



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. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 695/29.04.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 26999/30.04.2024, depusă de ... SRL, cu sediul în comuna ..., cu adresa de corespondență în comuna ..., având CUI RO... și număr de înregistrare în Registrul Comerțului ..., reprezentată prin avocat ..., privind procedura de licitație deschisă, organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, reprezentată convențional prin SCA ..., cu sediul în ..., în vederea atribuirii contractului având ca obiect furnizare *Combustibili auto*, cod CPV 09100000-0-Combustibili (Rev.2), contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante să ia măsuri de remediere, în sensul: eliminării condiției de ajustare a prețului în baza prețului unei stații pecc din municipiul ..., ora 11:00; eliminării cerinței ca motorină livrată să provină doar de la o rafinărie; eliminării cerințelor/criteriilor privind densitatea mai mare, având în vedere că se solicită un bun standardizat, iar entitatea contractantă nu a dovedit avantajul urmărit; introducerii unui proiect de contract public conform modelului aprobat de ANAP la nivel național; eliminării obligativității soluționării litigiilor prin arbitraj; corelării cerințelor tehnice ale motorinei cu cele din SR EN 590.

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 ... SRL critică unele prevederi ale documentației de atribuire, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea precizează că, în cuprinsul întregii documentații, se regăsesc o serie de cerințe/condiții restrictive și nelegale, apte să îi încalce interesele legitime.

1. Formula de ajustare a prețului (esența oricărui contract public) nu este legală.

Utilizarea ca referință a prețului unei stații peco din municipiul ..., la ora 11:00, este unică în analele de profil. Prețul unei stații peco nu este cotație relevantă sau indice statistic.

Redă, în extras, punctul 8 din caietul de sarcini.

În susținerea afirmațiilor sale, invocă art. 243¹ din Legea nr. 99/2016.

Menționează că, în primul rând, piața de retail este condusă după reguli bazate pe o economie de piață liberă și nu poate constitui un etalon referențial (așa cum arată și Consiliul Concurenței).

Contestatoarea redă extras de pe site-ul www.consiliulconcurenței.ro, ce prezintă informații despre platforma Monitorul Prețurilor Carburanților.

Din lecturarea informațiilor de mai sus, rezultă că :

- informațiile publicate pe site sunt doar cu titlu informativ;
- prețul depinde de strategia comercială a magazinului;
- nu toți producătorii publică informații pe site.

Obligarea unui comerciant en-gros să își ajusteze prețul de vânzare în funcție de prețul practicat de o anumit magazin comercial/stație peco aduce atingere liberei și legalei concurențe între operatori, fiind contrară legii.

În al doilea rând, sunt producători de motorină sau importatori care nu dețin stații în municipiul ..., cum impune caietul de sarcini.

Condiția impusă restrânge drastic concurența și o afectează direct.

Solicită ca achizitoarea să renunțe la cerința prin care ajustarea "se va face în funcție de prețul furnizor valabil la stația de referință din municipiul ... la care se comercializează motorină produsă de producătorul din ofertă (stație ce va fi indicată în ofertă), urmând să utilizeze orice formulă legală.

2. Obiectul procedurii este reprezentat de motorină euro 5, produs standardizat.

Redă, în extras, punctul 2 *Condiții tehnice* din caietul de sarcini, precum și cap. II.2.5 *Criterii de atribuire* din fișa de date.

Totodată, invocă art. 38 Hotărârea Guvernului nr. 394/2016.

Contestatoarea precizează că, în caietul de sarcini, se arată:

2.4.1 Criterii financiare: 80% din punctaj, după cum urmează:

1.1.1.a) 45% - discount-ul acordat, exprimat în lei/litru fără TVA pentru motorină livrată vrac, valabil pe toată durata contractului;

I.1.1.b) 5% - discount-ul acordat, exprimat în lei/litru fără TVA pentru combustibilul achiziționat cu Carduri de Combustibil Personalizate, valabil pe toată durata contractului;

I.1.1.c) 30% - prețul fix, exprimat în lei fără TVA, acordat pentru motorină livrată vrac pentru primele 30 de zile de la începerea executării contractului (de la plasarea primei comenzi)

2.4.3 Criterii tehnice: 20% din punctaj, după cum urmează:

I.1.1.c.a) 10% - valoarea densității motorinei de vară;

I.1.1.c.b) 10% - valoarea densității motorinei de iarnă.

În timp ce motorina are o densitate relativă (și nu fixă) între 0,820 kg/mc și 0,845 kg/mc, este evident că toți ofertanții vor depune oferte cu o densitate cât mai mare.

Pe parcursul derulării contractului este firesc ca motorina livrată să aibă densități relative și aleatorii, fapt ce va permite entității contractante să oblige un eventual câștigător incomod să livreze doar motorină cu densitate ofertată, ceea ce practic este imposibil, creând deja premisele unei imposibilități de executare contractuală.

Consideră că, pentru alegerea unui punctaj tehnic ca pondere în preț (cum este densitatea relativă), entitatea contractantă nu a dovedit și nu poate dovedi avantajul corect pe care îl obține, fiind doar un factor de natură a distorsiona rezultatul procedurii.

Solicită ca achizițtoarea să renunțe la acest factor de evaluare, în lipsa dovedirii unui avantaj cert pe care îl poate obține.

3. Reiterează că obiectul procedurii este un bun fungibil, standardizat.

Se solicită ca motorină livrată să provină doar de la un singur producător. Cerința este nelegală și va avantaja un anumit producător, în detrimentul altuia.

Solicită să se renunțe la această cerință, având în vedere că se solicită motorină euro 5, SR EN 590/2022, și nu motorină fabricată de rafinăria X.

4. Entitatea contractantă publică un model de contract care se află cu totul în afara modelului cadru stabilit la nivel de ANAP.

Contestatoarea critică art. 11.3 și 11.4 din contractul cadru.

Achizițtoarea, pentru nerespectarea acestor condiții (minimum 3 încălcări), va rezilia contractul, deși nu există vreun prejudiciu cauzat.

Consideră că s-au introdus clauze doar cu scopul distorsionării concurenței și creării unui vădit avantaj contractual în favoarea achizițtoarei.

Precizează că, pentru nerespectarea condițiilor contractuale, există constituită garanție de bună execuție, asupra căreia entitatea contractantă poate emite pretenții în limita prejudiciului creat.

Toate cerințele impuse prin contract îi dau dreptul achizițtoarei să acționeze discreționar și subiectiv, chiar și în lipsa unei pagube.

Or, legislația achizițiilor publice reglementează fără echivoc situațiile prin care o autoritate își poate recupera pagubele suferite și sancționa nerespectarea obligațiilor contractuale.

Redă, ca exemplu, modelul cadru ANAP cu privire la încetarea contractului.

Consideră că toate condițiile/cerințele pe care achizitoarea și le rezervă/le impune în scopul rezilierii contractuale sunt în afara legislației achizițiilor publice.

Solicită ca entitatea contractantă să respecte întocmai modelul cadru aprobat de ANAP la nivel național.

5. Se impune ca orice litigiu să fie soluționat prin arbitraj

Contestatoarea critică art. 19.2 din modelul de contract.

Arată că Legea nr. 101/2016 nu prevede obligativitatea soluționării litigiilor prin arbitraj, o procedura oneroasă și facultativă, ci arată că părțile pot conveni.

Pe de altă parte, conform acestei cerințe, s-ar impune ca și acțiunile privind nulitatea contractului să fie soluționate prin arbitraj, aspect interzis de lege.

Solicită ca entitatea contractantă să accepte ca orice situație litigioasă să fie soluționată de instanțele jurisdicționale/judecătorești.

6. Analizând parametrii tehnici ai motorinei solicitate, constată că entitatea contractantă a modificat standardul de motorină, inserând anumite limite care nu corespund SR EN590.

7. Contestatoarea arată că, între societatea sa și entitatea contractantă, există deja un contract de achiziție publică pentru perioada curentă în care achizitoarea a dispus o nouă procedură cu obiect identic.

Deși a cerut clarificări, nu s-a primit răspuns în interiorul termenului legal de contestare.

Redă conținutul solicitărilor de clarificare adresate entității contractante.

Pentru motivele antemenționate, solicită Consiliului să admită contestația și să oblige entitatea contractantă să ia măsuri de remediere.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 27833/08.05.2024, entitatea contractantă formulează punctul său de vedere asupra contestației, prin care solicită respingerea contestației.

I. Sunt precizate câteva aspecte privind procedura de achiziție.

II. Clarificarea situației de fapt legate de procedura anterioară de achiziție de combustibili

III. Entitatea contractantă susține că este neîntemeiată contestația.

1. În privința erorilor din tabelul de la pagina 11 din formularul cadru pentru propunerea tehnică, acestea au fost eliminate, fiind publicat un nou formular-cadru în data de 07.05.2024, fiind eliminat orice potențial echivoc cu privire la pretinsa derogare de la standardul SR EN 590/2022. Motorina solicitată trebuie, cum rezultă din caietul de sarcini, să se încadreze în prevederile standardului indicat.

În aceste condiții, motivul de contestație privitor la pretinsa derogare de la standardul SR EN 590/2022 (pct. 6 din contestație) rămâne fără obiect.

În ce privește restul contestației, achizitoarea expune argumentele pentru respingerea motivelor ca neîntemeiate:

(i) Ajustarea prețului prin raportare la prețul practicat la stația de referință din Municipiul ... este legală

Potrivit clauzei 8 din caietul de sarcini, prețul pentru primele 30 de zile de la începerea executării contractului va fi cel prevăzut în ofertă, neputând fi modificat. Ulterior expirării celor 30 de zile, prețul va varia la fiecare comandă, în funcție de prețul practicat la stația de referință din municipiul ..., menționată în cadrul ofertei.

Furnizorul va vinde motorina la prețul de piață (la care va aplica discount-ul ofertat) din ziua comenzii, de la ora 11:00.

În primul rând, alegerea unei stații de referință pentru ajustarea prețului nu este nouă, fiind existentă, în esență cu același sens, și în precedenta procedură de achiziție, la pct. 5.1 din contract.

... nu a contestat ajustarea prețului prin raportare la prețul de la o pompă de referință. Consiliul a analizat această clauză în privința posibilității de verificare a prețului de la pompa furnizorului prin Decizia nr. 13 și a stabilit că este legală. Deși verificarea legalității nu a vizat mecanismul de ajustarea a prețului în sine, dacă acesta era ilegal ar fi fost, implicit, ilegală și prevederea privind posibilitatea de a verifica modificarea prețului prin raportare la pompa de referință. Decizia prin care s-a soluționat plângerea ... a menținut soluția din Decizia Consiliului.

În al doilea rând, contrar afirmației contestatoarei, nu se impune ofertanților să dețină o stație în municipiul ... și nu se limitează concurența. S-a solicitat ca stația de referință din municipiul ... să comercializeze motorină de la producătorul din oferta tehnică, producător de la care va trebui, în mod obligatoriu, să se și furnizeze motorina pe durata desfășurării contractului (aspect ce a făcut obiectul analizei Consiliul în Decizia nr. 13 și confirmat de instanță).

Prin urmare, stația nu trebuie să fie deținută de furnizor, ci doar să comercializeze combustibil produs de același producător de la care se furnizează motorina către achizitoare. Astfel, spre exemplu, dacă oferta câștigătoare este pentru combustibil produs de Lukoil, stația de referință trebuie să vândă combustibil Lukoil.

Entitatea contractantă a stabilit ca stația de referință să se afle în municipiul ... pentru că aceasta este localitatea în care se află sediul său, fiind logic să se aleagă o stație, deci un preț de referință, relevant pentru aceasta. Prețul practicat la o stație de combustibil din Târgu Mureș, spre exemplu, nu va fi relevant pentru achizitoare, a cărei activitate se desfășoară preponderent în municipiul ... și în împrejurimile acestuia,

fiind firesc ca și prețul combustibilului să se coreleze cu celelalte condiții în care își desfășoară activitatea.

De asemenea, din moment ce furnizorul trebuie să asigure posibilitatea alimentării pentru autoturismele achizitoare în orice municipiu din România, pe baza cardurilor de combustibil, este firesc ca această posibilitatea să existe și în municipiul Cu alte cuvinte, ofertantul care poate îndeplini această condiție poate să indice și o stație de referință din municipiul ... și, invers, dacă nu poate asigura alimentarea în orice municipiu al țării, inclusiv în ..., nu va îndeplini criteriile pentru o ofertă conformă, chiar dacă s-ar accepta să aibă stația de referință în altă localitate.

Dintr-o altă perspectivă, în municipiul ... sunt prezenți toți producătorii de pe piața de combustibil din România, nefiind în prezența unei cerințe restrictive care să limiteze concurența. Astfel, nu sunt încălcate cerințele art. 166 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 și nu se încalcă concurența, cerința fiind justificată față de sediul entității și fiind proporțională.

În al treilea rând, prețul nu se stabilește potrivit site-ului „Monitorul Prețurilor Carburanților”, ci după prețul de la pompă. Site-ul este utilizat exclusiv pentru verificarea prețului prezentat de furnizor în documentele justificative emise pentru ajustarea și plata prețului. În acest mod, se poate verifica că prețul contractului se ajustează în funcție de prețul de piață, furnizorul neputând stabili un preț arbitrar. Posibilitatea de verificare a modului de ajustare a prețului a fost confirmată de Consiliu prin Decizia nr. 13 și de instanță.

Astfel, furnizorul nu este obligat să își modifice prețul după cel afișat pe site, cum afirmă în mod absurd contestatoarea, ci doar să aibă în vedere că prețul practicat va fi verificat în funcție de cel afișat pe site, trebuind să asigure raportarea corectă către această platformă.

În ce privește referirea contestatoarei la art. 243¹ alin. (3) din Legea nr. 99/2016, aceasta exemplifică doar buletinele statistice sau cotațiile burselor de mărfuri, nefiind obligatoriu ca prețul să fie modificat exclusiv în funcție de acest fel de surse de informații.

(ii) Criteriul de calitate privind densitatea motorinei este corect

Contestatoarea susține că criteriul privind densitatea motorinei ar fi nelegal, din moment ce achizitoarea nu a demonstrat ce avantaj obține prin achiziționarea unei motorine cu densitate mai mare.

În primul rând, trebuie menționat că motorina livrată nu va trebui să fie de o densitate egală sau mai mare cu cea din probele de lot depuse pentru evaluare, ci va trebui să se încadreze în standardul SR EN 590/2022 și în specificațiile produsului furnizate de la producător. Acest mod de executare a contractului este bazat pe considerentele instanței din dosarul nr. 46/42/2024, care a stabilit că nu se poate limita densitatea motorinei la cea prezentată pentru un anumit lot de motorină.

Prin urmare, entitatea contractantă precizează că susținerile contestatoarei referitoare la posibilitatea de a se crea dispute în viitor prin utilizarea densității motorinei drept criteriu tehnic de departajare sunt neîntemeiate.

În al doilea rând, densitatea motorinei a reprezentat un criteriu tehnic de atribuire și pentru achiziția de motorină demarată în anul 2023, Consiliul analizând acest criteriu și găsindu-l valabil.

De altfel, entitatea contractantă susține că este obligată să includă un criteriu de evaluare calitativ, potrivit art. 209 alin. (3¹) din Legea nr. 99/2016, criteriul densității motorinei fiind cel mai relevant.

(iii) Solicitarea ca motorina livrată să provină de la producătorul indicat în ofertă este legală

Contestatoarea afirmă în mod greșit că, prin solicitarea ca motorina livrată să provină de la producătorul din ofertă, s-ar avantaja un anumit producător și că motorina fiind fungibilă poate livra motorină din orice sursă, dacă ar câștiga achiziția.

... arată că această problemă a fost deja tranșată de Consiliu și de instanță în sensul susținut de aceasta, și anume că este obligatoriu ca motorina livrată să provină de la producătorul indicat în ofertă.

Curtea de Apel Ploiești a confirmat concluziile Consiliului.

Ca atare, entitatea afirmă că, deși este perfect conștientă de netemeinicia motivelor sale de contestație, din moment ce a fost parte în cauzele care au vizat motive identice ce au fost infirmate de Consiliu și instanță, contestatoarea reiterează aceste motive de contestație.

În esență, astfel cum deja s-au pronunțat Consiliul și instanța, propunerea tehnică va fi formulată pe baza combustibilul produs de un anumit producător, față de care se vor verifica cerințele privind standardele de producție și specificațiile tehnice ale produsului.

Se va determina astfel, în primul rând, dacă oferta este admisibilă și, în al doilea rând, se va determina punctajul tehnic. În aceste condiții, nu se poate livra apoi combustibil de la orice producător, față de care nu s-au făcut verificări și care nu a făcut obiectul ofertei.

(iv) Modelul de contract și clauza 11.3 sunt legale

Contestatoarea consideră că modelul de contract publicat ar fi nelegal pentru că nu ar respecta modelul de contract publicat de ANAP. Aceasta face referire la clauza 11.3 din contract și susține că achiziția ar putea rezilia contractul discreționar, fără existența unui prejudiciu, pentru repararea căruia ar avea oricum acces la garanția de bună execuție.

În primul rând, clauza 11.3 este cvasi-identică cu cea din contractul analizat de Consiliu prin Decizia nr. 13 și de instanță în cadrul plângerii. Ambele autorități au validat această clauză.

Astfel, clauza 11.3 din contract vizează clarificarea mecanismului de sancționare pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor,

reglementându-se un mecanism echilibrat și previzibil pentru reziliere, inclusiv un termen de remediere acordat părții care a încălcat contractul.

În al doilea rând, dreptul la reziliere (dreptul, nu obligația, pentru că orice creditor optează între reziliere sau executarea contractului) nu depinde de existența și întinderea prejudiciului, deși o încălcare a contractului care dă dreptul la reziliere, de cele mai multe ori, va presupune un prejudiciu.

Existența garanției de bună execuție asigură recuperarea facilă a prejudiciului, dar recuperarea prejudiciului nu exclude rezilierea. Din contră, de cele mai multe ori, în caz de reziliere sunt datorate și daune-interese.

În al treilea rând, modelul de contract publicat de ANAP este un model, un document cu caracter orientativ, nu un document obligatoriu pentru entitățile contractante. De altfel, conținutul clauzei 11.3 este același cu cel din modelul ANAP (este consacrat dreptul la reziliere pentru încălcări neremediate ale contractului, fiind listate încălcările care dau dreptul la reziliere), adaptat la specificul contractului.

(v) Soluționarea disputelor prin arbitraj este valabilă

Contestatoarea susține că nu ar fi legală clauza arbitrală din contract pentru că Legea nr. 101/2016 nu prevede obligativitatea arbitrajului, ci că părțile pot conveni să soluționeze litigiile în cadrul arbitrajului.

Or, convenția arbitrală se încheie în momentul încheierii contractului între achizitoare și ofertantul câștigător, existând un acord cu privire la arbitraj, la fel cum există un acord cu privire la toate celelalte condiții contractuale.

Validitatea contractului poate, de asemenea, să fie analizată în arbitraj, neexistând niciun motiv pentru excluderea acestei problematice, în condițiile în care art. 56 din Legea nr. 101/2016 prevede și „încheierea” contractului printre problemele ce pot fi supuse arbitrajului. Încheierea contractului implică validitatea acestuia, pentru că nu se poate vorbi de un contract încheiat, atât timp cât acesta este nul. În orice caz, dacă o anumită problemă ce ar putea apărea se va dovedi nearbitrabilă potrivit legii, se va putea invoca excepției necompetenței tribunalului care, dacă o va admite, va declina competența către instanță.

Principala nemulțumire a contestatoarei pare să fie aceea că arbitrajul ar fi mai costisitor decât recurgerea la instanță.

Or, entitatea contractantă afirmă că a indicat că tribunalul va fi format dintr-un arbitru unic, ceea ce reduce semnificativ costurile, față de un complet format din 3 arbitri.

De asemenea, ipoteza acestor dispute ar fi cea guvernată de art. 53 și următoarele din Legea nr. 101/2016, iar art. 56 din această lege prevede o taxă de timbru de 2% din valoarea cererii, adică 2% din valoarea contractului de 15.988.500 lei, fără TVA. Taxa de timbru s-ar

ridica, astfel, la 319.770 lei, pe când taxa arbitrală s-ar ridica la 144.619 lei (inclusiv TVA), deci jumătate din taxa de timbru.

Mai mult, arbitrajul este mai rapid și mai eficient, reducând costurile printr-o decizie definitivă primită după o singură etapă de judecată, spre deosebire de parcurgerea a două etape de jurisdicție.

În ce privește motivele de contestație de la pct. 6 și 7, TRANS BUS SA ... precizează că a corectat documentul ce conținea tabelul cu parametri tehnici eronați, diferiți de cei din SR EN 590/2022, motivul de contestație rămânând fără obiect; a explicat în punctul de vedere că nu a fost încheiat niciodată un contract cu ... pentru perioada curentă.

Pentru motivele menționate, ... SA ... solicită respingerea contestației.

Documentele necesare soluționării cauzei au fost transmise prin e-mail, cu adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 27833/08.05.2024, precum și în format letric, prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 28440/09.05.2024.

Prin adresa nr. V789/"26.04.2024", înregistrată la Consiliu cu nr. 30898/20.05.2024, contestatoarea transmite răspuns la punctul de vedere al entității.

Entitatea contractantă transmite, prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 31594/22.05.2024, concluzii scrise având în vedere susținerile contestatoarei transmise în 17.05.2024.

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

..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului având ca obiect furnizare *Combustibili auto*, cod CPV 09100000-0-Combustibili (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN.../17.04.2024. Valoarea estimată a contractului este de 15.988.500,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire aplicat este „cel mai bun raport calitate-preț”, data limită pentru depunerea ofertelor fiind 20.05.2024. Din extrasul din SEAP anexat de achizițoare concluziilor scrise rezultă că ... SRL s-a înscris în procedură, însă nu a depus ofertă de preț. A fost depusă ofertă de către ... SRL.

Nemulțumită de unele prevederi ale documentației de atribuire, ... SRL a înaintat contestația în analiză.

Societatea a constituit cautiunea în sumă de 319.770,00 lei, conform prevederilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 210202617/1 din 07.05.2024, eliberată de CEC Bank, Sucursala Ploiești.

Trecând la soluționarea contestației, Consiliul constată că aceasta cuprinde critici cu privire la cerințe din caietul de sarcini și din formularul de contract.

Astfel, o primă critică privește modalitatea de ajustare a prețului.

În caietul de sarcini la **pct. 8. Ajustarea prețului** s-a prevăzut:

Prețul contractului va fi cel din oferta declarată câștigătoare și va fi menținut 30 de zile de la începerea executării contractului prin plasarea primei comenzi.

După cele 30 de zile, ajustarea prețului se va face în funcție de prețul furnizor valabil la stația de referință din municipiul ... la care se comercializează motorină produsă de producătorul din ofertă (**stație ce va fi indicată în ofertă**). Ajustarea se va face în conformitate cu prevederile art. 236 din Legea nr. 99/2016, art. 115 alin. (1) lit. c), art. 116 alin (6) și art. 158 din Hotărârea nr. 394/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Prețul de la stația de referință pentru ajustare va fi prețul practicat la respectiva stație la ora 11:00 în data plasării comenzii de către beneficiar, preț ce va fi verificat pe baza prețului afișat pentru pompa respectivă la ora respectivă pe site-ul <https://monitorulpreturilor.info/Home/Gas> platforma oficială aparținând Consiliului Concurenței. Dovada prețului de pe site-ul <https://monitorulpreturilor.info/Home/Gas> va fi reprezentată de un print-screen făcut de angajații entității contractante.

Prin contestație s-a susținut că informațiile publicate pe site sunt doar cu titlu informativ; prețul depinde de strategia comercială a magazinului; nu toți producătorii publică informații pe acest site.

Obligarea unui comerciant en gros să își ajusteze prețul de vânzare în funcție de prețul practicat de o anumită magazin comercial/stație peco, aduce atingere liberei și legalei concurențe între operatori, fiind contrară legii.

În al doilea rând, sunt producători de motorină sau importatori (cum este și societatea noastră) care **nu dețin stații în mun. ...**, așa cum impune caietul de sarcini.

În punctul său de vedere, entitatea contractantă a explicat că nu se impune ofertanților să dețină o stație în Municipiul ... și nu se limitează concurența. Subscrisa a solicitat ca stația de referință din Municipiul ... să comercializeze motorină de la producătorul din oferta tehnică, producător de la care va trebui, în mod obligatoriu, să se și furnizeze motorina pe durata desfășurării contractului (aspect ce a făcut obiectul analizei Consiliul în Decizia nr. 13 și confirmat de instanță).

Prin urmare, stația nu trebuie să fie deținută de furnizor, ci doar să comercializeze combustibil produs de același producător de la care se furnizează motorina către subscrisa. Astfel, spre exemplu, dacă oferta câștigătoare este pentru combustibil produs de Lukoil, stația de referință trebuie să vândă combustibil Lukoil.

Subscrisa a stabilit ca stația de referință să se afle în Municipiul ... pentru că aceasta este localitatea în care se află sediul subscrisei, fiind logic să se aleagă o stație, deci un preț de referință, relevant pentru aceasta.

Se reține, de asemenea că, în caietul de sarcini, s-a prevăzut: D. Cardurile de Combustibil Personalizate trebuie să permită **alimentarea în oricare municipiu de pe teritoriul României**. Se va prezenta o listă a stațiilor PECO disponibile la nivel național în acest sens.

În clarificarea publicată în SEAP în data de 09.05.2024, la întrebarea 1. Exista producători/importatori de motorină, ce activează legal pe piața din România, ce nu dețin stații peco în mun. Aceștia au voie să participe la licitație? entitatea contractantă a răspuns:

Caietul de sarcini prevede cerința ca ofertantul să asigure posibilitatea alimentării, în baza cardurilor de combustibil, în orice Municipiu din România, inclusiv în Municipiul

De asemenea, ofertantul trebuie să indice o stație de alimentare cu carburant din Municipiul ... care comercializează combustibil produs de producătorul indicat în oferta (de la care se va livra motorina pe parcursul derulării contractului) pentru ajustarea prețului.

Caietul de sarcini nu prevede obligativitatea detinerii de catre ofertant a unei statii in Municipiul ... sau in alt municipiu din Romania, ci doar indeplinirea conditiilor mentionate mai sus;

la întrebarea 2: Formula de ajustare a pretului are in vedere pretul de pompa practicat la o anumita ora, la anumite statii peco din mun ... apartinand producatorului motorinei oferate. Legea arata ca pentru ajustare pretului se utilizeaza indici statistici sau cotationi ale burselor de marfuri si nu pretul furnizorului/producatorului marfii. Cum se va ajusta pretul daca un operator va oferta motorina importata din India(de ex, asa cum exista pe piata la ora ac), iar prod. indian nu are statii in mun BZ?

s-a răspuns: Legea nr. 99/2016 face o referire exemplificativa la indici statistici sau cotationi ale burselor de marfuri („cum ar fi buletine statistice sau cotationi ale burselor de marfuri”), acestea nefiind singurele surse de informatii acceptabile pentru ajustarea preturilor.

Daca motorina este importata de la un producator din India, ofertantul trebuie sa indice statia de referinta din Municipiul ... unde se comercializeaza motorina de la producatorul respectiv, pentru ajustarea pretului.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată a fi pertinente cele susținute de organizatoarea procedurii, în sensul în care, contrar susținerilor contestatoarei, nu este limitată concurența prin impunerea ajustării prețului în funcție de prețul furnizor valabil la stația de referință din municipiul ... la care se comercializează motorină produsă de producătorul din ofertă (**stație ce va fi indicată în ofertă**), cerința nefiind ca producătorii sau importatorii de motorină să **dețină stații** în municipiul ..., ci ca ajustarea prețului să se raporteze la prețul din stația de referință din municipiul ... care comercializează motorină de la producătorul din oferta tehnică.

Nefiind criticate cerințele prevăzute în caietul de sarcini potrivit căroră achiziția în cauză presupune alimentarea autoturismelor societății, pentru care se vor pune la dispoziție 7 Carduri de alimentare personalizate, câte unul pentru fiecare vehicul, număr ce se poate suplimenta la cererea Entității Contractante; Cardurile de Combustibil Personalizate trebuie să permită **alimentarea in oricare municipiu de pe teritoriul României**, o măsură de remediere a formulei de ajustare a prețului nu se impune.

Formula de ajustare privește o stație de referință din municipiul ... care comercializează motorină de la producătorul din oferta tehnică, formulă corelată cu cerința privind posibilitatea alimentării în oricare municipiu de pe teritoriul României.

Astfel fiind, se constată caracterul nefondat al criticii mai sus cercetate.

Vizavi de dovada prețului de pe site-ul <https://monitorulpreturilor.info/Home/Gas>, Consiliul reține că, în punctul său de vedere, entitatea contractantă a explicat următoarele: prețul nu se stabilește potrivit site-ului „Monitorul Prețurilor Carburanților”, ci după prețul de la pompă. Site-ul este utilizat exclusiv pentru **verificarea prețului prezentat de furnizor în documentele justificative** emise pentru ajustarea și plata prețului. În acest mod, subscrisa poate verifica că prețul contractului se ajustează în funcție de prețul de piață, furnizorul neputând stabili un preț arbitrar pentru subscrisa. Posibilitatea de verificare a modului de ajustare a prețului a fost confirmată de Consiliu prin Decizia nr. 13 și de instanță.

Astfel, furnizorul nu este obligat să își modifice prețul după cel afișat pe site, așa cum afirmă în mod absurd contestatoarea, ci doar să aibă în vedere că prețul

practicat **va fi verificat în funcție de cel afișat pe site, trebuind să asigure raportarea corectă către această platformă.**

Într-adevăr, pe site-ul Consiliului Concurenței, se regăsește documentul Monitorul Prețurilor Carburanților_iulie 2019, în care se arată că Platforma „Monitorul Prețurilor Carburanților” afișează, momentan, prețurile carburanților (benzină, motorină și GPL) practicate de cele mai mari rețele de benzinării, respectiv OMV, Petrom, Rompetrol, Mol, Lukoil, Socar și Gazprom, la nivelul întregii țări. În urma lansării, unii distribuitori independenți de carburanți și-au exprimat interesul pentru a adera la platformă, iar în prezent se derulează discuții pentru introducerea acestora în baza de date și afișarea prețurilor carburanților pe platformă, însă, întrucât cerința privește doar posibilitatea de verificare a prețului, cum a explicat achizitoarea, fiind și o platformă cu mulți utilizatori, eliminarea cerinței nu se impune.

Contrar susținerilor petentei, nu rezultă din modul de redactare a cerinței criticate că achizitoarea obligă un comerciant en-gros să își ajusteze prețul de vânzare în funcție de prețul practicat de un anumit magazin comercial/stație peco, interpretarea autoarei contestației fiind eronată, pentru motivele expuse.

O a doua critică din contestație privește factorii de evaluare.

Se reține că, în caietul de sarcini, s-a prevăzut:

2.4.2 Evaluarea ofertelor financiare

Evaluarea ofertelor din punctul de vedere al criteriilor financiare se va efectua după cum urmează:

pentru criteriul 2.4.1.a cel mai mare discount exprimat în lei/litru fără TVA va obține cel mai mare punctaj. Celelalte oferte vor obține punctajul $P(n)$ proporțional, după formula $P(n) = (Discount_n \times 45) / Discount_{maxim}$;

pentru criteriul 2.4.1.b cel mai mare discount exprimat în lei/litru fără TVA va obține cel mai mare punctaj. Celelalte oferte vor obține punctajul $P(n)$ proporțional, după formula $P(n) = (Discount_n \times 5) / Discount_{maxim}$;

pentru criteriul 2.4.1.c cel mai mic preț exprimat în lei fără TVA va obține cel mai mare punctaj.

Celelalte oferte vor obține punctajul $P(n)$ proporțional, după formula $P(n) = (Preț_{minim} / Preț_n) \times 30$.

2.4.3 Criterii tehnice: 20% din punctaj, după cum urmează:

a) 10% - valoarea densității motorinei de vară;

b) 10% - valoarea densității motorinei de iarnă.

2.4.4 Evaluarea ofertelor tehnice

Pentru ofertele tehnice se acordă 0,4 puncte pentru fiecare kg/m³ între valorile minime și maxime prevăzute în standardul SR EN 590/2022 (între 820 și 845 kg/m³). Astfel, pentru o densitate de 821 kg/m³ se va acorda un punct, iar pentru o densitate de 845 kg/m³ sau peste se acordă maximul de 10 puncte.

Ofertele care nu se încadrează în cerințele de calitate ale caietului de sarcini vor fi respinse ca **NECONFORME**.

În clarificarea publicată în SEAP în data de 09.05.2024, la întrebarea 3: Rugam precizați dacă în cazul în care se va oferta motorina cu dens maximă de 0,845 kg/mc, este obligatoriu a se livra doar motorina cu densitatea de 0,845 kg/mc? Se poate livra motorina și cu dens de 0,825 kg/mc, care se afla în standard (de ex)? Doriți să achiziționați un produs UNIC sau unul standardizat/fungibil?

s-a răspuns: Motorina ce va fi efectiv livrata in executarea contractului trebuie sa se incadreze in prevederile standardului SR EN 590/2022 si sa fie adecvata conditiilor de anotimp si temperatura exterioara, fara a fi obligatorie livrarea unei motorine cu aceeaasi densitate precum cea din oferta.

Așadar, contrar susținerilor contestatoarei, Motorina ce va fi efectiv livrata in executarea contractului trebuie sa se incadreze in prevederile standardului SR EN 590/2022, nefiind obligatorie livrarea motorinei cu aceeași densitate cu cea din ofertă.

În ceea ce privește avantajele obținute de achizitoare, entitatea contractantă a explicat că acest criteriu este cel mai relevant ca și criteriu de evaluare calitativ.

Față de cele de mai sus, având în vedere că există anumite limite minime și maxime pentru densitatea motorinei este evident interesul achizitoare de a desemna câștigătoare oferta care propune o densitate cât mai mare pentru motorină, aceasta obținând cel mai mare punctaj.

Astfel fiind, sunt nefondate criticile contestatoarei.

În ceea ce privește ofertarea produsului de la un singur producător, se reține că, prin clarificarea din 09.05.2024, la întrebarea 4: Motorina este un bun standardizat la nivel european si fungibil. Rugam arătați motivul si TEMEIUL LEGAL pentru care este obligatoriu a se livra doar de la un anume producator.

s-a răspuns: Ofertantul a carui oferta este desemnata castigatoare este obligat sa livreze motorina de la producatorul pe care l-a indicat in oferta. Potrivit legii, oferta este obligatorie, iar propunerea tehnica devine parte integranta din contract, trebuind sa fie respectata. De asemenea, conformitatea produsului ofertat cu cerintele caietului de sarcini este analizata pe baza documentelor referitoare la / emise de un anumit producator (e.g. declaratie de conformitate, buletin de analiza, fisa tehnica). Obligativitatea furnizarii motorinei exclusiv de la producatorul indicat in oferta a fost stabilita de CNSC prin Decizia nr. 13/C9/3401/04.01.2024 si de Curtea de Apel Ploiesti prin Decizia nr. 188/26.02.2024, pronuntata in dosarul nr. 46/42/2024.

Deși decizia invocată de entitatea contractantă privește o altă procedură și o contestație care nu a fost aferentă documentației de atribuire, ci modelul de contract, Consiliul consideră relevant în soluționarea criticii cele decise de instanță în decizia amintită. Astfel, Curtea a reținut că în mod corect entitatea contractantă a inclus în contractul transmis spre semnare petentei, obligația furnizării motorinei de la producătorul PETROTELLUKOIL SA, întrucât aceasta este motorina ce se regăsește în propunerea tehnică formulată de petenta ..., propunere ce a stat la baza acceptării ofertei.

Faptul că, în cazul achizițiilor sectoriale, contractul ce urmează a fi încheiat cu ofertantul câștigător trebuie să reflecte întocmai prevederile ofertei sale, propunerea tehnică fiind parte integrantă din contract , este relevat prin dispozițiile art. 153 din HG nr. 394/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 99/2016, potrivit căroră, *Contractul sectorial/Acordul-cadru are cel puțin următoarele anexe, ca parte integrantă:*

a) **caiet de sarcini**, inclusiv clarificările și/sau măsurile de remediere aduse până la depunerea ofertelor ce privesc aspectele tehnice și financiare;

b) oferta, **respectiv propunerea tehnică și propunerea financiară**, inclusiv clarificările din perioada de evaluare;

c) *garanția de bună execuție, dacă este cazul;*

- d) angajamentul ferm de susținere din partea unui terț, dacă este cazul;
- e) contractele cu subcontractanții, în măsura în care în contractul sectorial/acordul-cadru este reglementat un mecanism de efectuare a plăților directe către sub contractanți;
- f) acordul de asociere, dacă este cazul.

(2) În cazul în care, pe parcursul executării contractului sectorial/acordului-cadru, se constată că anumite elemente ale propunerii tehnice sunt inferioare sau nu corespund cerințelor prevăzute în caietul de sarcini, prevalează prevederile caietului de sarcini.

Aceste dispoziții legale vin să confirme faptul că oferta și caietul de sarcini trebuie să fie reflectate în contract.

Totodată având în vedere că prin ofertă, ofertantul arată condițiile în care este de acord să se oblige dacă va câștiga licitația, **este necesar și logic ca aceste condiții din ofertă să fie prevăzute în contract**, astfel că în mod corect a reținut CNSC prin decizia contestată că obligativitatea furnizării doar a motorinei produsă de PETROTEL-LUKOIL SA nu este contrară legii atâta timp cât în propunerea tehnică se face referire la detaliile produsului conform Declarației de conformitate, Buletinul de analiză și Fișa tehnică, toate fiind emise de acest producător.

Ținând seama de relevanța propunerii tehnice și de necesitatea reflectării în cadrul acesteia a modului de respectare a cerințelor minime impuse prin caietul de sarcini, câtă vreme cerințele trebuie să privească un anumit produs și producător pentru care să fie depuse documente în susținere, criticile contestatoarei sunt neîntemeiate.

Trecând în continuare la analiza criticilor aduse modelului de contract, Consiliul constată că sunt aduse critici clauzelor prevăzute la art. 11.3 Nerespectarea de către furnizor a următoarelor obligații în mod culpabil și repetat (minim 3 încălcări, indiferent dacă obligațiile încălcate sunt diferite), dă dreptul achizitorului să declare contractul reziliat.

Achizitorul va notifica în scris furnizorul cu privire la o încălcare a obligațiilor din contract, acordându-i un termen de 7 zile de la comunicarea notificării pentru a remedia neexecutarea sau a demonstra că nu este în culpă pentru neexecutare. Contractul va fi reziliat dacă neexecutarea nu este remediată sau justificată printr-o cauză exoneratoare de răspundere în termenul de 7 zile.

Următoarele încălcări ale obligațiilor furnizorului **dau dreptul la reziliere:**

- a) livrarea cu întârziere a motorinei;
- b) lipsa cantitativă a mărfii livrate față de comandă;
- c) încălcarea cerințelor tehnice de calitate a mărfii livrate;
- d) livrarea mărfii de la alt furnizor decât [...];
- e) nefurnizarea documentelor de însoțire a motorinei prevăzute la clauza 5 sau livrarea unor documente neconforme cu normele legale aplicabile;
- f) furnizarea de documente de însoțire a mărfii care se dovedesc a atesta în mod fals calitățile mărfii livrate;
- g) refuzul de a se supune prelevării de probe din marfa livrată;
- h) refuzul de a compensa în facturile emise eventualele penalități de întârziere datorate achizitorului.

Cum a arăta și entitatea contractantă în punctul său de vedere, clauza 11.3 din contract vizează clarificarea mecanismului de sancționare pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor, reglementându-se un mecanism echilibrat și previzibil pentru reziliere, inclusiv un termen de remediere acordat părții care a încălcat contractul.

Mai mult, este vorba despre un drept la reziliere, nu o obligație, și care nu depinde de existența și întinderea prejudiciului.

Existența garanției de bună execuție asigură recuperarea prejudiciului, ceea ce nu presupune că recuperarea prejudiciului exclude rezilierea.

Relativ la modelul de contract publicat de ANAP, acesta este un document cu caracter orientativ, nu un document obligatoriu pentru entitățile contractante, astfel că organul-administrativ nu poate obliga achizitoarea la preluarea modelului propus de contestatoare.

În ceea ce privește soluționarea litigiilor prin arbitraj, în caietul de sarcini, s-a prevăzut:

19. Soluționarea disputelor

19.1 Achizitorul și furnizorul vor face toate eforturile pentru a rezolva pe cale amiabilă, prin tratative directe, orice neînțelegere sau dispută care se poate ivi între ei în cadrul sau în legătură cu îndeplinirea contractului. În acest sens, oricare parte poate transmite celeilalte o notificare pentru purtarea de tratative, de la momentul comunicării notificării curgând un termen de 15 zile în care părțile sunt obligate să negocieze pentru soluționarea disputei.

19.2 Dacă, după expirarea termenului de tratative, achizitorul și furnizorul nu soluționează în mod amiabil disputa, orice litigiu decurgând din sau în legătură cu prezentul contract, inclusiv referitor la încheierea, nulitatea, interpretarea, executarea sau desființarea acestuia, va fi soluționat definitiv prin arbitraj organizat de Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, în conformitate cu Regulile de procedură arbitrală ale acesteia. Hotărârea arbitrală va fi definitivă, obligatorie și executorie. Tribunalul va fi format dintr-un arbitru unic, numit de Președintele Curții. Locul arbitrajului va fi București.

Potrivit art. 57 din Legea nr. 101/2016 Părțile pot conveni ca litigiile în legătură cu interpretarea, încheierea, executarea, modificarea și încetarea contractelor să fie soluționate prin arbitraj.

Din motivarea criticii nu rezultă care ar fi vătămarea produsă contestatoarei prin alegerea de către achizitoare a soluționării litigiilor prin arbitraj.

În punctul său de vedere, entitatea contractantă a justificat alegerea acestei proceduri de soluționare și, în plus, a adus explicații și vizavi de caracterul oneros al acesteia.

Prerogativele de putere publică ale administrației au la bază faptul că administrația încheie contractul în scopul de a satisface un interes general, ceea ce dă acesteia posibilitatea de a impune clauze exorbitante în contract, de a controla modul de executare a contractului și de a dispune rezilierea contractului atunci când interesul public nu mai primește, prin executarea contractului, o satisfacție completă și continuă.

Astfel, orice contract cu o entitate publică centrală sau locală cuprinde clauze ce pot fi considerate exorbitante pentru particulari, dată fiind calitatea aparte a beneficiarului și destinația vizând interesul public a contractului.

În consecință, se reține că și contractele de achiziție publică presupun anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să

se implice într-o relație contractuală cu statul sau cu entitățile sale publice. Nimic nu oprește contestatoarea să nu participe la licitația în curs dacă nu dorește să își asume clauzele în discuție. La art. 8 alin. (3) din Legea nr. 554/2004 este prevăzut că la soluționarea litigiilor care apar în fazele premergătoare încheierii unui contract administrativ, precum și orice litigii legate de încheierea contractului administrativ, inclusiv litigiile având ca obiect anularea unui contract administrativ, se are în vedere regula după care principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public.

În lipsa unor argumente concrete din partea contestatoarei care să determine concluzia impunerii în mod nelegal a soluționării litigiilor prin arbitraj, precum și a vătămării produse, ținând seama și de faptul că suntem în prezența unui contract de achiziție publică, în care primează interesul public, și în care a fost ales de către organizatoarea procedurii modul de soluționare a litigiilor în cadrul contractului, o modificare a clauzei contractuale nu se impune.

În plus, în punctul său de vedere, entitatea a arătat că, în orice caz, dacă o anumită problemă ce ar putea apărea se va dovedi nearbitrabilă potrivit legii, se va putea invoca excepției necompetenței tribunalului care, dacă o va admite, va declina competența către instanță.

De asemenea, în clarificarea publicată în SEAP în 09.05.2024, la întrebarea 18: Rugam precizați cadrul/temeiul legal al soluționării unui litigiu privind nulitatea/anularea eventualului contract pe care îl vezi semna; s-a răspuns: Cadrul legal pentru soluționarea litigiilor privind nulitatea/anularea contractelor de achiziții publice este prevăzut de Legea nr. 101/2016, Legea 99/2016, precum și celelalte norme care reglementează validitatea contractelor.

Vizavi de parametrii tehnici ai motorinei solicitate, prin inserarea unor limite care nu corespund standardului SR EN590, urmare măsurilor de remediere dispuse de entitatea contractantă, prin concluziile scrise din 20.05.2024, ... SRL a arătat că este de acord cu acestea. Astfel fiind, critica a rămas fără obiect.

Referitor la inițierea unei proceduri cu un obiect identic cu al contractului încheiat de contestatoare cu Trans-Bus SA, Consiliul constată că societatea face o simplă afirmație neînsoțită de argumentarea probatorie, de indicarea temeiului legal încălcat și a vătămării produse, nefiind însoțită nici de vreo solicitare aferentă.

La dosarul cauzei, entitatea contractantă a depus contractul nr. 9956/28.11.2024, semnat de către părți, însă însoțit de adresa ... SRL nr. V187/26.01.2024, în care se face referire la necesitatea modificării sau nu a contractului în raport de cele dispuse de Curtea de Apel Ploiești, prin hotărârea definitivă.

În condițiile expuse, critica este considerată neîntemeiată.

Vizavi de solicitările de clarificări, Consiliul constată că achizitoarea a răspuns la întrebările contestatoarei în data de 09.05.2024, prin publicarea unei clarificări în SEAP.

În fișa de date a achiziției, s-a prevăzut: Numărul de zile până la care se pot solicita clarificări înainte de data limită de depunere a ofertelor - 16; entitatea contractantă va răspunde în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificări cu 8 zile înainte de data limită stabilită pentru depunerea ofertelor. Termenul pentru transmiterea răspunsului la clarificări a fost respectat.

În considerarea celor prezentate, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... SRL.

În consecință, va fi respinsă solicitarea de plată a cheltuielilor efectuate cu soluționarea contestației.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu

Respinge solicitarea contestatoarei vizând plata cheltuielilor efectuate cu soluționarea contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva deciziei 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, conform art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...