

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr....

Data:...

Prin contestația înregistrată la... sub nr...., formulată de... (...), persoană juridică poloneză, cu sediul social în..... nr....., înmatriculată la... sub nr...., CIF nr...., reprezentată convențional prin avocat, cu adresa de comunicare a actelor procedurale în, b-dul... nr...., bloc....., etaj..., ap...., împotriva răspunsului la solicitarea de clarificări nr.... al autorității contractante, în ceea ce privește răspunsul la *solicitarea de clarificări nr...., elaborat de..., cu sediul în....., sectorul..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de negociere* fără publicare a unui anunț de participare, organizată, prin publicarea pe... a unui ordin..., în vederea atribuirii contractului având ca obiect „...”, s-au solicitat:

1.... de Atribuire până la soluționarea fondului cauzei, potrivit art. 22 și urm. din Legea nr. 101/2016;

Pe fondul cauzei:

2. Anularea în parte a răspunsului la solicitarea de clarificări nr.... al Autorității Contractante, în ceea ce privește răspunsul la Solicitarea de clarificări nr.... (referitoare la eliminarea clauzei de preț ferm și introducerea unui mecanism obiectiv de ajustare a prețului), ca act administrativ distinct și vătămător, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 101/2016;

3. Obligarea Autorității Contractante, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016, la emiterea unui nou răspuns motivat la Solicitarea de clarificări nr...., cu respectarea dispozițiilor legale incidente și a principiilor care guvernează atribuirea contractelor de achiziție publică, precum și la adoptarea măsurilor necesare pentru înlăturarea efectelor vătămătoare generate de răspunsul contestat, constând în:

(a) *Revizuirea poziției exprimate prin răspunsul la clarificări contestat, în sensul instituirii unui mecanism de ajustare a prețului obiectiv, transparent și verificabil, astfel cum a fost solicitat prin Solicitarea de clarificări nr.... și detaliat în Capitolul 6 al prezentei contestații;*

(b) *Reflectarea acestei revizuiți în cadrul răspunsului la clarificări, prin indicarea concretă a modalității de ajustare a prețului și a elementelor obiective avute în vedere (inclusiv, cu titlu de exemplu, utilizarea unor indici de referință relevanți și verificabili - precum cei reproduși integral în Capitolul 6 infra;*

(c) *Precizarea, în cuprinsul noului răspuns la clarificări, a modului clar și neechivoc de aplicare a mecanismului de ajustare a prețului, inclusiv a indicilor utilizați și a sursei datelor aferente.*

4. *Obligarea Autorității Contractante la prelungirea... cu cel puțin 10 zile calendaristice de la data comunicării deciziei Consiliului, respectiv stabilirea unui nou termen pentru ședința de tranzacționare în mod corespunzător;*

5. *În subsidiar, în măsura în care... constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a Procedurii de Atribuire, solicităm anularea Procedurii de Atribuire în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016;*

6. *Obligarea Autorității Contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea prezentei contestații, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.*

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.... critică răspunsul nr.... la solicitarea de clarificări, respectiv refuzul autorității contractante de a elimina clauza de preț ferm și de a introduce un mecanism de ajustare a prețului, pe care reclamanta îl consideră nelegal, nemotivat, disproporționat și contrar principiilor care guvernează achizițiile publice, solicitând cele amintite.

Contestatoarea redă o serie de aspecte referitoare la capătul de cerere vizând suspendarea procedurii.

Examinând răspunsul autorității contractante la solicitarea de clarificări, în speță la întrebarea nr...., reclamanta constată că acesta nu îndeplinește standardul legal de claritate, completitudine și lipsă de ambiguitate, pentru următoarele considerente:

- Autoritatea contractantă nu explică de ce consideră termenul de livrare „redus” (contractul putând dura până la..., respectiv circa 3 luni de la ședința de tranzacționare, cu posibilitate de prelungire de 4 luni

conform art. VI.2 din draftul de contract, ajungând la o durată de circa 7-9 luni); cum va fi gestionat riscul de volatilitate a prețurilor pe această perioadă; de ce argumentele economice și juridice prezentate de sunt nefondate; de ce mecanismul de ajustare propus ar fi inadecvat sau disproporționat;

- Achizitoarea invocă prevederile art....^alin. (8) din Legea nr. 98/2016 - text care stabilește că autoritatea contractantă „are dreptul” de a include clauze de ajustare pentru contractele de furnizare de până la 24 de luni.

Paradoxal, autoritatea citează un text care îi conferă dreptul de a include clauza de ajustare ca și cum acesta ar constitui un temei juridic pentru refuzul de a o include;

- Totodată, autoritatea contractantă ignoră... dispozițiile art. 109 alin. (1) lit. c) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora documentația (în speță, inclusiv acordul-cadru) trebuie să conțină „informații referitoare la (...) condițiile în care operatorii economici pot propune modificări ale prețului contractului (...) precum și modalitatea de ajustare a prețului”;

- Răspunsul autorității contractante nu face nicio referire la contextul economic invocat detaliat de - respectiv volatilitatea extremă a prețurilor produselor petroliere, generată de instabilitatea geopolitică (conflictul din Ucraina, tensiunile din..., închiderea strâmtorii Hormuz), fluctuațiile cursului USD/RON, modificările succesive ale regimului accizelor și variațiile cererii sezoniere în aviația generală.

Aceste variații de preț, amplificate de criza actuală, fac absolut imposibilă fundamentarea responsabilă a unui preț ferm pe o perioadă de 3-9 luni, perspectivele pe termen scurt și mediu rămânând extrem de incerte.

În opinia contestatoarei, într-un astfel de context, clauza de preț ferm nu doar că este disproporționată - ea este, în mod obiectiv, ireconciliabilă cu realitatea economică globală, consecința previzibilă fiind una din următoarele:

a. *niciun operator economic serios și informat nu va participa la procedură în aceste condiții, compromițând însăși competiția;*

b. *operatorii care vor participa vor include o primă de risc extrem de ridicată, majorând artificial prețul plătit de Autoritatea Contractantă din fonduri publice; sau*

c. *un operator economic va câștiga contractul la un preț aparent favorabil, dar va fi în imposibilitate de executare dacă prețurile cresc peste nivelul ofertat, situație care va conduce la reziliere/denunțare și la necesitatea Autorității de a relua întreaga procedură într-un context de piață posibil și mai dificil, cu pierdere de timp și resurse publice suplimentare.*

Reclamanta apreciază că lipsa unui mecanism de ajustare pentru un produs petrolier cotate internațional generează un dezechilibru

contractual original - prestațiile reciproce fiind, prin natura lor, imposibil de evaluat ca echivalente pe toată durata contractului, în absența unui mecanism de referință obiectiv.

Autoarea contestației precizează că, prin solicitarea de clarificări nr...., societatea sa a propus autorității contractante un mecanism detaliat de ajustare a prețului, structurat pe componente verificabile, bazat pe un indice de referință internațional (.....) și însoțit de garanții suficiente pentru protecția ambelor părți contractante (moratoriu, drept de contestare, soluționare prin expert independent, clauză de renegociere/denunțare).

Reclamanta menționează și că, în măsura în care Consiliul nu va considera oportună obligarea autorității contractante la adoptarea mecanismului efectiv propus de, solicită obligarea autorității contractante la introducerea în procedura de atribuire a unui mecanism de ajustare a prețului echivalent, bazat pe un indice de referință obiectiv, internațional și verificabil, cu precizarea modului concret de ajustare, a indicilor care vor fi utilizați și a sursei informațiilor cu privire la evoluția acestora - și care să asigure că prețul contractului este ajustat doar în măsura strict necesară pentru acoperirea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat acesta, fără a conduce la schimbarea rezultatului procedurii de atribuire.

În final, contestatoarea supune atenției faptul că, în măsura în care Consiliul va considera că măsurile de remediere solicitate prin capetele de cerere nr.... ale prezentei contestații nu pot fi dispuse - fie pentru că nu se poate obliga autoritatea contractantă la introducerea unui mecanism de ajustare a prețului fără a afecta principiile prevăzute de legislația în materia achizițiilor publice, fie pentru că modificarea procedurii în sensul solicitat ar implica o alterare substanțială a condițiilor procedurii, care nu mai poate fi remediată în cadrul procedurii în curs, ... solicită anularea procedurii de atribuire, în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr....., înregistrată la... sub nr....., în calitate de autoritate contractantă a transmis punct de vedere, prin intermediul căruia solicită *respingerea contestației* depusă de....., pentru considerentele expuse în cele ce urmează.

Referitor la capătul de cerere vizând suspendarea procedurii, autoritatea contractantă solicită respingerea acestuia, ca rămas fără obiect, având în vedere faptul că suspendarea procedurii de atribuire a fost dispusă de instituția sa în contextul formulării contestației de către....

Organizatoarea procedurii precizează faptul că nu poate da curs solicitării contestatoarei de implementare a unui mecanism de ajustare a prețului în contract, având în vedere următoarele motive:

- (a) Termenul scurt de executare a contractului (3 luni);

(b) Existența unei simple opțiuni legale/a unei posibilități (drept al autorității) privind ajustarea prețului, nu a unei obligații legale a autorității contractante în acest sens;

(c) Gestionarea judicioasă a bugetului autorității contractante.

Chiar presupunând existența unor variații de preț, acestea nu îndeplinesc condițiile impreviziunii, întrucât la momentul elaborării ofertei de către..., contextul internațional invocat de aceasta prin contestație era deja cunoscut și previzibil pentru orice operator economic diligent, subliniază organizatoarea procedurii.

Ca mijloace de probă au fost depuse înscrisuri.

În replică la punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă, prin adresa înregistrată la... sub nr..... a transmis concluzii scrise, prin intermediul *căroră prezintă* o serie de aspecte în susținerea admiterii contestației astfel cum a fost formulată.

În ceea ce privește cheltuielile solicitate prin contestație, prin adresa înregistrată la... sub nr..... a transmis, în copie, ordinul de plată în sumă de..., din data de....

Prin adresa nr....., înregistrată la... sub nr....., în calitate de autoritate contractantă a transmis răspuns cu privire la concluziile scrise depuse de contestatoare, prin intermediul căruia redă o serie de aspecte în susținerea respingerii contestației formulată de...

... a constituit cauțiunea în sumă de..., prin recipisa de consemnare nr....., eliberată de..., înregistrată în Registrul de evidență al CNSC sub nr.....

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat prin intermediul..., procedura de negociere fără publicarea unui anunț de participare, în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect, *ca urmare a... nr.....*, publicat la data de.... Potrivit... se achiziționează... litri benzină de aviație în limita sumei de..., fără acciză și fără TVA, ședința de tranzacționare urmând a se desfășura utilizând platforma electronică a ..., doar cu ofertanții calificați pe baza documentelor depuse, în data de..., cu începere de la ora 12:..., decalată pentru..., ora 12:....

Împotriva răspunsului nr.... la solicitarea de clarificări (răspunsul nr.... din adresa de răspuns)... (...) a investit Consiliul cu soluționarea prezentei contestații, solicitând, în principal, anularea parțială a răspunsului în ceea ce privește răspunsul la întrebarea nr....., revizuirea poziției în sensul introducerii unei formule de ajustare a prețului, prelungirea..., în subsidiar, anularea procedurii de atribuire, precum și suspendarea procedurii.

La dosarul cauzei a fost depusă decizia de suspendare a procedurii nr.... iar potrivit informațiilor disponibile pe site-ul, procedura este suspendată pe *perioada contestației, astfel fiind*, Consiliul stabilește că, în cauză, solicitarea contestatoarei privind suspendarea procedurii de atribuire a rămas fără obiect și, în temeiul art. 22 și art. 23 din Legea nr. 101/2016, urmează a fi respinsă, ca atare.

Trecând la analiza contestației, se reține că ceea ce o nemulțumește, în fapt, pe autoarea contestației este răspunsul nr.... al autorității contractante, din adresa nr....., prin care achizitoarea nu consideră necesară inserarea unui mecanism de ajustare a prețului, motivat de termenul redus de livrare a produselor ce fac obiectul contractului, respectiv până la data de... și având în vedere dispozițiile art.... alin. (8) din Legea nr. 98/2016.

Achizitoarea a răspuns astfel la solicitarea de modificare a documentației de atribuire (solicitarea de clarificări nr....) formulată de..., la data de..., în sensul eliminării clauzei de preț ferm prevăzute la art. XVII.1 din draftul de contract și al introducerii unei clauze de ajustare a prețului, fundamentată pe un mecanism obiectiv, transparent și verificabil. În justificarea solicitării sale... a invocat volatilitatea prețurilor produselor petroliere, amplificată de instabilitatea geopolitică, impactul clauzei de preț ferm asupra concurenței și competitivității ofertelor, a fost propus și un mecanism de ajustare în legătură cu care au fost prezentate beneficiile.

Consiliul reține că în draftul de contract, clauza XVII.1 are următoarea formulare:

Având în vedere durata contractului, caracterul ferm al prețului unitar stabilit și lipsa riscurilor de volatilitate semnificativă, părțile convin că prețul contractului nu se ajustează, indiferent de variațiile de piață, modificările de acciză, curs valutar sau alte costuri externe. Prezența limitare a ajustării nu se aplică modificărilor legislative obligatorii, cum ar fi variația cotei de TVA, caz în care prețul final va reflecta cota legală în vigoare la data exigibilității.

De asemenea, potrivit informațiilor din ordinul..., termenul maxim de livrare este până la **data de..., prezentul contract** producând efecte până la data de....

Conform art.... d'n Legea nr. 98/2016:

(...)

(8) Autoritatea contractantă **are dreptul** să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3), **pentru contractele de servicii sau furnizare care se derulează pe o perioadă de până la 24 de luni** și pentru contractele de lucrări care se derulează pe o perioadă de cel mult 6 luni.

(9) Autoritatea contractantă este **obligată** să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3), **pentru contractele de servicii sau furnizare care se derulează pe o perioadă ce depășește 24 de luni și** pentru contractele de lucrări care se derulează pe o perioadă ce depășește 6 luni.

În speță, reiese că termenul maxim de livrare a produselor este până la data de..., iar contractul își produce efectele până la data de.... Având în vedere că durata de derulare și executare a contractului este de câteva luni (sub pragul legal de 24 de luni), situația juridică analizată cade sub incidența art.... alin. (8) din Legea nr. 98/2016, text care instituie un drept, o facultate a autorității contractante și nu o obligație. Oportunitatea inserării unei astfel de clauze aparține exclusiv autorității, în funcție de analiza proprie de risc.

Cât privește evenimentele invocate de contestatoare, respectiv conflictul din Ucraina, tensiunile din..., închiderea strâmtorii Hormuz, acestea reprezintă evenimente cunoscute la data depunerii ofertei și, chiar presupunând existența unor variații de preț, acestea nu îndeplinesc condițiile impreviziunii.

Astfel, la data elaborării propunerii financiare, orice operator economic diligent, care acționează ca un profesionist pe piața..., are posibilitatea și obligația corelativă de a lua în considerare aceste riscuri cunoscute. Un ofertant prudent trebuie să își dimensioneze prețul unitar ferm prin includerea unei marje de risc adecvate, capabilă să absoarbă fluctuațiile de preț estimate pe o perioadă scurtă de execuție contractuală (până la data de...).

Încercând să creeze aparența unei perioade contractuale îndelungate, care să justifice un mecanism de ajustare, contestatoarea susține că durata contractului ar fi până la..., invocând și posibilitatea de prelungire de 4 luni, inserată la clauza VI.2 din draftul de contract însă, termenul limită de livrare a produsului este fixat la data de..., aceasta reprezentând perioada de execuție efectivă, fiind singurul interval în care variațiile de preț pot afecta costurile de producție. Data de..., reprezintă doar termenul până la care contractul își produce efectele (valabilitatea juridică), fiind destinat exclusiv finalizării operațiunilor administrative, procesării facturilor și efectuării plăților, astfel cum susține și autoritatea contractantă.

Stabilind că, în speță, contractul se plasează în sfera de aplicare a alin. (8) a art....^{din} Legea nr. 98/2016, fiind sub pragul de 24 de luni, nu i se poate reproșa autorității contractante încălcarea vreunei dispoziții legale, conduita sa fiind o manifestare legală și legitimă a dreptului său de opțiune, perfect adaptată caracterului de scurtă durată al livrării.

Cu luarea în considerare a celor ce preced, determinând că nu există motive pentru modificarea documentației de atribuire în sensul celor solicitate de autoarea contestației, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de.... Respinsă este și cererea de acordare a cheltuielilor de judecată.

Pentru aceste motive,

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 22 și art. 23 din Legea nr. 101/2016, respinge, ca rămasă fără obiect, cererea de suspendare a procedurii de atribuire, formulată de...

În temeiul art. 26 alin. (6) din lege, respinge, ca nefondată, contestația formulată de..., în contradictoriu cu..., în calitate de autoritate contractantă.

În baza art. 26 alin. (9) din lege, respinge, ca nefondată, cererea de acordare a cheltuielilor formulată de...

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

...,

MEMBRU,

MEMBRU,

...

...

...