

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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 948/C3/890

Data: 06.05.2022

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 18840/12.04.2022, înaintată de SRL, cu sediul în, județul, înregistrată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de, formulată împotriva răspunsurilor la solicitările de clarificări ce vizează prevederile documentației de atribuire aferente licitației deschise organizate de cu sediul în, str. Olteniței nr. 169, ..., în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare „Hrană pentru câinii cazați în adăposturile proprii”, inițiată cu anunțul de participare nr. CN1040215 din 11.03.2022, s-a solicitat

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 18840/12.04.2022, ... SRL atacă răspunsurile la solicitările de clarificări ce vizează prevederile documentației de atribuire aferente licitației deschise organizate de reclamând faptul că decizia acestuia din urmă de a nu remedia formula de calcul precizată la art. 12.2 din proiectul de acord-cadru împiedică derularea acestuia în mod eficient.

Preliminar, contestatoarea precizează că, în termenul limită prevăzut la secțiunea II.1.4) din cadrul fișei de date a achiziției, a formulat și înaintat către autoritatea contractantă trei solicitări de clarificare, dintre care, una a vizat conținutul proiectului de acord-cadru, respectiv clauza 12.2 (*Prețul acordului - cadru pentru primele 12 luni rămâne ferm (nu se actualizează), iar pentru următoarele 12 luni, prețurile unitare se vor actualiza folosind următoarea formulă polinomială: $An = n*N + e*E + d*D + b*B + a*A$, unde:*

An - reprezintă coeficientul de ajustare care urmează a fi aplicat valorii de contract;

n - ponderea estimată a cheltuielilor totale cu forța de muncă, inclusiv cheltuielile angajatorului pentru pregătire profesională (costul forței de muncă);

N - indicele de creștere a salariului minim brut lunar, conform ultimei hotărâri de guvern sau indicele de creștere a câștigului salarial mediu brut lunar în ramura CAEN (la 2 cifre) în care se încadrează executantul;

e - ponderea estimată a costurilor cu energia electrică, gaze, energia termică și combustibil în total costuri;

E - indicele de creștere a tarifelor/prețurilor pentru bunurile de natură energetică, prin echivalență cu creșterea prețurilor de producție sau de consum;

d - ponderea estimată a materiilor prime pentru construcții, respectiv pietriș, nisip și alte produse extrase;

D - indicele de creștere a prețurilor materiilor prime pentru construcții, respectiv pietriș, nisip și alte produse extrase;

b - ponderea cheltuielilor cu amortizarea sau achiziția de utilaje de construcții în total cheltuieli sau în valoarea lucrărilor executate;

B - indicele producției de echipamente electrice sau, după caz, de mașini, utilaje și echipamente neelectrice;

a - ponderea altor consumuri;

A - indicele prețului producției industriale)..

La solicitarea contestatoarei de stabilire a unei formule de ajustare a prețului care să fie aplicabilă în cazul contractelor de furnizare, precum și la cea de acceptare ca ajustarea prețului să fie făcută la 6 luni, autoritatea contractantă a precizat că (...) *își menține conținutul clauzei 12.2 din proiectul de contract, cu mențiunea că indicii formulei de ajustare se vor aplica acolo unde este cazul (...) Prețul acordului-cadru pentru primele 6 luni rămâne ferm (nu se actualizează), iar pentru următoarele 18 luni prețurile unitare se vor actualiza folosind următoarea formulă polinomială (...).*

Scopul remedierii formulei de calcul prevăzută în proiectul de acord-cadru era acela de a permite ofertanților să beneficieze de clauze clare și precise, fără a lăsa loc de interpretări pe parcursul derulării obligațiilor contractuale și, cel mai important, să corespundă obiectului procedurii de atribuire.

Pe de altă parte, o formulă de calcul clară, precisă și aplicabilă, raportată la obiectul contractului (acord-cadru de furnizare), va permite autorității contractante să procedeze la modificarea acordului-cadru în condițiile stipulate de art. 221 alin. (1) lit. a) și i) din Legea nr. 98/2016, precum și cele stipulate de art. 164 din HG nr. 395/2016.

În condițiile în care autoritatea contractantă nu a răspuns solicitării sale de revizuire a formulei de ajustare, contestatoarea solicită obligarea acesteia la adoptarea măsurii de remediere a formulei de calcul

prevăzută la art. 12.2 din proiectul de acord-cadru, astfel încât aceasta să corespundă obiectului procedurii de atribuire (acord-cadru de furnizare) și să fie aplicabilă.

Nu în ultimul rând, contestatoarea menționează că nu a atacat prevederile proiectului de acord-cadru în termenul prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016 deoarece, conform secțiunii IV.4.1 - *Modul de prezentare al propunerii tehnice* din fișa de date a achiziției, eventualele obiecțiuni sau propuneri cu privire la proiectul de acord-cadru și de contract subsecvent se vor prezenta în perioada de solicitări de clarificări la documentația de atribuire.

De altfel, contestatoarea arată că nu a considerat că formula de calcul ai cărei indici se referă la creșterea prețurilor materiilor prime pentru construcții (pietriș, nisip și alte produse extrase), precum și la producția de echipamente electrice sau, după caz, de mașini, utilaje și echipamente neelectrice, ca fiind o încălcare a prevederilor legale, în sensul *ad litteram* al art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 sau ca pe o restrângere a dreptului de a participa la procedură, ci ca pe o "deficiență juridică structurală", care poate împiedica derularea în mod eficient a viitorului acord-cadru, datorită unei clauze ce creează confuzie și nu este aplicabilă.

Remediarea formulei s-ar fi putut realiza, de către autoritatea contractantă, prin publicarea unui anunț de tip erată, cu respectarea prevederilor art. 55 din HG nr. 395/2016, fără să fie afectate principiile prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016, susține contestatoarea.

Prin punctul de vedere la contestație, nr. 2014/13.04.2022, înregistrat la CNSC cu nr. 19286/13.04.2022, autoritatea contractantă invocă excepția tardivității contestației, în raport cu dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Astfel, persoana care se considera vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de zece zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință (data publicării documentației de atribuire), respectiv data de 11.03.2022.

Răspunsul autorității contractante la solicitările de clarificări, adresat contestatoarei (actul atacat), nu o repune pe aceasta în termenul de contestare a dispozițiilor documentației de atribuire (proiectul de acord- cadru) care nu au fost modificate (cele criticate) și de care a luat la cunoștință la momentul publicării ei în SEAP, respectiv la 11.03.2022.

Prin adresa nr. 2092/19.04.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 20157/19.04.2022, autoritatea contractantă încunoștințează și asupra

măsurilor de remediere adoptate ca urmare a contestației formulate de SRL, respectiv a faptului că:

1. a modificat formula de ajustare a prețului din fișa de date a achiziției, punctul II.3 *Ajustarea prețului* și din proiectul de acord-cadru, clauza 12.2, în sensul că:

a) pentru primele 6 luni de la prima livrare a produselor, prețul acordului-cadru rămâne ferm (nu se actualizează);

b) după perioada de 6 luni de la prima livrare, prețurile unitare se pot actualiza, prin aplicarea, la valorile din oferta financiară, a unui coeficient egal cu evoluția indicelui prețurilor de consum (total) comunicat de Institutul Național de Statistică. Evoluția indicelui prețurilor de consum (total) se determină aferent perioadei cuprinsă între luna de referință și luna anterioară celei în care se realizează decontarea (luna de referință se va considera luna depunerii ofertei), astfel: $V_a = V_i \times C_{actualizare}$. Acestea semnifică: V_a = valoarea actualizată; V_i = valoarea inițială; $C_{actualizare}$ = coeficientul de actualizare, egal cu evoluția indicelui prețurilor de consum (total) comunicat de Institutul Național de Statistică;

2. a modificat termenul limită pentru primirea ofertelor, prin publicarea unei erate EN1035955/14.04.2022, cu următorul conținut:

- *La secțiunea nr. IV.2.2) în loc de 18.04.2022 15:00 - A se citi 03.05.2022 15:00;*

- *La secțiunea nr. IV.2.7) Condiții de deschidere a ofertelor în loc de 18.04.2022 15:00 - A se citi 03.05.2022 15:00;*

- *La secțiunea nr. IV. 2.6) Perioada minimă pe parcursul căreia ofertantul trebuie să își mențină oferta în loc de 18.06.2022 - A se citi 03.07.2022.*

În replică, prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 20139 din 19.04.2022, ... SRL a transmis răspuns/opinie la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă, cât și la măsurile de remediere publicate în SEAP cu nr. 2025/14.04.2022.

Pe de o parte, precizează contestatoarea, criticile sale vizează răspunsul "neargumentat", pe care autoritatea contractantă l-a formulat cu privire la solicitarea sa de a adapta formula de calcul din acordul-cadru (clauza 12.2), la obiectul procedurii/contractului, ca măsură de clarificare a documentației. Solicitarea de clarificare din data de 25.03.2022, privind clauza acordului-cadru, s-a înaintat autorității contractante în conformitate cu cerința stabilită de aceasta la secțiunea IV.4.1 - *Modul de prezentare al propunerii tehnice* din fișa de date a achiziției, precum și cu dispozițiile art. 160 din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, susține contestatoarea, a formulat o solicitare de clarificare privind clauzele acordului-cadru și nu o contestație tardivă la prevederile documentației de atribuire. Astfel, atacarea actului autorității

contractante - adresa nr. 1854/06.04.2022, s-a realizat în conformitate cu prevederile art. 2 alin. (1) și art. 4 alin. (1) lit. a) și în termenul prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Privitor la noua formulă de ajustare, adoptată de autoritatea contractantă prin clarificarea din oficiu nr. 2025/14.04.2022 ($V_a = V_i \times \text{Cactualizare}$; Unde: V_a = valoarea actualizată; V_i = valoarea inițială; Cactualizare = coeficientul de actualizare, egal cu evoluția indicelui prețurilor de consum (total) comunicat de Institutul Național de Statistică), contestatoarea arată că indicii prețurilor de consum (total) propus, conform definiției INS, se referă la cheltuielile monetare de bunuri și servicii pentru consumul final pentru toate tipurile de gospodării rezidente, cu excepția gospodăriilor instituționale, în scopul de a oferi o imagine cât mai relevantă și precisă a inflației. Or, acest indice nu este aplicabil, însuși legiuitorul scoțând în afara aplicării lui gospodăriile instituționale.

Conform Instrucțiunii ANAP nr. 1/2021 - *Modificarea contractului/acordului-cadru, Cap. IV - Informații utile privind gestionarea contractului*, art. 12 alin. (7), alegerea indicilor utilizați pentru ajustare, dintre cei calculați în statistici oficiale naționale, trebuie să respecte următorii pași:

a) se alege indicii de preț aferent domeniului/producției industriale pentru activitățile CAEN din care fac parte produsele/serviciile/ activitățile respective (pentru exemplificare: (ii) pentru un contract de furnizare de articole de papetărie se poate utiliza indicii producției industriale aferent cod CAEN 1723 *Fabricarea articolelor de papetărie*);

b) în cazul în care nu există indici de preț stabiliți strict și exclusiv pentru obiectul contractului respectiv/elementul de cost care se ajustează, se utilizează indicii de preț din ramura generală de activitate (de exemplu: în cazul serviciilor de proiectare, indicii ce poate fi utilizat este cel aferent categoriei serviciilor cu cod CAEN 71 *Activități de arhitectură și inginerie*);

c) în cazul în care nu se pot identifica indici relevanți conform celor prezentați la pașii prevăzuți de lit. a) și h), se va utiliza, de exemplu, indicii prețului de consum pentru mărfuri/produse.

Conform Buletinului statistic de prețuri stabilit de INS, există indice de preț pentru ramura generală de activitate - cod CAEN 10 - *Industria alimentară*, diviziune pentru grupa CAEN 109 - *Fabricarea preparatelor pentru hrana animalelor* (1091 - *Fabricarea preparatelor pentru hrana animalelor de fermă* și 1092 - *Fabricarea preparatelor pentru hrana animalelor de companie*).

Prin urmare, autoritatea contractantă ar fi trebuit să verifice care sunt indicii aplicabili obiectului contractului și să opteze pentru pasul

corect dintre cei 3 descriși de Instrucțiunea nr. 1/2021 - Modificarea contractului/ acordului-cadru.

Pentru cele iterate, contestatoarea solicită respingerea excepției de tardivitate a contestației, dar și obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere a formulei de calcul, așa cum a fost modificată prin adresa nr. 2025/14.04.2022.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... a inițiat, la 11.03.2022, o licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare „Hrană pentru câinii cazați în adăposturile proprii”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1040215 și a documentației de atribuire.

Împotriva unei clauze contractuale, considerată neclară și inaplicabilă, ... SRL a înaintat contestația de față, solicitând

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207997945/1, în valoare de 32.668,06 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala, în data de 18.04.2022.

Prin Încheierea nr. 1101/C3/890 din 20.04.2022, Consiliul a respins solicitarea de suspendare a procedurii, act comunicat părților.

Având a soluționa, cu întâietatea impusă la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, excepția de tardivitate a contestației, formulată de autoritatea contractantă, Consiliul ia act de faptul că, practic, este opusă numai capătului de cerere privind “luarea măsurii de remediere a formulei de calcul” din cadrul proiectului de acord-cadru.

Or, obiectul contestației cuprinde și cererea de a se constata refuzul autorității contractante de a răspunde la solicitarea de clarificări a contestatoarei, conduită ce ar rezulta din cuprinsul răspunsului de clarificare din 06.04.2022.

Pe de o parte, Consiliul reține că autoarea criticilor confirmă că nu contestă prevederile acordului-cadru, de care a luat cunoștință de la data postării lui în SEAP, adică la 11.03.2022, în deplină cunoștință de cauză a termenului prevăzut la art. 8 alin. (1) litera a) din Legea nr. 101/2016, așa cum precizează în contestație (penultima pagină, paragraf 2).

Pe de altă parte, solicitarea de revizuire a oricărei părți a documentației de atribuire, în sensul modificării ei și nu în sensul clarificării (explicitării), reprezintă un demers ce trebuie demarat în termenul evocat de părți, ce începe să curgă în condițiile prevăzute la alin. (2) al art. 8 din Legea nr. 101/2016: *În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire.*

Prin urmare, data limită de contestare a modului de formulare a clauzei în cauză (a cărei modificare se cere) era 21.03.2022, conform regulilor de calcul al termenelor cuprinse la art. 5 din Lege. Pretinsul demers de clarificare a clauzei (în fapt, cerere de modificare a ei), inițiat la 25.03.2022, nu conduce la reluarea termenului deja scurs.

În consecință, Consiliul va respinge capătul de cerere privind modificarea clauzei atacate (formula de calcul privind ajustarea prețului), ca tardiv formulat, admitând excepția invocată de autoritatea contractantă în parte, conform prevederilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, în sensul că rămâne a fi analizată contestația pe fond în raport cu capătul de cerere privind refuzul emiterii unei clarificări conforme cu cererea în cauză.

Conform susținerilor contestatoarei, cererea de clarificare în cauză ar fi întemeiată pe regula cuprinsă în secțiunea *IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice* a fișei de date a achiziției: *Se va prezenta proiectul de Acord cadru si de contract subsecvent insusite. Eventualele obiectiuni sau propuneri cu privire la proiectul de Acord cadru si de contract subsecvent se vor prezenta in perioada de solicitari de clarificari la documentatia de atribuire.*

Or, din aceste reguli, nu rezultă că autoritatea contractantă ar avea o obligație de a achiesa/se conforma la orice obiecție sau propunere a operatorilor economici interesați în ofertare, privind conținutul înțelegerii contractuale prezentate în documentație.

Mai mult, așa cum Consiliul a reținut anterior, în fapt, autoritatea contractantă nu a primit o cerere de clarificare, în sensul prevederilor art. 160 alin. (1) din legea nr. 98/2016: *Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs.* Cererea contestatoarei viza modificarea unei condiții de derulare a viitoarelor înțelegeri contractuale acord-cadru/contracte subsecvente.

Or, contestația a fost formulată după ce autoritatea contractantă a înțeles să confirme (prin adresa nr. 1854/06.04.2022) că nu modifică formula de calcul a ajustării prețului contractului, dar și că modifică perioadele de aplicare a ajustării, în sensul că prima ajustare poate interveni după primele 6 luni de contractare, iar următoarele ajustări după încă 18 luni de la contractare.

Văzând modul de formulare a răspunsului la obiecțiunile față de proiectul de acord-cadru, rezultă că acesta este clar, complet și lipsit de echivoc. În consecință, nu rezultă o vătămare a drepturilor contestatoarei legate de accesul la informațiile cu pricina.

Mai mult, deși autoarea criticilor este decăzută din termenul de a solicita revizuirea/modificarea formulei de calcul cuprinsă în

documentația de atribuire/model de acord-cadru, Consiliul ia act și de faptul că, prin chiar contestația sa, ... SRL nu arată în ce manieră ar trebui să fie reformulată aceasta, pentru a corespunde celorlalte clauze contractuale.

În schimb, prin modificarea perioadelor în care ar putea interveni ajustarea prețului, așa cum a fost cuprinsă în adresa amintită, emisă de autoritatea contractantă, se introduce o condiție nouă, ce poate fi analizată de Consiliu în raport cu pretinsa vătămare a contestatoarei, contestația fiind formulată în termenul amintit.

Totodată, Consiliul ia act de faptul că, prin anunțul tip erată EN1035955 din 15.04.2022, autoritatea contractantă a schimbat condițiile de aplicare a formulei de ajustare, în sensul că după 6 luni de la prima livrare, ajustarea prețului va ține cont de evoluția indicelui prețurilor de consum dintre luna de referință și luna precedentă celei de decontare.

Or, împotriva acestui mod de aplicare (a frecvenței ajustării) nu se aduc critici, contestatoarea limitându-se a arăta, prin adresa (intitulată "opinie") înregistrată la CNSC sub nr. 20504/20.04.2022, că măsura de remediere nu i-a fost transmisă, dar și că indicele prețurilor de consum, din noua formulă, nu ar corespunde regulilor din art. 12 al Instrucțiunii ANAP nr. 1/2021.

Prin urmare, Consiliul consideră nefondate criticile contestatoarei împotriva modului în care autoritatea contractantă a stabilit perioadele de aplicare a formulei de ajustare a prețului.

Cât privește susținerile din precizările la contestație, formulate după intervenirea măsurii de remediere, Consiliul constată că autoarea criticilor invocă nefondat o netransmitere către ea a informațiilor, în condițiile în care autoritatea contractantă a procedat conform regulilor prevăzute în teza finală a art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: *Pentru a fi aduse la cunoștința operatorilor economici interesați, măsurile adoptate înainte de data-limită de depunere a solicitărilor de participare sau, după caz, a ofertelor se publică în SEAP.*

Contestatoarea are deplina cunoștință a conținutului actului de remediere a documentației de atribuire, formulând opinia față de acesta la 3 zile după publicarea lui în SEAP, conform datei de întocmire regăsită în propriul document (18.04.2022).

Cât privește obligativitatea aplicării prevederilor art. 12 al Instrucțiunii ANAP nr. 1/2021, la momentul emiterii măsurii de remediere, Consiliul constată contrariul.

Prin amintitul articol (alin. 1-2) al Instrucțiunii ANAP, se instituie obligația autorității contractante de a introduce clauze de ajustare în cazul în care perioada de derulare a contractului/furnizare a produselor ar depăși 24 de luni:

(1) *Autoritatea/entitatea contractantă are obligația de a introduce în contractul din documentația de atribuire o clauză de revizuire a prețului contractului, cât mai bine adaptată la complexitatea contractului și la elementele componente ale prețului ofertat, atunci când durata contractului depășeste 24 de luni, dacă nu există o altă prevedere legală care să stabilească o perioadă mai scurtă de 24 luni; totodată, în cadrul clauzei de revizuire se va menționa, după caz, și momentul de la care ajustarea devine aplicabilă și frecvența de ajustare în funcție de calendarul de plăți.*

(2) *În scopul aplicării acestei clauze, prin durata de derulare a contractului se înțelege durata de furnizare a bunurilor/prestare a activităților contractului/ execuție a lucrărilor, fără a se lua în considerare eventualele perioade de garanție incluse în contract.*

Conform caietului de sarcini, cantitatea de produse ce face obiectul achiziției trebuie livrată în 2 ani, adică în perioada egală cu durata acordului-cadru, indicată în fișa de date a achiziției.

În consecință, se constată că nu există o obligație specifică de includere a clauzei de revizuire, de tipul celei pretinse de contestatoare, astfel că, inclusiv sub acest aspect, susținerile sunt nefondate.

Pentru cele ce preced, Consiliul va respinge, ca nefondată, solicitarea de modificare a regulilor de aplicare a formulei de ajustare, așa cum a fost precizată de contestatoare, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația SRL formulată în contradictoriu cu privind documentația de atribuire din licitația deschisă a inițiată pe baza anunțului de participare nr. CN1040215 din 11.03.2022, ca tardivă, în partea privind formula de calcul a ajustării prețului contractului și ca nefondată în partea ce privește perioadele de aplicare a formulei utilizate.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

.....

.....

.....