CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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 Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 48376/26.11.2019, formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., județul ..... și cu punct de lucru în ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI … reprezentată prin avocat ....., împotriva documentației de atribuire, elaborată de ....., cu sediul în ....., …. județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect "Motorină", cod CPV 09134200-9 – Motorină (Rev.2), s-a solicitat .....

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 SC ..... SRL critică documentația de atribuire, elaborată de ....., în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În fapt, contestatorul arată că autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze cantitatea de 95.000 litri de motorină de

încălzire, în valoare de 570.000,00 ron, fără TVA, cu un preț de 6 lei, fără TVA/litru, estimare apreciată ca supraevaluată cu aproximativ 50% mai mare față de prețul curent de piață.

De asemenea, susține că parametrii solicitați prin documentația de atribuire sunt un mix de parametrii între o motorină de încălzire și motorină auto euro 5, neputându-se identifica, în mod neechivoc, tipul de produs dorit, ambiguitatea fiind totală.

În opinia contestatorului, obligativitatea menținerii unui preț ferm timp de 1 an de zile, în condițiile unui bun cotat bursier și al cărui preț este influențat și modificat zilnic de evoluția cursului valutar, este de natură a afecta principiile fundamentale ale achizițiilor publice cu privire la justa utilizare a fondurilor publice și proporționalitate.

Mai mult, subliniază contestatorul, bugetul public va fi prejudiciat, prin prisma achiziționării la supra preț a bunului dorit ori prin riscul încheierii unui contract care nu poate fi finalizat.

Totodată, din experiența avută anterior într-o situație similară, contestatorul evidențiază că atât achizitorul, cât și ofertantul, au de suferit prin neintroducerea unei formule de ajustare a prețului.

O altă critică vizează intenția autorității contractante de a achiziționa carburant auto euro 5, nicidecum motorină de încălzire așa cum este obiectul achiziției, întrucât în cadrul documentației de atribuire sunt introduși printre parametrii motorinei de încălzire și anumiți parametrii care nu au legătură cu sistemele de încălzire, ci cu motoarele auto diesel.

De asemenea, în cadrul documentației de atribuire sunt indicați anumiți parametrii ca temperatura filtrabilitate, coroziune pe lama de lucru, care, subliniază contestatorul, sunt parametrii exclusiv destinați a demonstra performanțele unui carburant auto și nu al unei motorine de încălzire.

Concluzionând, contestatorul apreciază că procedura de față afectează atât interesul privat, cât și pe cel public, și solicită obligarea autorității contractante la introducerea, în contract, a unei formule legale de ajustare a prețului și la clarificarea, în mod clar și complet, a tipului de motorină dorit.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 75140/27.11.2019, înregistrat la CNSC sub nr. 50482/09.12.2019, referitor la criticile SC ..... SRL cu privire la prețul ferm impus în documentația de atribuire, autoritatea contractantă precizează că acesta este stipulat clar și fără derogări „în OUG nr. 34/2006”.

Autoritatea contractantă mai amintește că modul de constituire a bugetului instituțiilor publice, în care alocările de fonduri se fac cu mult timp înainte de efectuarea achizițiilor, nu permite mari variații ale sumelor contractate. Contrar celor susținute de contestator, autoritatea contractantă precizează că principiul concurenței există în procedura de față.

Cu privire la neclaritatea produsului solicitat, autoritatea contractantă susține că instalațiile de alimentare și centralele termice funcționează cu motorină euro 5, acesta fiind tipul de produs solicitat și nu alt tip de combustibil lichid.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, înscrisurile aflate la dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 51026/2536/C2/11.12.2019, Consiliul a solicitat autorității contractate completarea materialului probator prin transmiterea de documente care să justifice necesitatea achiziționării combustibilului motorină euro 5, precum și referatele de necesitate întocmite în etapa de planificare/pregătire a prezentei proceduri.

La această solicitare, autoritatea a răspuns prin adresa nr. 79911/16.12.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 51575/16.12.2019, formulând totodată și un punct de vedere prin care susține că, în ceea ce privește produsul care se dorește a fi achiziționat, motorina, este util la centralele termice ale DGASP ....., acestea fiind autorizate și monitorizate ISCIR cu funcționare pe motorină, anexând în acest sens documente tehnice doveditoare.

Cu privire la produsul dorit a fi achiziționat, autoritatea arată că acesta este motorină, deoarece centralele termice ale DGASPC ..... sunt autorizate și monitorizate ISCIR cu funcționare pe motorină, un alt combustibil lichid, cum solicită contestatorul, nefiind în măsură să facă față condițiilor climaterice în care funcționează centralele – zona de munte cu temperaturi foarte scăzute, coloana de transport exterioară și fără instalații auxiliare de preîncălzire, punctul de congelare pentru combustibilul respectiv (CLU) fiind de -8 grade Celsius.

De asemenea, autoritatea contractantă învederează faptul că nu își poate asuma schimbarea combustibilului pentru care au fost autorizate centralele, un astfel de demers putând conduce la defectarea lor, ceea ce ar însemna atât cheltuieli suplimentare, cât și rămânerea fără încălzire a beneficiarilor cazați în centrele DGASPC .....

În continuare, autoritatea contractantă amintește că, anterior, SC ..... SRL a mai formulat o contestație cu formă diferită dar același conținut, ce a fost respinsă de către CNSC, ca nefondată. Nemulțumit de această soluție, acesta a formulat plângere la Curtea de Apel Pitești, soluționată prin Decizia nr. 2070/R din 15 decembrie 2015, în sensul respingerii ei, ca nefondată, astfel încât, apreciază autoritatea contractantă, se ajunge și la autoritatea lucrului judecat, petenta încercând nerespectarea unor condiții care au fost odată judecate de către CNSC și instanță.

Față de situația contractului încheiat în anul 2018 în același condiții ca cele contestate în prezent, autoritatea susține că, fără niciun acord din partea beneficiarului, SC ..... SRL a livrat, pe parcursul derulării acestuia, un produs care, în urma unei analize chimice realizată de un terț specializat și omologat, s-a dovedit a nu fi

motorină, conform contractului, ajungându-se astfel la încetarea anticipată a contractului.

În concluzie, cu luarea în considerare și a referințelor tehnice prezentate și susținute de probatoriul depus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației în integritatea ei, atât în ceea ce privește motivele cât și cheltuielile de judecată.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect "Motorină", cod CPV 09134200-9 – Motorină (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN1058821/19.11.2019. Valoarea totală estimată a contractului ce urmează a fi atribuit este de 570.000,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire stabilit este „prețul cel mai scăzut". Deschiderea ofertelor a fost stabilită pentru 28.11.2019.

Împotriva documentației de atribuire, SC ..... SRL (consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 611 din Legea nr. 101/2016) a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Potrivit informațiilor disponibile în SEAP, respectiv Declarația participanților, la prezenta procedură au depus ofertă trei operatori economici, printre care și contestatorul, la acest moment procedura aflându-se în etapa de evaluare calificare/tehnică.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată că nemulțumirile contestatorului vizează, pe de o parte, lipsa clauzelor privind posibilitatea de ajustare a prețului contractului, iar, pe de altă parte, solicitarea anumitor parametri tehnici specifici motorinei euro 5, coroborat cu o imposibilitate de a identifica, în mod neechivoc, tipul de produs dorit a fi achiziționat.

Față de ambiguitatea pretinsă de contestator, se reține că, prin punctul de vedere transmis la dosarul cauzei, autoritatea contractantă a specificat faptul că produsul pe care dorește să-l achiziționeze este motorină euro 5 deoarece „instalațiile de alimentare și centralele termice pentru care DGASPC ..... achiziționează produsul funcționează cu Motorină Euro 5".

Se mai reține totodată că, în susținerea acestei afirmații, autoritatea contractantă a transmis la dosarul cauzei mai multe documente, printre care și un raport de verificări, încercări și probe, înregistrat la ISCIR, de unde rezultă că instalația de încălzire aflată în proprietatea sa, funcționează cu combustibil motorină. De asemenea, relevante vor fi reținute și apărările autorității, cu privire la acest aspect, conform cărora un alt tip de combustibil nu ar face față temperaturilor scăzute care se înregistrează în zona de munte unde se regăsesc centrele aflate în subordinea DGASPC ....., care vor folosi produsul achiziționat, coroborat cu lipsa unor instalații auxiliare de

încălzire a coloanei de transport aflată în exterior. Mai mult, a subliniat pertinent autoritatea, folosirea altui tip de combustibil ar putea conduce la defectarea instalațiilor de încălzire, situație care va conduce atât la cheltuieli suplimentare, cât și la afectarea beneficiarilor centrelor de asistență și îngrijire.

Relevante în soluționare vor fi reținute dispozițiile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, „*caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă 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*". Așadar, stabilirea parametrilor tehnici ai produsului ce urmează să fie achiziționat este atributul autorității contractante, ea fiind singura în măsură să cunoască necesitățile urmărite a fi satisfăcute prin procedura de achiziție organizată.

În contextul de fapt și de drept expus mai sus, Consiliul apreciază că nu se poate constata o eventuală încălcare a principiului eficienței utilizării fondurilor, cât timp specificațiile tehnice stabilite prin documentația de atribuire conduc spre achiziționarea unui produs potrivit nevoii autorității contractante.

În sprijinul contestației, autorul acesteia invocă o pretinsă încălcare a principiului eficienței utilizării fondurilor publice, dar, observă Consiliul, acest principiu nu presupune exclusiv achiziționarea celui mai ieftin produs, scopul atribuirii unui contract de achiziție publică presupunând însă și cumpărarea unui produs util, capabil să împlinească o nevoie a autorității contractante. Prin urmare, nu operatorul economic este cel care decide ce anume este potrivit și necesar, ci autoritatea contractantă, care cunoaște cel mai bine nevoile sale, justificate, în acest caz, de caracteristicile tehnice ale instalațiilor de încălzire aflate în proprietatea sa.

Consiliul este abilitat să verifice respectarea principiului eficienței utilizării fondurilor publice, însă această analiză este efectuată prin prisma necesității astfel cum a fost stabilită de autoritatea contractantă, iar nu cum este propusă de contestator, în speța de față, prin schimbarea produsului dorit de achizitor. De asemenea, prin contestație, autorul nu a fost în măsură să probeze, dincolo de orice dubiu, că produsul pe care îl propune este unul compatibil cu centralele/instalațiile de încălzire aparținând autorității, și că poate fi folosit în condiții optime. Cu alte cuvinte, este lipsit de importanță faptul că produsul propus este mai ieftin, dacă acesta nu este cel care corespunde necesității autorității contractante.

Pe de altă parte, verificând interesul contestatorului în promovarea acestei critici, Consiliul reține că, potrivit art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, „*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", de unde rezultă că autorul unei acțiuni în justiție trebuie să fie în măsură să justifice un interes în promovarea cererii sale. Interesul, indiferent că este moral şi/sau material, trebuie să îndeplinească cerinţele prevăzute expres la art. 33 din noul C.proc.civ, printre care se regăsește și condiția ca acesta să fie personal şi direct, adică folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii judiciare să aparțină celui care recurge la acțiune. Nu poate fi apărat prin contestație un interes general, deoarece interesul trebuie să aparțină contestatorului, să-i procure acestuia un beneficiu.

Or, în speța dedusă judecății, din argumentele cuprinse în contestație, se identifică, cel mult, doar un interes general, iar nu unul personal, direct al contestatorului, neputându-se reține un eventual risc ca reclamantul să fi fost lezat, cu atât mai mult cu cât nici nu se reclamă că aspectele criticate conduc la restricționarea participării la procedură. De altfel, așa cum s-a arătat mai sus, contestatorul se numără chiar printre societățile care au depus ofertă în cadrul procedurii.

Pe cale de consecință, critica analizată mai sus va fi respinsă.

În ceea ce privește condiția impusă prin documentația de atribuire referitoare la obligativitatea menținerii unui preț ferm, Consiliul reține că prezenta procedură are ca scop atribuirea unui contract de achiziție publică (cap. IV.1.3 din fișa de date) cu o durată de 12 luni (cap. II.2.7 din fișa de date).

Potrivit dispozițiilor art. 164 din HG nr. 395/2016:

„(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) În condiţiile art. 221 alin. (1) lit. e) din Lege, ajustarea preţului, fără a fi îndeplinite condiţiile prevăzute la alin. (2) şi (3), este aplicabilă direct în cazul în care au loc modificări legislative sau au fost emise de către autorităţile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunţarea la anumite taxe/impozite locale, al căror efect se reflectă în creşterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat preţul contractului.

(5) În orice situaţie, preţul contractului poate fi ajustat doar în măsura strict necesară pentru acoperirea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat preţul contractului.

(6) Modul de ajustare a preţului contractului de achiziţie 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 câştigător în urma finalizării respectivei proceduri, cu excepţia cazului prevăzut la alin. (5).

(7) Autoritatea contractantă are dreptul să includă clauze de ajustare/revizuire a preţului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele care se derulează pe o perioadă ce depăşeşte 6 luni.

(8) Autoritatea contractantă este obligată să includă clauze de ajustare/revizuire a preţului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele care se derulează pe o perioadă ce depăşeşte 24 luni."

Din economia dispozițiilor anterior expuse rezultă că doar în situația unui contract care urmează să fie atribuit pe o perioadă mai mare de 24 de luni, autoritatea contractantă este obligată să includă în contract clauze de ajustare/revizuire a prețului. Or, așa cum s-a arătat mai sus, contractul de față are o durată mai mică, de doar 12 luni, astfel că nu se poate reține un eventual comportament nelegal/abuziv al autorității contractante, sub acest aspect.

Cât privește exemplele oferite de contestator în susținerea acestei critici, din probatoriul administrat, Consiliul observă că rezilierea contractului semnat cu aceeași autoritate contractantă nu a avut la bază o creștere a cotației bursiere a produsului contractat, ci, așa cum rezultă din expunerea de motive din cuprinsul corespondenței purtate cu autoritatea contractantă, emisă de SC ..... SRL sub nr. 2827/2018, a fost cauzată de intrarea în vigoare a Ordinului ANAF nr. 1960/2018, așadar, de o modificare legislativă, situație pe care însă legiuitorul a înțeles să o reglementeze conform alin. (4) citat mai sus, „În condiţiile art. 221 alin. (1) lit. e) din Lege [Contractele de achiziţie publică/Acordurile- cadru pot fi modificate, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, în următoarele situaţii:… e) atunci când modificările, indiferent de valoarea lor, nu sunt substanţiale;], ajustarea preţului, fără a fi îndeplinite condiţiile prevăzute la alin. (2) şi (3), este aplicabilă direct în cazul în care au loc modificări legislative sau au fost emise de către autorităţile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunţarea la anumite taxe/impozite locale, al căror efect se reflectă în creşterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat preţul contractului".

Pe cale de consecință, nefiind identificate prevederi legale pe care autoritatea contractantă să le fi nesocotit la momentul stabilirii cerinței reclamate, Consiliul reține caracterul neîntemeiat și al acestei critici.

Trimiterile autorității contractante la jurisprudența Consiliului și a instanței de judecată au fost reținute ca apărări pe fond, dat fiind că autoritatea contractantă nu a înțeles să invoce explicit vreo excepție.

Luând în considerare cele anterior expuse, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată,

contestația SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., în calitate de autoritate contractantă.

Cererea contestatorului de plată a cheltuielilor de judecată, Consiliul o va respinge, ținând cont de dispozițiile art. 26 alin. (9) din același act normativ, întrucât nu s-a reținut culpa procesuală în sarcina autorității contractante.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din Legea nr.101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., în calitate de autoritate contractantă.

Respinge cererea contestatorului de plată a cheltuielilor de judecată.

Obligatorie.

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare 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.

PREȘEDINTE COMPLET, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
..... **.....** **.....**

…..