str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
tel. +40-21-3104641, tel. +40-21-3104670, fax. +40-21-3104642,
e-mail: office@cnsc.ro, www.cnsc.ro, http://portal.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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...., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr...., înaintată de...., cu sediul social în..., strada... nr....., și adresa de corespondență la punctul de lucru din comuna....., strada... nr....., având CUI..., înregistrată la... Comerțului sub nr...., reprezentată prin av...., împotriva documentației de atribuire, emisă de..., cu sediul în..... nr...., județul..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „...", anunț de participare nr...., s-a solicitat admiterea contestației ca fiind pe deplin legală și temeinică și obligarea autorității contractante la remedierea integrală a documentației de atribuire prin emiterea unei erate oficiale în SEAP, care să dispună:

- anularea formulei matematice de ajustare a prețului bazată pe indici INS generali de construcții (tabelul 15.b) (caiet de sarcini, pag. 5) și înlocuirea acestuia cu un indice specific structural al pieței produselor petroliere (preț rafinărie/CAEN 1020) sau o altă formulă legală și realistă:
- eliminarea clauzei abuzive privind *„prețul ferm în primele 3 luni"* și a pragului restrictiv de declanșare de ±5%, restabilind dreptul legal la reechilibrare contractuală.
- eliminarea sintagmei din clauza... din Contract care condiționează arbitrar livrările de *„capacitatea de depozitare a achizitorului";*
- reechilibrarea clauzelor penale... și... din proiectul de contract, prin stabilirea unor baze de calcul și termene de aplicare perfect simetrice pentru furnizor și achizitor;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezenta procedură (onorariu avocat -...).

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care.... critică documentația de atribuire elaborată de...., susținând că aceasta conține clauze de ajustare a prețului și prevederi contractuale nelegale, disproporționate și restrictive, care transferă în mod nejustificat riscurile economice asupra furnizorului și împiedică aplicarea unui mecanism real de reechilibrare contractuală.

Contestatoarea solicită admiterea contestației și obligarea autorității contractante la remedierea integrală a documentației de atribuire prin anularea formulei de ajustare a prețului bazată pe indicele INS aferent materialelor generale de construcții prevăzut în tabelul 15.B din caietul de sarcini și înlocuirea acesteia cu un indice specific pieței produselor petroliere sau cu o formulă legală și realistă, eliminarea clauzei privind menținerea prețului ferm în primele trei luni de executare a contractului și a pragului de declanșare a ajustării de ±5%, eliminarea sintagmei din clauza... a proiectului de contract care condiționează livrările de *„capacitatea de depozitare a achizitorului”, r*eechilibrarea clauzelor penale prevăzute la art.... și... din proiectul de contract și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată în cuantum de....

În dezvoltarea criticilor, contestatoarea susține că autoritatea contractantă a utilizat în mod nelegal indicele INS aferent costului materialelor de construcții, deși produsul achiziționat este bitumul rutier D70/1..., un derivat petrolier care trebuie transportat și depozitat la temperaturi ridicate, între 120 și...°C. Arată că bitumul nu reprezintă o marfă inertă, ci un produs a cărui structură de cost este influențată de prețul țițeiului, de costurile de rafinare, de consumul energetic și de transportul specializat, astfel încât corelarea prețului său cu evoluția prețurilor materialelor de construcții civile este lipsită de fundament economic și tehnic.

Contestatoarea învederează că indicele utilizat de autoritatea contractantă reflectă evoluția prețurilor pentru ciment, cărămidă, oțel-beton și lemn, produse fără legătură economică sau funcțională cu bitumul rutier, motiv pentru care acesta nu poate constitui un reper obiectiv pentru ajustarea prețului contractului. Susține că utilizarea unui asemenea indice încalcă principiul proporționalității și regulile privind reechilibrarea contractuală prevăzute de legislația în materia achizițiilor publice.

În sprijinul acestor susțineri, contestatoarea invocă adresa... de Statistică nr...., despre care arată că demonstrează lipsa reprezentativității matematice a indicelui utilizat. Potrivit acestei adrese, produsul „bitum de petrol pentru drumuri” are *o pondere de numai...% în cadru*l clasei CAEN..., clasă care cuprinde 53 de produse petroliere diferite, astfel încât evoluția prețului bitumului este diluată statistic și anulată de evoluția celorlalte produse incluse în cercetarea statistică. Contestatoarea

apreciază că, în aceste condiții, indicele INS nu poate reflecta fluctuațiile reale ale pieței bitumului.

Totodată, contestatoarea susține că prețurile utilizate de INS sunt prețuri la poarta fabricii și nu includ costurile de transport, deși transportul reprezintă o componentă esențială a costului bitumului rutier, care necesită vehicule specializate și menținerea temperaturii produsului pe întregul traseu. Mai arată că indicele utilizat nu reflectă prețurile medii ale pieței, ci doar anumite prețuri industriale colectate într-o perioadă limitată de timp, fără a surprinde volatilitatea specifică produselor petroliere.

Contestatoarea critică și formula de ajustare propusă, susținând că aceasta stabilește în mod artificial o pondere fixă de 85% pentru materiale, deși bitumul este un produs extrem de volatil, dependent de cotațiile internaționale ale petrolului. În opinia sa, menținerea unei ponderi fixe nu poate absorbi șocurile de preț specifice pieței petroliere și conduce la rezultate economice distorsionate.

De asemenea, contestatoarea susține că formula conduce la decuplarea ajustării contractuale de evoluția reală a prețului bitumului, întrucât trimite la indici aferenți materialelor de construcții. Arată că prețul bitumului poate înregistra creșteri semnificative generate de factori geopolitici sau de modificări ale costurilor de rafinare, în timp ce indicele utilizat de autoritatea contractantă poate rămâne relativ constant, ceea ce împiedică reechilibrarea contractului.

Contestatoarea mai susține că indicele utilizat pentru combustibil este eronat, deoarece acesta măsoară prețurile de consum ale carburanților pentru populație, respectiv benzină și motorină, și nu prețurile industriale ale țițeiului sau ale bitumului utilizat în procesele de producție. În consecință, apreciază că nici această componentă a formulei de ajustare nu reflectă realitatea economică a pieței relevante.

În ceea ce privește pragul de ±5%, contestatoarea susține că acesta reprezintă un risc prefigurat și impus furnizorului. Arată că piața bitumului înregistrează frecvent variații lunare de 2-4%, iar instituirea unui prag de 5% poate conduce la acumularea unor pierderi importante fără posibilitatea activării mecanismului de ajustare a prețului. În opinia sa, această limitare golește de conținut mecanismul de reechilibrare contractuală.

O altă prevedere criticată este cea potrivit căreia prețul trebuie să rămână ferm în primele 90 de zile de executare a contractului. Susține că această clauză bloc...ă orice ajustare într-o perioadă care coincide cu sezonul principal de consum al bitumului și transferă integral riscul fluctuațiilor de piață asupra furnizorului. Arată că, în sezonul rece, când consumul de bitum este redus, ajustarea prețului devine una pur teoretică, în timp ce în perioada de consum ridicat furnizorul este obligat să suporte toate variațiile de preț. În opinia sa, această abordare contravine... nr.... și art.... din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea invocă și încălcarea dispozițiilor Directivei 2014/24/UE. Astfel, susține că mecanismul de ajustare propus încalcă

principiul proporționalității consacrat de art. 18 din directivă, deoarece transferă integral riscul macroeconomic asupra operatorului economic. În opinia sa, documentația transformă contractul de achiziție într-un contract aleatoriu și dezechilibrat.

Contestatoarea mai susține că autoritatea contractantă încalcă art. 59 din Directiva 2014/24/UE și Regulamentul (UE).../7 prin solicitarea, încă din etapa de calificare, a rapoartelor de laborator și a certificatelor FPC, deși regimul DUAE urmărește simplificarea administrativă și amânarea prezentării documentelor justificative până la etapa verificării ofertantului clasat pe primul loc.

Totodată, contestatoarea apreciază că prevederile art.... și... din proiectul de contract încalcă principiul reciprocității consacrat în jurisprudența Curții de Justiție a..., întrucât penalitățile aplicabile furnizorului sunt calculate asupra valorii brute a comenzii, în timp ce penalitățile datorate de achizitor sunt calculate doar asupra sumelor neachitate. Consideră că această diferență creează un dezechilibru contractual evident în favoarea autorității contractante.

De asemenea, susține că prevederile clauzei... din proiectul de contract restricționează libera circulație a mărfurilor, întrucât permit autorității contractante să condiționeze livrările de capacitatea proprie de depozitare. Arată că această clauză generează incertitudine cu privire la momentul livrării și afectează în special operatorii economici care transportă bitum din alte state membre ale..., fiind susceptibilă să constituie o barieră indirectă în calea....

În susținerea contestației.... invocă adresa ANAP nr...., prin care autoritatea de reglementare ar fi recunoscut ineficiența indicilor statistici generali pentru produsele derivate din țiței, decizia CNSC nr...., prin care ar fi fost anulat un mecanism similar de ajustare a prețului, decizia CNSC nr...., adresa INS nr.... și analize privind evoluția pieței bitumului în perioada.... Contestatoarea mai arată că, la momentul formulării contestației, indicii solicitați de autoritatea contractantă erau publicați doar pentru luna februarie 2026, ceea ce ridică probleme suplimentare privind aplicabilitatea practică a formulei de ajustare propuse.

Motivarea integrală a contestației se regăsește în fișierul *„[CN1... /...10] Contestatie.pdf.p7m”, po*stat de autoritate în SEAP la..., în cadrul documentelor asociate anunțului de participare nr..... 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. Desigur, motivarea completă va fi avută în vedere de membrii completului la adoptarea soluției.

Prin punctul de vedere nr...., înregistrat la CNSC cu nr..... solicită Consiliului să ia act de măsura de remediere parțială dispusă, să respingă, ca rămase fără obiect, criticile referitoare la mecanismul de ajustare a prețului, să respingă ca neîntemeiate celelalte critici formulate de...., să mențină procedura de atribuire și să respingă cererea privind acordarea cheltuielilor de judecată.

Autoritatea contractantă arată că procedura de licitație deschisă online are ca obiect achiziția a 7... tone bitum rutier D70/1..., cod..., valoarea estimată fiind de... fără TVA. Precizează că documentația de atribuire a fost elaborată cu respectarea principiilor transparenței, tratamentului egal, nediscriminării, proporționalității și utilizării eficiente a fondurilor publice. Menționează că produsul solicitat este unul standardizat, cu specificații tehnice raportate la standardul..., iar criteriul de atribuire este „...".

Cu privire la critica referitoare la mecanismul de ajustare a prețului, autoritatea contractantă arată că formula inițială a fost construită prin raportare la un indice oficial publicat de... de Statistică, ales pentru caracterul său public, verificabil și accesibil tuturor operatorilor economici, evitându-se raportarea la cotații comerciale private, prețuri de rafinărie sau alte elemente dependente de lanțul de aprovizionare al unor operatori economici. Cu toate acestea, pentru a asigura o corelare mai apropiată între mecanismul de ajustare și natura economică a produsului achiziționat, autoritatea contractantă precizează că a decis adoptarea unei măsuri de remediere, constând în înlocuirea indicelui INS privind costul materialelor în construcții cu indicele prețurilor producției industriale IPPI, publicat de... de Statistică pentru clasa.... 2... „Fabricarea produselor obținute din prelucrarea țițeiului", categorie apreciată ca fiind mai apropiată de specificul economic al bitumului rutier. Autoritatea contractantă subliniază că această măsură nu reprezintă o recunoaștere a nelegalității documentației, ci doar o adecvare suplimentară a mecanismului de ajustare.

În acest sens, autoritatea contractantă arată că va publica o erată în SEAP și va modifica fișa de date, caietul de sarcini și proiectul de contract. Prezintă noua formulă de ajustare a prețului, care menține caracterul ferm al prețului în primele 3 luni de la semnarea contractului și permite ulterior ajustarea, la solicitarea furnizorului, pe baza indicelui IPPI aferent clasei CAEN.... Autoritatea contractantă descrie în detaliu elementele formulei, documentele necesare pentru solicitarea ajustării, condiția existenței unei variații minime de ±5%, aplicarea ajustării exclusiv pentru livrările viitoare, termenul de analiză a solicitărilor de ajustare de maximum 5 zile lucrătoare, plafonarea ajustării cumulative la ±...% din prețul inițial și mecanismul aplicabil în situația în care indicele IPPI nu mai este publicat sau metodologia sa se modifică. De asemenea, precizează că nu vor fi utilizate documente privind lanțul de aprovizionare, prețuri de rafinărie, facturi de achiziție, costuri de transport, costuri individuale de carburant, prețuri de producător sau adaosuri comerciale ca elemente de calcul pentru ajustarea prețului.

Referitor la critica privind menținerea prețului ferm în primele 3 luni, autoritatea contractantă susține că această clauză este rezonabilă, proporțională și necesară pentru asigurarea predictibilității bugetare și a stabilității executării contractului. Arată că durata contractului este de 12 luni și că posibilitatea ajustării prețului este recunoscută expres după

expirarea perioadei inițiale de 3 luni. Menționează că operatorii economici cunosc această condiție înainte de depunerea ofertelor și își pot fundamenta oferta financiară luând în considerare toate clauzele contractuale. Totodată, subliniază că prevederea este aplicabilă în mod egal tuturor participanților și respectă dispozițiile Legii nr...., H.G. nr. 395/2016 și... nr...., precizând că... nr.... invocată de contestatoare a fost abrogată. În consecință, solicită menținerea clauzei.

Cu privire la pragul de ±5% pentru declanșarea ajustării, autoritatea contractantă apreciază că susținerile contestatoarei sunt nefondate. Arată că pragul nu elimină dreptul la ajustare, ci stabilește un nivel minim de variație necesar pentru activarea mecanismului, evitând ajustările frecvente generate de fluctuații minore și asigurând stabilitatea executării contractului și predictibilitatea bugetară. Consideră că ajustarea pentru orice variație, indiferent de nivel, ar transforma prețul contractual într-un preț permanent fluctuant. De asemenea, menționează că pragul este cunoscut de toți ofertanții înainte de depunerea ofertelor și că respectă prevederile Legii nr...., H.G. nr. 395/2016 și... nr..... În consecință, solicită menținerea pragului de ±5%.

Referitor la critica privind clauza din proiectul de contract potrivit căreia livrările se efectuează în funcție de necesitățile autorității contractante și de capacitatea de depozitare, autoritatea contractantă susține că această prevedere are o justificare tehnică și operațională evidentă. Arată că bitumul rutier este un produs care necesită condiții speciale de transport, descărcare, depozitare și menținere la temperatură adecvată și că nu poate recepționa cantități care depășesc capacitatea tehnică și fizică de depozitare existentă. Precizează că această clauză nu reprezintă un criteriu de calificare, nu restrânge accesul la procedură și nu favorizează niciun operator economic, reglementând exclusiv modalitatea de executare a contractului, respectiv efectuarea livrărilor pe baza comenzilor ferme emise în funcție de necesarul efectiv al autorității contractante. Autoritatea contractantă apreciază că eliminarea clauzei ar putea genera situații imposibil de gestionat, în care ar fi livrate cantități ce nu pot fi recepționate sau depozitate în condiții tehnice corespunzătoare.

În ceea ce privește criticile formulate împotriva clauzelor referitoare la penalitățile contractuale, autoritatea contractantă arată că proiectul de contract stabilește aceeași cotă procentuală de penalitate pentru ambele părți, respectiv...% pentru fiecare zi de întârziere. Explică faptul că, în cazul furnizorului, penalitatea se raportează la valoarea comenzii nelivrate la termen, întrucât obligația încălcată este obligația de livrare, iar în cazul achizitorului penalitatea se raportează la suma neachitată, deoarece obligația încălcată este obligația de plată. De asemenea, subliniază că proiectul de contract prevede plafonarea penalităților astfel încât acestea să nu depășească valoarea obligațiilor neexecutate sau valoarea facturilor neachitate, după caz. În opinia sa, nu poate fi reținută existența unui dezechilibru contractual.

Referitor la critica privind documentele tehnice solicitate prin documentația de atribuire, respectiv fișa tehnică, declarația de performanță, fișa cu date de securitate și raportul de încercare, buletinul de analiză sau documentul echivalent, autoritatea contractantă arată că acestea nu reprezintă cerințe de calificare suplimentare, ci documente necesare verificării conformității produsului ofertat cu cerințele caietului de sarcini. Precizează că bitumul rutier este utilizat în activități cu implicații directe asupra calității lucrărilor de drumuri și că autoritatea trebuie să se asigure că produsul ofertat respectă standardul aplicabil și cerințele minime stabilite prin documentație. Totodată, subliniază că documentația permite prezentarea unui raport de încercare, buletin de analiză sau document echivalent, fără a impune un document unic sau o modalitate rigidă de dovedire a conformității.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, autoritatea contractantă solicită respingerea acesteia, arătând că documentația de atribuire a fost elaborată cu respectarea dispozițiilor legale și că măsura de remediere adoptată are caracter preventiv și de adecvare suplimentară a formulei de ajustare, fără a constitui o recunoaștere a nelegalității documentației. De asemenea, subliniază că contestatoarea are obligația de a dovedi caracterul real, necesar și rezonabil al cheltuielilor pretinse.

În concluzie, autoritatea contractantă solicită Consiliului: să ia act de măsura de remediere parțială constând în înlocuirea indicelui INS privind costul materialelor în construcții cu indicele IPPI aferent clasei CAEN...; să respingă, ca rămase fără obiect, criticile privind lipsa de reprezentativitate a indicelui utilizat inițial pentru ajustarea prețului; să respingă ca neîntemeiate criticile referitoare la caracterul ferm al prețului în primele 3 luni, pragul de ajustare de ±5%, clauza privind livrările în funcție de necesitățile autorității contractante și capacitatea de depozitare, clauzele privind penalitățile contractuale și documentele tehnice solicitate; să dispună menținerea procedurii cu documentația remediată prin erată publicată în SEAP și să respingă solicitarea de acordare a cheltuielilor de judecată.

În susținerea punctului de vedere, depune documentația de atribuire publicată în SEAP, contestația formulată de.... și dovada măsurilor de remediere dispuse.

Prin notele scrise nr...., înregistrate la CNSC cu nr...., contestatoarea.... reiterează criticile formulate prin contestație și solicită admiterea acesteia, respingerea apărărilor autorității contractante și obligarea acesteia la remedierea integrală a clauzelor considerate nelegale. Contestatoarea susține că măsurile de remediere adoptate de.... nu au rămas fără obiect criticile formulate, ci reprezintă o recunoaștere implicită a caracterului nelegal al documentației de atribuire, întrucât simpla înlocuire a indicelui INS cu indicele... nu elimină viciile de fond ale clauzelor contractuale atacate.

În dezvoltarea argumentelor sale, contestatoarea arată că perioada de preț ferm de 3 luni și pragul de ajustare de ±5% continuă să transfere în mod nelegal riscurile pieței asupra furnizorului, făcând iluzoriu mecanismul de ajustare a prețului. Se susține că indicele IPPI nu reflectă prețul real al bitumului, ponderea acestuia în formarea indicelui fiind nesemnificativă, iar pragul de ±5% împiedică activarea efectivă a formulei de ajustare chiar și în condițiile unor creșteri succesive ale prețurilor. Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă ignoră principiul reechilibrării contractuale și interpretează eronat efectele abrogării... nr...., dreptul la ajustarea prețului fiind garantat de dispozițiile Legii nr.... și de normele europene aplicabile.

De asemenea, contestatoarea critică menținerea clauzei privind capacitatea de depozitare, apreciind că aceasta constituie o barieră comercială și restrânge accesul operatorilor economici din alte state membre, precum și clauzele penale din contract, pe care le consideră profund dezechilibrate, întrucât penalitățile aplicabile furnizorului sunt calculate asupra valorii brute a comenzilor și curg în zile calendaristice, în timp ce penalitățile aplicabile achizitorului sunt limitate la suma netă neachitată și se calculează numai pentru zile lucrătoare.

În final, contestatoarea solicită respingerea apărărilor formulate de autoritatea contractantă, eliminarea definitivă a perioadei de preț ferm de 3 luni, a pragului de ±5%, a cerinței privind capacitatea de depozitare și a mecanismelor de ajustare bazate pe indici INS, reechilibrarea clauzelor privind penalitățile conform principiului reciprocității și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată în cuantum de....

Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea.... a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr...., din data de..., în valoare de..., emisă de....

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61^1 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă... a inițiat o licitație deschisă în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „...”, iar *durata contractului este* de 12 luni.

Nemulțumită de prevederile documentației de atribuire referitoare la mecanismul de ajustare a prețului și de unele clauze ale proiectului de contract.... a formulat contestația ce face obiectul prezentei cauze.

Analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și cu prevederile documentației de atribuire, Consiliul constată că o parte dintre criticile formulate au fost afectate de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă ulterior sesizării Consiliului, iar celelalte urmează a fi analizate pe fond.

Prima categorie de critici privește mecanismul de ajustare a prețului stabilit inițial prin fișa de date, caietul de sarcini și proiectul de contract. În forma publicată inițial, documentația prevedea că prețul contractului este ferm în primele 3 luni de la data semnării contractului, iar după această perioadă ajustarea se poate realiza, la solicitarea furnizorului, o singură dată pe lună, în baza indicilor de preț publicați de... de Statistică, potrivit formulei: P_nou= P_initial × [... × (I_materiale_n / I_materiale_0) +... × (I_combustibil_n / I_combustibil_0) +...].

Documentația preciza că prin indicele pentru costul materialelor se înțelege indicele de cost în construcții pentru costul materialelor, publicat de INS în... de Prețuri, tabelul 15.B, iar prin indicele pentru combustibil se înțelege indicele prețurilor de consum pentru postul „Combustibili". A*justarea urma s*ă fie aplicată numai dacă prețul rezultat din formulă diferea cu minimum ±5% față de prețul inițial.

Contestatoarea a criticat această formulă, arătând, în esență, că indicii aleși nu reflectă evoluția economică a bitumului rutier și că ponderea stabilită pentru materialele de construcții nu are legătură cu structura reală de cost a produsului achiziționat.

Consiliul constată însă că, după formularea contestației, autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere și a emis Erata nr...., prin care prevederile anterioare privind ajustarea prețului au fost înlocuite integral cu o clauză consolidată. Potrivit acesteia, după perioada inițială de 3 luni, ajustarea se poate realiza, cel mult o dată pe lună, în baza indicelui prețurilor producției industriale, IPPI, publicat de... de Statistică pentru piața..., clasa.... 2... „Fabricarea produselor obținu*te din prelucrarea țițeiului", prin raportarea indicelui af*erent ultimei luni publicate la momentul solicitării la indicele de bază stabilit la data publicării eratei.

Erata mai prevede că ajustarea se aplică numai dacă prețul rezultat diferă cu minimum ±5% față de prețul în vigoare la data solicitării, numai pentru comenzile și livrările viitoare, fără efect retroactiv, iar documentele ori informațiile transmise în susținerea solicitării au exclusiv rolul de a permite verificarea aplicării formulei. Totodată, autoritatea contractantă a prevăzut expres că nu se utilizează ca elemente de calcul prețuri de rafinărie, facturi de achiziție, documente de transport, costuri individuale de carburant, prețuri de producător sau distribuitor ori adaos comercial.

În aceste condiții, Consiliul reține că formula inițială, întemeiată pe indicele de cost în construcții pentru materiale și pe indicele prețurilor de consum pentru combustibil, nu mai subzistă în documentația aplicabilă procedurii. Solicitarea contestatoarei de înlăturare a acestei formule a fost satisfăcută prin măsura adoptată de autoritatea contractantă, astfel încât, sub acest aspect, contestația a rămas fără obiect.

Susținerea contestatoarei potrivit căreia adoptarea măsurii de remediere ar echivala, prin ea însăși, cu recunoașterea nelegalității documentației nu poate fi primită. Relevant în soluționarea contestației este faptul că prevederea criticată a fost înlăturată și nu mai produce

efecte în procedură, iar Consiliul nu poate dispune anularea unei clauze pe care autoritatea contractantă a eliminat-o deja.

Prin notele scrise, contestatoarea a extins argumentația asupra mecanismului rezultat din Erata nr...., susținând că nici indicele IPPI aferent clasei CAEN... nu este reprezentativ pentru evoluția prețului bitumului, întrucât această clasă cuprinde mai multe produse petroliere, iar ponderea bitumului în cadrul ei ar fi redusă.

Consiliul constată că autoritatea contractantă a ales, prin măsura de remediere, un indice oficial, public, verificabil și accesibil tuturor participanților, aferent chiar clasei economice privind fabricarea produselor obținute din prelucrarea țițeiului. Împrejurarea că indicele nu este calculat exclusiv pentru produsul bitum rutier D70/1... nu demonstrează, în sine, nelegalitatea utilizării lui.

Reglementarea aplicabilă nu obligă autoritatea contractantă să reproducă prin clauza de ajustare structura individuală de cost a fiecărui furnizor și nici să utilizeze prețul concret al unei anumite rafinării sau al unui anumit lanț de aprovizionare. Mecanismul de revizuire trebuie să fie previzibil, obiectiv și determinabil, iar indicii și sursa informațiilor trebuie să fie cunoscute anterior depunerii ofertelor.

Sub acest aspect, Consiliul are în vedere și dispozițiile art.... alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora modificările contractuale pot fi realizate, fără organizarea unei noi proceduri, atunci când au fost prevăzute în documentele achiziției inițiale sub forma unor clauze de revizuire clare, precise și fără echivoc, inclusiv clauze de revizuire a prețului. În cauza de față, mecanismul rezultat din erată indică formula, indicele utilizat, sursa oficială, momentul de referință, frecvența ajustării și condițiile în care aceasta produce efecte.

În consecință, critica menținută prin notele scrise cu privire la lipsa de reprezentativitate a indicelui IPPI aferent clasei CAEN... este nefondată.

În ceea ce privește critica referitoare la menținerea caracterului ferm al prețului în primele 3 luni calendaristice de la data semnării contractului, Consiliul constată că durata contractului este de 12 luni, iar documentația nu exclude ajustarea pe întreaga perioadă contractuală, ci stabilește numai un interval inițial în care prețul ofertat rămâne ferm.

Potrivit art.... alin. (8) și (9) din Legea nr. 98/2016, pentru contractele de furnizare cu o durată mai mare de 6 luni autoritatea contractantă are dreptul să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, iar obligația de includere a unor asemenea clauze este prevăzută pentru contractele de furnizare care depășesc 24 de luni. În speță, contractul are durata de 12 luni, astfel încât nu poate fi identificat un drept legal al viitorului furnizor la ajustarea prețului începând chiar din prima zi de executare.

Condiția este cunoscută tuturor operatorilor economici anterior depunerii ofertelor, se aplică în mod identic tuturor participanților și permite acestora să își fundamenteze propunerea financiară având în vedere perioada inițială de preț ferm. Simpla susținere că primele 3 luni ar

putea coincide cu o perioadă de consum ridicat al bitumului nu demonstrează caracterul nelegal sau disproporționat al clauzei.

... nr.... nu conduce la o altă concluzie, în condițiile în care autoritatea contractantă a arătat că aceasta a fost abrogată, iar contestatoarea nu a indicat o dispoziție legală în vigoare care să interzică stabilirea unei asemenea perioade inițiale de preț ferm pentru contractul de furnizare în discuție.

Prin urmare, critica referitoare la eliminarea perioadei de 3 luni în care prețul este ferm este nefondată.

Cu privire la pragul de ±5% prevăzut pentru declanșarea ajustării, Consiliul constată că acesta nu suprimă mecanismul de revizuire și nu împiedică în mod absolut reflectarea unor variații succesive ale indicelui. Potrivit eratei, pragul se verifică prin compararea prețului rezultat din formulă cu prețul în vigoare la data solicitării, iar formula utilizează raportul dintre indicele curent și indicele de bază. În consecință, variațiile indicelui se pot cumula până la atingerea nivelului de activare a mecanismului.

Pragul operează simetric, atât în situația creșterii, cât și în situația scăderii prețului rezultat din formulă. El este cunoscut anterior depunerii ofertelor și urmărește evitarea modificării prețului pentru fluctuații minore, fără a elimina posibilitatea ajustării atunci când variația devine semnificativă.

Față de aceste considerente, critica privind eliminarea pragului de ±5% este nefondată.

Contestatoarea critică și clauza... din proiectul de contract, potrivit căreia „L*ivrarea se va face funcție de necesitățile autorității contractante și capacitatea de depozitare, pe bază de comandă scrisă, cu termen de livrare maxim 3 zile de la emiterea comenzii”, a*preciind că aceasta restricționează libera circulație a mărfurilor și afectează operatorii care transportă bitum din alte state membre.

Consiliul constată că prevederea criticată nu instituie o condiție de calificare, nu obligă ofertantul să dețină un depozit și nu condiționează participarea la procedură de localizarea unei capacități de stocare într-o anumită zonă. Clauza reglementează exclusiv modalitatea de executare a viitorului contract, respectiv efectuarea livrărilor în baza comenzilor autorității contractante, în funcție de necesarul efectiv și de posibilitatea fizică de recepționare și depozitare a produsului.

Bitumul rutier este un produs care se livrează în condiții tehnice specifice, iar autoritatea contractantă nu poate fi obligată să recepționeze o cantitate care depășește capacitatea proprie de depozitare. Totodată, obligația de livrare în termenul stabilit prin documentație este aceeași indiferent de originea produsului sau de statul din care acesta este transportat.

În consecință, nu se poate reține că art.... instituie o barieră geografică sau o condiție discriminatorie de acces la procedură, motiv pentru care critica este nefondată.

În ceea ce privește clauzele penale prevăzute la art.... și... din proiectul de contract, Consiliul reține că, în cazul neîndeplinirii la termen a obligațiilor de către furnizor, art.... stabilește penalități de...% pe zi de întârziere, calculate din valoarea comenzii lansate de achizitor și neonorate în termen, fără ca penalitățile să poată depăși contravaloarea obligațiilor contractuale neîndeplinite.

În mod corespunzător, art.... prevede că, dacă achizitorul nu își onorează obligațiile de plată în termenul contractual, furnizorul are dreptul la penalități de...% pe zi de întârziere din suma neachitată, începând cu prima zi lucrătoare după expirarea termenului de plată, penalitățile neputând depăși valoarea facturilor neachitate.

Consiliul nu identifică dezechilibrul susținut de contestatoare. Cota procentuală este aceeași pentru ambele părți, iar baza de calcul este raportată, în fiecare situație, la obligația concretă neexecutată. Pentru furnizor, obligația neexecutată este livrarea comenzii, astfel că penalitatea se raportează la valoarea comenzii neonorate. Pentru achizitor, obligația neexecutată este plata unei sume scadente, astfel că penalitatea se raportează la suma neachitată.

Principiul reciprocității nu presupune identitate textuală între clauze care sancționează obligații de natură diferită, ci existența unor consecințe previzibile pentru neexecutarea culpabilă a obligațiilor asumate de fiecare parte. În ambele situații penalitățile sunt plafonate la valoarea obligației neexecutate.

Faptul că art.... stabilește curgerea penalităților din prima zi lucrătoare după expirarea termenului de plată nu demonstrează, prin el însuși, existența unei clauze disproporționate, iar contestatoarea nu indică o normă legală care să impună redactarea perfect simetrică a termenilor celor două clauze.

Prin urmare, critica referitoare la reechilibrarea art.... și... din proiectul de contract este nefondată.

Contestatoarea susține, de asemenea, că autoritatea contractantă ar încălca regimul juridic al DUAE prin solicitarea, încă din cadrul ofertei, a fișei tehnice a produsului, declarației de performanță, fișei cu date de securitate, raportului de încercare ori buletinului de analiză și, după caz, a certificatului de control al producției în fabrică.

Consiliul constată că fișa de date include aceste documente la secțiunea IV.... *„Modul de prezentare al propunerii tehnice”* și precizează că ele sunt documente tehnice care nu conțin informații legate de prețuri, fiind solicitate pentru verificarea corespondenței produsului ofertat cu cerințele tehnice din caietul de sarcini.

Aceste documente nu au natura unor documente justificative aferente criteriilor de calificare asumate preliminar prin DUAE. Ele privesc produsul concret ofertat și permit comisiei de evaluare să verifice conformitatea propunerii tehnice cu specificațiile minime stabilite de autoritatea contractantă. Amânarea prezentării lor până la etapa verificării

ofertantului clasat pe primul loc ar lipsi comisia de elementele necesare evaluării conformității tehnice a ofertelor.

În plus, documentația nu impune o singură formă rigidă de probare, ci permite prezentarea unui raport de încercare, a unui buletin de analiză sau a altor documente echivalente relevante, iar certificatul FPC este solicitat *„după caz”.*

Prin urmare, susținerile întemeiate pe art. 59 din Directiva 2014/24/UE și pe regimul DUAE nu sunt aplicabile documentelor tehnice menționate, critica fiind nefondată.

În ceea ce privește invocarea principiului proporționalității prevăzut de art. 18 din Directiva 2014/24/UE și a libertății de circulație a mărfurilor, Consiliul constată că argumentele contestatoarei au caracter general și nu demonstrează că, în forma rezultată după remediere, documentația instituie condiții diferite în funcție de naționalitatea ofertantului, originea produsului sau locul de stabilire al operatorului economic.

De asemenea, împrejurarea că societatea contestatoare invocă... nr.... și... nr.... nu conduce, prin ea însăși, la concluzia nelegalității documentației din prezenta procedură. Legalitatea clauzelor contestate se analizează prin raportare la conținutul concret al documentației de atribuire și la măsurile de remediere adoptate în cauza de față, iar mecanismul inițial de ajustare a prețului a fost înlocuit prin Erata nr.....

Față de ansamblul celor constatate, Consiliul va respinge ca rămasă fără obiect contestația în ceea ce privește critica îndreptată împotriva formulei inițiale de ajustare a prețului, înlăturată prin Erata nr...., și va respinge ca nefondate celelalte critici privind indicele..., perioada de preț ferm de 3 luni, pragul de ±5%, clauza... privind capacitatea de depozitare a achizitorului, clauzele penale prevăzute la art.... și... și documentele tehnice solicitate în propunerea tehnică.

În ceea ce privește solicitarea.... de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației, Consiliul reține că, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016..., detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor trebuie prezentate înainte de pronunțarea deciziei.

Din actele puse la dispoziția Consiliului în prezenta cauză rezultă solicitarea unui onorariu de avocat în cuantum de..., însă nu rezultă depunerea documentelor doveditoare privind existența și plata efectivă a acestei cheltuieli. În lipsa dovezii existenței și întinderii cheltuielilor pretinse, cererea nu poate fi admisă.

În consecință, Consiliul va respinge ca nefondată solicitarea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile 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:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca rămasă fără obiect contestația formulată de...., în contradictoriu cu..., în ceea ce privește critica îndreptată împotriva mecanismului inițial de ajustare a prețului, înlăturat prin măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă prin Erata nr...., și, ca nefondate, celelalte critici formulate de....

Respinge ca nefondată cererea.... privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației.

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE, MEMBRU, MEMBRU,
...

... practicaua deciziei,
...

... în 4 exemplare, conține 14 (paisprezece) pagini.