**În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. ..../C8/.....**
**Data: ....**

Prin contestația nr. ....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ....., formulată de ....., cu sediul în ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată convențional prin ....., împotriva documentației de atribuire elaborată de ....., cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect «.....», s-a solicitat admiterea contestației și obligarea autorității contractante de a lua măsuri de remediere prin:

- anularea cerinței de ajustare a prețului în baza indicilor INS/IPC;
- anularea cerinței de preț ferm pentru 3 luni de la semnarea contractului;
- eliminarea cerințelor prevăzute la pct. 5 din caietul de sarcini nr. ....., respectiv modalitățile de recepție calitativă, prin:

• renunțarea la obligarea ofertantului de a achita plata analizelor de laborator în lipsa dovedirii vreunei culpe a sa;
• renunțarea la prelevarea de probe din depozitul furnizorului, anterior livrării;
• efectuarea de orice teste in vederea testării conformității doar în laboratoare neutre și nu aparținând autorității contractante;
• prezentarea calificării de prelevator autorizat a personalului autorității contractante care va preleva probe, indiferent de locul prelevării;
• renunțarea la obligarea contractantului de a staționa/parca 24 h după încărcare la sediul sau, până la sosirea rezultatului analizelor.

Totodată, solicită obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației.

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

Prin contestația formulată, ....., în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura organizată de ....., critică documentația de atribuire, menționând că a solicitat clarificări autorității contractante în sensul celor solicitate prin contestație, însă nu a primit niciun răspuns.

1. În ceea ce privește cerința de ajustare a prețului în baza indicilor INS/IPC, contestatoarea arată că acești indici nu reprezintă indici statistici ai prețurilor la combustibili de încălzire și nu au nicio legătură cu modul în care piața produselor petroliere evoluează.

Învederează că răspunsul ANAP nr. 1926/03.02.2021 la solicitarea sa, susține ideea că acești indici nu reprezintă o soluție reală de compensare a prețurilor și nu pot fi utilizați drept referințe de preț în contractele publice.

În aceste condiții, rezultă fără echivoc faptul că utilizarea acestor indici într-un contract public de mare valoare nu este legală și nici realistă, fiind de natură a vătăma interesele oricărui operator și chiar ale autorității contractante (care poate cumpără combustibili petrolieri la prețuri neconforme cu piața).

2. Referitor la cerința de menținere a prețului ferm pentru 3 luni de la semnarea acordului-cadru, în opinia sa, având în vedere situația notorie și incertă a prețurilor din piața de produse petroliere, în care prețurile se schimbă zilnic, cerința autorității contractante este vătămătoare, putând avea efecte negative atât asupra intereselor comerciale ale ofertantului, cât și asupra autorității contractante.

Or, prețurile în piață vor crește, în timp ce indicii INS sunt publicați la 2 luni sau trimestrial.

3. Referitor la cerințele abuzive privind recepția calitativă din caietul de sarcini

Arată că autoritatea contractantă impune ca recepția calitativă să se efectueze prin mai multe cerințe nelegale, cu rezultat în practică a unei concurențe extrem de reduse.

Mai arată că în ultimii 10 ani cel puțin, la toate procedurile, au ofertat maxim 2 operatori (..... a câștigat cel puțin peste 75 % dintre proceduri, în condiții de concurență zero).

Pentru aceste motive, cunoaște cerințele ilogice ale autorității contractante și desele abuzuri pe care le comite în detrimentul operatorilor.

Motivarea integrală a contestației se regăsește în fișierul „[.....] contestație.pdf.p7s”, postat de autoritate în SEAP la data de ..... Reproducerea în cuprinsul deciziei a ansamblului motivării nu se justifică, din moment ce întreaga contestație poate fi vizualizată liber și gratuit în SEAP de către orice persoană interesată.

Prin punctul de vedere nr....., înregistrat la Consiliu cu nr. ....., ..... solicită respingerea contestației formulată de ....., ca fiind neîntemeiată.

1. Referitor la solicitarea privind anularea cerinței de ajustare a prețului în baza indicilor INS/IPC, autoritatea contractantă arată că a considerat că folosirea formulei de actualizare prevăzută în documentația

de atribuire, folosind indicii IPC pentru combustibil este obiectivă fiind un indicator oficial, acceptată la control (audit) și ușor de verificat atât de autoritatea contractantă cât și de operatorii economici.

Consideră că formula folosită pentru actualizarea prețului este mult mai sigură din punct de vedere juridic, iar la o verificare în SEAP se poate constata că este des folosită de autoritățile contractante la procedurile de achiziție. Actualizarea prețului a fost prevăzută că se poate face la solicitarea părții interesate, astfel încât, în situația în care indicii scad (automat și prețul scade), autoritatea contractantă să solicite

actualizarea prețului iar dacă indicii cresc (prețul crește), operatorul economic să solicite actualizarea prețului.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că a folosit această formulă de actualizare mereu la procedura de achiziție combustibil lichid ușor tip III sau echivalent.

Această formulă de actualizare, cu folosirea indicilor IPC, se regăsește și la alte proceduri unde a participat ca ofertant și ....., la care nu a avut obiecții privind folosirea indicilor (chiar și cei pentru produse nealimentare), a și câștigat procedura.

Mai menționează faptul că, în trecut, pentru actualizarea prețului a folosit o formulă care se baza pe indicii Platts, câștigător fiind ....., acesta facturând cu un preț actualizat, cu indici greșiți, rezultând un preț mai mare, față decât trebuia să fie.

Referitor la afirmația că link-ul INS indicat de autoritatea contractantă nu există, într-adevăr în documentația de atribuire a fost o eroare de redactare și a fost trecută incomplet.

Având în vedere cele expuse, autoritatea contractantă consideră că formula de actualizare a prețului în funcție de indicii INS/IPC este justificată, obiectivă și transparentă, respectă principiile achizițiilor publice, motiv pentru care solicită respingerea solicitării de anulare a acestei modalități de actualizare.

2. Cu privire la solicitarea eliminării cerinței de menținere a prețului ferm pentru 3 luni de la semnarea acordului-cadru, autoritatea contractantă consideră că este neîntemeiată.

Arată că cerința a fost stabilită luând în calcul necesitatea asigurării continuității furnizării combustibilului, necesar producerii agentului termic, activitate esențială pentru încălzirea spațiilor și prepararea hranei, unitatea noastră desfășurând activitate cu pacienți, fiind sanatoriu balnear. La stabilirea ca prețul să fie ferm 3 luni, a fost luată în calcul și necesitatea unei planificări bugetare predictibile pe termen scurt deoarece autoritatea contractantă nu poate funcționa în condiții de incertitudine permanentă a costurilor pentru un produs esențial.

Măsura este proporțională deoarece perioada de 3 luni reprezintă un interval limitat, raportat la durata totală a acordului-cadru (14 luni), care permite operatorilor economici să își acopere riscurile comerciale prin mecanisme proprii de piață. Menționează că indicii se publică lunar (acest aspect se poate verifica pe site-ul INS).

De asemenea, autoritatea contractantă arată că în urma analizării ofertelor depuse la proceduri similare chiar şi cu preț ferm pe toată perioada de derulare a contractului de furnizare/acordului-cadru (perioadă și de 9 luni), a constatat existența operatorilor economici (inclusiv .....) care pot susține această cerință. Mai mult decât atât,

cerința nu a generat solicitări de clarificări din partea operatorilor economici până la momentul formulării contestației.

Pentru toate considerentele expuse, autoritatea contractantă apreciază că cerința privind menținerea unui preț ferm pe o perioadă de 3 luni este justificată de necesități obiective, proporțională cu scopul urmărit, motiv pentru care solicită respingerea solicitării de eliminare a cerinței.

3. Referitor la cerințele abuzive privind recepția calitativă din caietul de sarcini, menționate de ....., autoritatea contractantă opinează următoarele:

a) Prelevarea de probe la depozitul furnizorul

Față de această cerință, autoritatea contractantă nu a precizat că producătorii participanți la procedură ar trebui să fie obligatoriu rafinărie, unde au în dotare laboratoare acreditate și care la finalul încărcării prezintă analizele de laborator în aceeași zi. Din practică, autoritatea contractantă a achiziționat combustibil lichid ușor tip III sau echivalent de la distribuitori, care luau produsul de la producători ce nu dispuneau de laborator acreditat. Chiar și contestatoarea a achiziționat CLU tip III de la ..... care nu aveau laborator propriu. În acest sens, autoritatea contractantă a inclus această cerință, ca în momentul în care se achiziționează produsul de la un distribuitor care la rândul său îl achiziționează de la un producător ce nu dispune de laborator acreditat, produsul să fie ridicat din tancul de depozitare a distribuitorului în prezența furnizorului și achizitorului, proba să fie sigilată şi trimisă la analize, pentru a nu crea dubii privind calitatea produsului.

b) Autoritatea contractantă impune ca plata analizelor să fie făcută de către furnizor

Menționează faptul că, cheltuielile cu efectuarea analizelor de laborator de către Laboratorul de încercări Carburanți Lubrifianți al ..... sunt suportate de către achizitor, o parte din analizele importante din STAS 54/80 sunt acreditate Renar.

În situația prevăzută la punctul a), respectiv achiziția de CLU tip III sau echivalent de la distribuitori care iau produsul de la producători ce nu dispun de laborator acreditat, în situația în care analizele de laborator nu sunt conform specificaților din caietul de sarcini STAS 54/80, atunci furnizorul pe cheltuiala sa, repetă analizele de laborator. Personalul care prelevează probe de CLU tip III sau echivalent sunt angajații Laboratorului de încercări Carburanți Lubrifianți al ....., încadrați pe posturi cu pregătire profesională şi studii în acest domeniu.

Mai menționează faptul că, în cadrul contractelor de furnizare încheiate cu ....., nu i s-a solicitat niciodată să facă alte analize la produsul adus. A atașat la factură și au fost luate în considerare, buletine de analiză și certificate de conformitate de la ....., care are laborator de analize acreditat.

Atât în caietul de sarcini cât și în modelul de contract este menționat,la capitolul privind recepția produselor, că încercările (analizele) probei care a fost ridicată pentru testare se execută într-un laborator acreditat, agreat de ambele părți, cheltuielile aferente fiind suportate de furnizor.

c) Referitor la restul criticilor arată că autoritatea contractantă a prevăzut că va comunica furnizorului în termen de maxim 24 de ore rezultatul analizelor efectuate de Laboratorul de încercări Carburanți Lubrifianți al ..... pentru deplasarea spre achizitor. De aici nu rezultă că autoritatea contractantă obligă furnizorul ca cisterna lor să staționeze 24 de ore la sediul furnizorului, cisterna poate ajunge la sediul achizitorului oricând, doar că descărcarea se va face după ce se primesc analizele de laborator de la Laboratorul de încercări Carburanți Lubrifianți al .....

pentru rezultatele la care laboratorul este acreditat și în programul de lucru prevăzut în caietul de sarcini.

Prin această cerință, autoritatea contractantă vine în sprijinul operatorilor economici să nu înceapă deplasarea aproximativ 380 Km către achizitor și când ajunge la destinație, rezultatele să nu fie concludente, fapt care s-a mai întâmplat cu această societate, fiind nevoiți să se întoarcă şi să înlocuiască produsul (caz petrecut la data de ....., conținut mai mare de apă, peste prevederile din speciația tehnică, analiză acoperită de acreditare RENAR).

Având în vedere cele expuse, autoritatea contractantă consideră că cerințele din caietul de sarcini nu sunt abuzive, ele sunt doar pentru a apăra interesele autorității contractante privind calitatea produsului, produs de care depinde desfășurarea în condiții bune a activității sale, motiv pentru care solicită respingerea solicitării de eliminare a cerințelor privind recepția calitativă.

Prin adresa nr. ....., înregistrată la Consiliu sub nr. ....., autoritatea contractantă a transmis, în format optic, documente din dosarul achiziției.

Prin adresa nr. ....., înregistrată la Consiliu cu nr. ....., ..... a transmis răspuns la punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă.

1. Autoritatea contractantă nu contrazice susținerile care arată o necorelare clară a acestor indici cu piața de combustibili și faptul că ANAP și CNSC au arătat și decis că indicii INS nu sunt relevanți pentru a fi utilizați drept formule de ajustare în contractele publice.

2. Cu privire la prețul ferm, situația este notorie și nu mai necesită comentarii.

3. Legat de cerințele recepției calitative, autoritatea contractantă prezintă situații similare și ipotetice din trecut, fără legătură cu obiectul contestației.

Aceasta nu justifică deloc proporționalitatea cerințelor cu obiectul și specificul procedurii, refuzând să comenteze faptul că aceste condiții au redus concurența la minimul posibil.

Astfel, consideră că autoritatea contractantă nu a adus niciun argument juridic împotriva contestației, toate apărările sale fiind doar la nivel declarativ/speculativ și nesusținute de vreun text de lege aplicabil ori probe.

Consiliul constată că ..... a înaintat contestația de față, depunând, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ..... din ...., în sumă de ..... lei, eliberată de .....

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect «.....», prin publicarea pe în SEAP a anunțului de participare ....., valoarea acordului-cadru fiind de ..... lei, iar criteriul de atribuire fiind „prețul cel mai scăzut”.

Nemulțumită de conținutul documentației de atribuire, ..... a formulat prezenta contestație solicitând cele menționate în partea introductivă.

Procedând la analiza prezentei cauze, Consiliul constată temeinicia ei. În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere, următoarele:

- condițiile de ajustare a prețului, în baza indicilor INS

Cu referire la ajustarea prețului contractului, Consiliul reține că, în fișa de date a achiziției, la cap. II.3), s-a prevăzut: „Ajustarea pretului contractului Contractul va fi ajustat dupa urmatoarea metoda: Preţul acordului-cadru va rămâne neschimbat 3 luni de la semnarea acordului cadru (nu se ajustează). Începând cu prima zi de la împlinirea celor 3 luni de la semnarea acordului-cadru, preţul poate fi ajustat prin actualizare, la solicitarea părții interesate, în următoarele cazuri: a) de la data solicitarii, în cazul în care au loc modificări legislative sau au fost emise de către autoritățile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/impozite locale al căror efect se reflectă în creșterea/ diminuarea costurilor pe baza cărora s-au fundamentat prețurile ofertate. b) după primele 3 luni de la data semnării acordului-cadru, după următoarea formulă de ajustare: Pcs = Pac* IPC , unde: - Pcs este prețul unitar actualizat al produsului, cu care se va încheia contractul subsecvent; - Pac este prețul unitar cu care s-a încheiat acordul-cadru; - IPC indicele preţurilor de consum pentru combustibili, comunicat de Institutul Naţional de Statistică pe site-ul oficial, la adresa http://statistici.insse. ro:807/tempo-online/. Indicele lunar al preturilor de consum pentru combustibili se determina prin raportarea perioadei curente la perioada de referinta conform sectiunilor specifice disponibile pe site-ul Institutului National de Statistica la adresa menționată mai sus. Perioada de referinta va fi anul si luna semnarii acordului-cadru iar perioda curenta va fi cea mai recenta luna disponibila in sectiunea „Perioada curenta” a site-ului INS. Ajustarea prețului se va face prin întocmirea unui act adițional semnat de ambele părți. Solicitarea de ajustare a prețului se va transmite cu minim 5 zile lucrătoare înainte de data posibilă încheierii contractului subsecvent. Solicitarea va conține justificarea și documentele doveditoare*”.*

Consiliul observă că norma legală impune ca autoritatea contractantă să indice și sursa informaţiilor cu privire la evoluţia indicilor care vor fi utilizaţi, pentru a stabili modul concret de ajustare a preţului, sursa *„cum ar fi buletine statistice sau cotaţii ale burselor de mărfuri”*. Așadar, textul legii nu impune buletinele statistice sau cotaţiile burselor de mărfuri ca unice surse pentru informaţiile cu privire la evoluţia indicilor care vor fi utilizaţi, aceste două repere fiind cuprinse în textul legii cu caracter orientativ.

Prin urmare, Consiliul stabilește că pot și alte date statistice, profesionale, atâta vreme cât ele servesc obținerii unor informații cât mai fidele pentru evoluția prețurilor în piața de profil.

De altfel, o astfel de interpretare reiese și din adresa nr. 1926 din 03.02.2021, transmisă de Agenția Națională pentru Achiziții Publice către ....., invocată în susținerea criticii de către contestatoare, în care se arată: *«Totodată, date statistice pot fi găsite şi din alte surse, nu numai din*

*buletinele Institutului Naţional de Statistică (INS) este drept că acestea sunt aferente unor domenii mai inguste sau unor sectoare anume ale activităţii socioeconomice (spre exemplu, Banca Naţională a României, Agenţia Naţională pentru ocuparea forţei de munca care generează şi ea date administrative cu privire la angajare, şomaj, piaţa muncii, ministerele de resort care colectează şi publică date cu privire la activităţile specifice ale instituţiilor din subordine). (...) Datele statistice din diverse domenii pot fi consultate, de asemenea, şi în raport cu o anumită regiune geografică sau în raport cu tendinţele europene/mondiale. Pentru a consulta date de acest gen, achizitorii pot face*

*apel la instituţii precum Eurostat, Statistica ţărilor CSI, statisticile ONU precum şi a organizaţiilor internaţionale profesionale. De reţinut că INS asigură compatibilitatea sistemului statistic naţional cu sistemele statistice utilizate de organismele Organizaţiei Naţiunilor Unite, ale Uniunii Europene şi de alte organisme internaţionale, conform obligaţiilor asumate. Cât priveşte afirmaţia dvs. potrivit căreia „INS nu deţine și nu a deţinut niciodată informaţii reale despre preţurile din piaţă", suntem de părere că anumiţi indici statistici, deşi pot să nu fie relevanţi în raport cu anumite tranzacţii de produse, bunuri sau servicii comercializate efectiv, aceştia pot furniza, în anumite circumstanţe semnate de preţ care influenţează comportamentul economic.* ***În privinţa produselor derivate din ţiţei (carburanţi, bitum, combustibili) invocate de dvs., suntem de acord ca apelarea la indici statistici în procesul de ajustare a preţului nu reprezintă o soluţie reală de compensare a modificărilor de preţ, de aceea nici formularea prevederii legale menţionată anterior, care include expresia „cum ar fi" nu limitează la utilizarea buletinelor statistice sau a cotaţiilor burselor de mărfuri.*** *(s.n.). Aşadar, luând în analiză opinia dvs. prin forma Instrucţiunii nr. 1 privind modificarea contractului de achiziţie publică/contractului de achiziţie sectorială/acordului-cadru, publicată în Monitorul Oficial nr. 56 din 19.01.2021, A.N.A.P a integrat orientări cu privire la selectarea celor mai relevanţi indici statistici, aducând în atenţia autorităţilor contractante şi alte opţiuni care să ofere autorităţilor contractante o flexibilitate de acţiune (a se vedea art. 12 din instrucţiune).*».

Văzând toate aceste aspecte, Consiliul stabilește ca modalitatea în care achizitoarea a stabilit regulile de ajustare a prețului contractului este ineficientă, în condițiile în care autoritatea de reglementare din domeniul achiziţiei publice opinează că, în situația obiectului prezentei proceduri, apelarea la indici statistici în procesul de ajustare a prețului nu reprezintă o soluţie reală de compensare a modificărilor de preţ.

Consiliul reține că regula de ajustare a prețului contractului, așa cum a fost stabilită de achizitoare, nu este contrară în litera ei regulii de la art. $222^2$ din Legea nr. 98/2016, însă nu reprezintă un instrument real și eficient în ajustarea prețului achiziţiei, nefiind astfel atins scopul pentru care a fost redactat textul de lege amintit.

Cu referire la restul criticilor, Consiliul are în vedere următoarele dispoziții din Legea nr. 98/2016:

- art. 3 alin. (1) lit. rr): „specificații tehnice - cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante”;

- art. 50: „(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.

(2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici”;

- art. 155 alin. (6): „(6) Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici”;

- art. 156 alin. (1), (2) și (3): „(1) Fără a aduce atingere normelor tehnice obligatorii de la nivel național, în măsura în care sunt compatibile cu actele normative adoptate la nivelul Uniunii Europene, specificațiile tehnice se stabilesc în una dintre următoarele modalități: a) prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale, inclusiv caracteristici de mediu, cu condiția ca parametrii să fie suficient de preciși pentru a permite ofertanților să determine obiectul contractului și autoritățile contractante să atribuie contractul; b) prin trimitere la specificații tehnice și, ca ordine de prioritate, la standarde naționale care transpun standarde europene, evaluări tehnice europene, specificații tehnice comune, standarde internaționale, alte sisteme de referință tehnice instituite de către organismele de standardizare europene sau, în lipsa oricărora dintre acestea, la standarde naționale, la agremente tehnice naționale sau specificații tehnice naționale referitoare la proiectarea, calcularea și execuția lucrărilor și la utilizarea produselor; fiecare trimitere este însoțită de mențiunea "sau echivalent"; c) prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale, potrivit lit. a), și prin trimitere la specificațiile tehnice prevăzute la lit. b) ca modalitate de a prezuma conformitatea cu respectivele cerințe de performanță sau cerințe funcționale; d) prin trimitere la specificațiile tehnice prevăzute la lit. b) pentru unele caracteristici și prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale prevăzute la lit. a) pentru alte caracteristici. (2) Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse. (3) Prin excepție de la prevederile alin. (2), stabilirea specificațiilor tehnice prin precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este permisă în situații excepționale, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1); în aceste situații, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este însoțită de cuvintele "sau echivalent”, precum și pe cele ale art. 20 alin. (2) și (10) din HG nr. 395/ 2016: „(2) Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire” și „10 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”.

Totodată, Consiliul se raportează și la principiile statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în special, principiile proporționalității și transparenței, precum și la dispozițiile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora, 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, necesitatea sau oportunitatea achiziționării produselor/ echipamentelor, la un anumit nivel de performanță, precum și caracteristicile tehnice impuse, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante [art. 2 alin. (3) lit. b) și art. 12 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016].

Singura limitare a acestui drept al autorității contractante este determinată de introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici, în sfera unei astfel de posibilități aflându-se și situația impunerii de către autoritate a unor specificații și condiții care nu au legătură cu nevoia sa de achiziție.

În consecință, pentru a cenzura caracteristicile stabilite de autoritatea contractantă, așa cum solicită contestatoarea în prezenta cauză, în sensul eliminării, este necesară stabilirea existenței, prin ele, a unor condiții restrictive, nejustificate și nelegale ce pot împiedica o concurență efectivă între operatorii economici.

Prin urmare, contestatoarea, în susținerea demersului ei la Consiliu, are obligația de a proba caracterul restrictiv al cerințelor criticate, prin prezentarea unor mijloace de probă pertinente și concludente, fiind pe deplin aplicabile în acest caz prevederile art. 249 din Codul de procedură civilă, potrivit cărora „cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”.

Raționamentul se circumscrie faptului că nu se regăsesc în legislația achizițiilor publice prevederi care să permită operatorilor economici să ceară modificarea documentației de atribuire și, cu atât mai mult, să oblige autoritatea contractantă să modifice documentația de atribuire după cum solicită fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită.

Astfel fiind, autoritatea contractantă nu are vreo obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat contestație, iar Consiliul nu o poate obliga la o astfel de conduită, decât în măsura în care se face dovada încălcării reale și obiective a dispozițiilor legale ce împiedică restrângerea nejustificată a concurenței.

Contestatoarea nu aduce argumente de natură tehnică, nu probează caracterul restrictiv al cerințelor, în sensul modificării/eliminării/ completării specificațiilor reclamate.

Pe de altă parte, necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, precum și caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, fiind stabilite de fiecare autoritate contractantă, în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante [art. 2 alin. (3) lit. b) și art. 12 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016]. Cenzurarea sau modificarea caracteristicilor tehnice impuse de autoritatea contractantă pot face obiectul contestării de către operatorii economici interesați în situația încălcării de către autoritate a ipotezei art. 155 alin. (6) și cea a art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare.

Având în vedere dispozițiile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că autoritatea contractantă a urmărit descrierea produselor solicitate astfel încât să corespundă necesităților sale, respectiv a urmărit achiziționarea unor produse cu un nivel înalt calitativ, tehnic și de performanță.

Aspectul că autoritatea contractantă dorește achiziționarea unor produse de înaltă calitate nu este de natură a aduce atingere textelor legale evocate. Impunerea caracteristicilor produselor nu are ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă

concurența între operatorii economici și nici nu are ca efect favorizarea sau eliminarea participării la procedura de atribuire a anumitor operatori economici sau a anumitor produse (cu excepția celor care nu corespund necesităților obiective ale autorității).

Dreptul autorităților contractante de a achiziționa produse performante calitativ nu poate fi restricționat, pe considerentul eronat al nerespectării prevederilor art. 155 și 156 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare. În aceeași direcție, orice autoritate contractantă are obligația respectării principiului proporționalității statuat în art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016, înțeles ca asigurare a corelației dintre necesitatea autorității contractante și obiectul contractului de achiziție publică.

Având în vedere aspectele evocate, Consiliul stabilește că nu poate obliga autoritatea contractantă la modificarea/eliminarea cerințelor, în sensul solicitat de contestatoare.

În sens contrar, s-ar limita dreptul autorității contractante de a achiziționa produse performante care corespund întocmai necesităților sale obiective, prevăzut la art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016.

Prin urmare, autoritatea contractantă nu are vreo obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorilor economici care au formulat contestații sau după caracteristicile produselor pe care acesta le comercializează; opțiunea modificării/completării cerințelor documentației de atribuire reprezintă un drept al autorității contractante, iar nu o obligație, Consiliul neputând sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări/eliminări/ completări tuturor cerințelor tehnice contestate ori altor prevederi ale documentației, în condițiile în care nu se probează caracterul restrictiv al acestora.

Potrivit art. 10 lit. g) din Legea nr. 101/2016, contestația se formulează în scris și trebuie să conțină, printre altele, „mijloacele de probă pe care se sprijină contestația, în măsura în care este posibil”, iar, în speță, contestatoarea nu a probat restrictivitatea cerințelor criticate.

Totodată, contestatoarea nu a dovedit un abuz de drept din partea achizitorului (art. 249 din Codul de procedură civilă impunând obligația probei: „Cel ce face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile prevăzute de lege”), fiecare parte litigantă având obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept „probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat”.

Pe cale de consecință, în măsura în care partea care formulează anumite critici, susțineri nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece nu administrează probe suficiente care să convingă Consiliul.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2), (5) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația depusă de ....., în contradictoriu cu ..... Va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să remedieze documentația de atribuire în sensul modificării regulii de ajustare a prețului, cu luarea în considerare a considerentelor prezentei decizii. Restul cererilor vor fi respinse, ca nefondate.

Cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, în cuantum de ..... lei, va fi respinsă, ca nedovedită, la dosarul cauzei nefiind depune documente în susținere.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
**CONSILIUL DECIDE:**

Admite, în parte, contestația depusă de ....., în contradictoriu cu ..... Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să remedieze documentația de atribuire în sensul modificării regulii de ajustare a prețului, cu luarea în considerare a considerentelor prezentei decizii. Restul cererilor vor fi respinse, ca nefondate.

Respinge, ca nedovedită, cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, în cuantum de ..... lei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii 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.

| **PREȘEDINTE,** | **MEMBRU,** | **MEMBRU,** |
|---|---|---|
| **.....** | **.....** | **.....** |