertantului câștigător. Întrucât contractul vizează livrarea unor produse direct beneficiarului, fără a specifica necesitatea ca ofertantul să dețină stații, referirea "*de la stațiile proprii de livrare*" constituia o cerință excesivă, menită să avantajeze unul sau unii ofertanți.

Astfel, în vederea conformării la legislația în vigoare a documentației de atribuire, contestatorul arată că a solicitat autorității contractante să înlocuiască clauza 4.4. din Contractul de furnizare, cu un mod concret și corect (pentru a evita avantajarea aparentă a unor operatori economici) de actualizare a prețului produsului furnizat, iar pe cale de consecință să prelungească termenul limită de depunere a ofertelor.

Prin răspunsul său (măsura de remediere adoptată) autoritatea contractantă a formulat o erată la documentația de atribuire (postată pe SEAP în data de 23.06.....) prin care specifică faptul că sintagma ”prețul este cel de la pompă la data facturării" se va înlocui cu "prețul este dat de media ofertelor postate pe SEAP la data facturării”.

Față de măsura de remediere aparentă pe care autoritatea contractantă a înțeles să o adopte, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere și să constate următoarele:

Modificarea documentației de atribuire este cel puțin la fel de absurdă și nelegală ca și prevederile inițiale față de care a formulat notificare, în primul rând pentru că "*ofertele postate pe SEAP*” nu constituie indici de preț pentru elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului; fundamentarea prețului se bazează pe costurile reale ale achiziției, transportului și alte cheltuieli aferente furnizării, și nu pe media ofertelor postate în SEAP.

Mai mult, autoritatea contractantă nici măcar nu a specificat care oferte sunt luate în considerare și cum au acces ofertanții la ofertele de preț ale altor operatori economici:

- Ofertele la alte produse decât cel solicitat?; ceea ce ar fi de asemenea absurd și nelegal, însă probabil posibil din punctul de vedere al autorității contractante;

- Ofertele la același produs însă neaccizabil?; de asemenea nelegal și excesiv;

- Ofertele unui anumit operator economic/unor anumiți operatori economici? la fel și în acest caz;

- Ofertele operatorului economic care ofertează? În acest caz, contestatorul nu poate decât să presupună că autoritatea contractantă are deja în vedere un anumit operator economic ce are postate pe SEAP mai multe oferte, astfel încât apare necesară formarea mediei acestora (cel mai probabil același operator economic căruia i s-au atribuit toate contractele similare din ultimii ani).

Contestatorul mai precizează că autoritatea contractantă are deja experiența consecințelor unor astfel de clauze de actualizare a contractului, când, după atribuirea unui contract de achiziție publică, având același obiect cu prezentul (furnizare motorină), la un preț derizoriu, de 0,97 lei/litru, a urmat, probabil, creșterea substanțială a prețului produsului furnizat, și implicit a prețului contractului de achiziție publică.

Totodată, contestatorul susține că nu se specifică în documentația de atribuire faptul că operatorul economic ofertant trebuie să aibă postate pe SEAP oferte de preț, și aceasta fiind o condiție excesivă și inutilă având în vedere obiectul contractului.

Mai mult, contestatorul menționează că ofertele de preț postate pe SEAP pot fi modificate oricând și oricât de către operatorii economici fără niciun temei legal sau financiar, astfel încât pretinsa ajustare a prețului contractului va depinde exclusiv de voința unilaterală a operatorului economic ale cărui oferte sunt considerate în mod nelegal ca factori de referință. Drept urmare devine imposibilă aplicarea prevederilor art. 221 privind modificarea contractului/actualizarea prețului, întrucât modificările care au fost prevăzute în documentele achiziției inițiale nu reprezintă clauze de revizuire clare, precise și fără echivoc.

Față de cele antemenționate, contestatorul solicită Consiliului să constate faptul că, prin cerințele nelegale, excesive și netransparente impuse prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă în fapt favorizează un anumit operator economic și urmărește anularea avantajului competitiv pe baza căruia eventualul contractant va fi declarat câștigător în urma finalizării procedurii, iar pe cale de consecință să dispună:

- obligarea autorității contractante la modificarea prevederilor din documentația de atribuire referitoare la ajustarea prețului contractului și la adoptarea unei modalități de actualizare a prețului în concordanță cu prevederile legale;

- obligarea autorității contractante la prelungirea perioadei limită stabilită pentru depunerea ofertelor, în conformitate cu art. 153 din Legea nr. 98/2016;

- suspendarea procedurii de atribuire în cauză, până la soluționarea contestației;

- în subsidiar, în situația în care procedura de atribuire nu se suspendă iar autoritatea contractantă procedează la deschiderea ofertelor, iar prin soluția dată ca urmare a contestației Consiliul constată încălcarea de către autoritatea contractantă a legislației în domeniul achizițiilor publice, solicită anularea procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 26849/.....-...../04.07....., Consiliul a solicitat autorității contractante un punct de vedere cu privire la capătul de cerere privind suspendarea procedurii.

Autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 1700/05.07..... înregistrată la CNSC sub nr. 27085/05.07....., considerând nefondată cererea, întrucât SC ..... SRL nu are pompă de distribuție și datorită acestui fapt încearcă, prevalându-se de legislația în vigoare, să creeze greutăți în desfășurarea procedurii.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că formularea ”prețul la pompă” a întâlnit-o la mai multe autorități contractante.

Mai mult, prin clarificările postate în urma solicitărilor contestatorului, autoritatea contractantă consideră că acesta are posibilitatea de a depune o ofertă.

Astfel, autoritatea contractantă arată că prevederea la care face referire contestatorul a fost modificată cu următoarea formulare: ”*prețul este dat de media ofertelor postate pe SEAP la data facturării*”.

Totodată, autoritatea contractantă consideră că termenul în care i s-a răspuns solicitării de a modifica modul de actualizare a prețului, îi asigură contestatorului timp suficient pentru a depune oferta.

Autoritatea contractantă precizează că suspendarea sau anularea procedurii i-ar aduce mari prejudicii, întrucât ar fi obligată să întrerupă activitatea întregului ..., urmând a da în șomaj întregul personal.

De asemenea, autoritatea contractantă consideră că sunt îndeplinite condițiile de participare în mod egal pentru orice ofertant care are capacitatea de a onora contractul ce urmează a fi atribuit.

Ținând cont de cele antemenționate, autoritatea contractantă solicită ca procedura să nu fie suspendată, amânată sau anulată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect ”.....”, cod CPV 09134200-9. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ...../....., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”, cu data stabilită pentru depunerea ofertelor ....., ora 16:00.

Împotriva conținutului documentației de atribuire, SC ..... SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. ...../.....

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

Obiectul contestației il reprezinta modul de ajustare a pretului (actualizare) continut in clauza nr. 4.4. din Contractul de furnizare.

Consiliul retine faptul ca orice clauza care permite ajustarea pretului prezentat din oferta trebuie sa respecte prevederile art. 28 din HG nr. 395/2016, trebuie sa poata fi activata numai si numai in conditiile in care „*pe piață au apărut anumite condiții, în urma cărora s-a constatat creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale*

ofertei" iar cresterea sau diminuarea indicilor de pret determina o modificare semnificativa.

Mai mult decat atat, orice ajustare a pretului prezentat in oferta trebuie sa aiba la baza fie modificari legislative, fie indici statistici publicati oficial si calculati obiectiv, nefiind acceptabila ajustarea pretului bazata pe decizii ale unuia sau mai multor operatori economici, decizii care pot fi arbitrare sau conjuncturale.

Prin urmare, in aprecierea Consiliului, niciuna dintre variantele propuse de autoritatea contractanta care ar permite ajustarea pretului (nici cea initiala, nici cea actuala urmare a modificarii prin erata) nu respecta rigorile minime ale unei astfel de clauze.

1. Pretul de la pompa este rezultatul unei decizii a operatorului/operatorilor economic/i (care il pot majora artificial in ziua facturarii) si in niciun caz nu respecta rigorile de obiectivitate.

..... Ofertele postate pe SEAP la data facturării sau la orice alta data de catre operatorii economici sunt simple anunturi care nu creaza niciun fel de obligatie acestora si pot, teoretic, distorsiona grav imaginea si realitatea privind un pret real de piata. Spre exemplu, un operator economic ar putea prezenta o oferta de 1 l motorina Euro 5 la un pret de o suta de ori mai mare decat media pietei fara ca prin aceasta sa sufere vreo sanctiune sau sa-si asume vreo responsabilitate, distorsionand insa fundamental rezultatul calculului unei „medii a ofertelor postate pe SEAP la data facturării".

Analizand speta, Consiliul a constatat ca nu exista indici statistici publicati oficial si calculati obiectiv in ceea ce priveste variatia pretului la carburanti (ci numai o variatie a pretului titeiului pe piata internationala) si nici nu sunt previzibile, pe termenul de derulare a contractului, modificari legislative privind accizele la aceste produse. In aceste conditii, Consiliul va dispune autoritatii contractante eliminarea prevederilor din documentația de atribuire referitoare la ajustarea prețului contractului si inlocuirea acestora cu o prevedere potrivit careia "***Prețul contractului nu se ajustează***".

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (.....) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ..... SRL si va dispune modificarea clauzei nr. 4.4. din Contractul de furnizare prin eliminarea prevederilor privind ajustarea pretului contractului si mentionarea faptului ca "Prețul contractului nu se ajustează".

În temeiul art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va dispune continuarea procedurii, dupa modificarea documentatiei potrivit motivării prezentei si publicarea in SEAP a modificării dispuse, in termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Totodata, Consiliul va dispune decalarea datei limita de depunere a ofertelor la un interval de minimum 10 de zile de la publicarea in SEAP a modificarilor.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (.....) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... si dispune modificarea clauzei nr. 4.4. din Contractul de furnizare prin eliminarea prevederilor privind ajustarea pretului contractului si mentionarea faptului ca ”Prețul contractului nu se ajustează".

În temeiul art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, dispune continuarea procedurii, după modificarea documentatiei potrivit motivării prezentei si publicarea in SEAP a modificării dispuse, in termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Totodată, dispune decalarea datei limită de depunere a ofertelor la un interval de minimum 10 de zile de la publicarea in SEAP a modificărilor.

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 alin. (1) din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

..... **.....** **.....**

...