În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ..
Data: ..

Prin contestația nr. 1849/18.12.2023, ...misă prin e-mail și înregistrată la CNSC cu nr. 68806/18.12.2023, formulată de SC .... SRL, cu sediul social în ..., având cod unic de înregistrare .., înregistrată la .., reprezentată de avocat ..., împotriva documentației de atribuire, elaborată de ....., prin ...., cu sediul în municipiul ....., ..., (comunicări prin intermediul ...), în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, organizată în baza prevederilor art. 104 alin. c) lit. e) din Legea nr. 98/20165, având ca obiect atribuirea contractului de furnizare „..... RUTIER D50/70 – 2.950 tone", conform Ordinului Inițiator nr. 1217/2023 al ..., înregistrat la .... sub nr. 58870/08.12.2023, s-a solicitat admiterea contestației și obligarea autorității contractante la adoptarea următoarelor măsuri de remediere:

„- să elimine condițiile cerute pentru .....ul produs de rafinărie și nerafinărie;

- să elimine cerința de adezivitate pe agregate granitice, aflată în afara standardului;

- să elimine cerința de lipsă valabilitate produs .....;

- să elimine cerința de penalitate de 10% din valoarea contractului;

- să introducă o formulă de ajustare, având în vedere că obiectul procedurii este un bun cotat bursier".

De asemenea, contestatoarea a solicitat cheltuieli de judecată în cuantum de 9800 lei, onorariu avocat conform actelor anexate (raportată la valoarea procedurii, complexitatea cauzei, valoarea cauțiunii etc.).

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de

față, prin care SC .... SRL critică documentația de atribuire, solicitând cele redate în partea introductivă.

În fapt, contestatoarea menționează că ..... SA, prin ...., a organizat o procedura de achiziție publică prin intermediul ....., în scopul achiziționării cantității de 2950 to ..... rutier, cu o valoare estimată de 8.850.000 lei, fără TVA (3000 lei/to, fără TVA), în baza Odinului Inițiator nr. 1217/2023, iar, întrucât caietul de sarcini conținea mai multe cerințe restrictive, prin adresa nr. 2359/13.12.2023, ... SRL a solicitat autorității contractante clarificări, iar aceasta a fost de acord să elimine doar o parte dintre acestea, fapt pentru care a depus contestația în analiză.

Reclamă faptul că autoritatea nu a eliminat următoarele cerințe ale documentației de atribuire, deși acestea sunt restrictive:

1. Producătorul, care nu este rafinărie, va trebui să prezinte sursa materiei prime (.....), precum și procesul de producție, în vederea obținerii produsului furnizat, conform documentelor de certificare.

În opinia petentei, această cerință, solicitată doar pentru producătorii ne/rafinării este de natură a încălca principiul egalității de tratament.

Subliniind faptul că autoritatea contractantă intenționează achiziția de ....., produs standardizat la nivel național și european și nu ..... de anumită origine, produs doar de rafinării, contestatoarea apreciază că *„se introduc astfel obstacole certe și inutile, care au doar rolul de a restrânge concurența și fără legătură cu obiectul procedurii”*.

Afirmă că nu se explică motivul pentru care, pentru un produs standardizat, anumiți producători care nu au statut de rafinărie trebuie să arate modul de producție, iar rafinăria, nu.

Petenta susține că, prin adresa nr. 60003/14.12.2023, autoritatea contractantă a răspuns cu privire la această chestiune într-un mod care nu are nici o legătură cu problema ridicată, arătând că:

- are capacități limitate de depozitare a .....ului de calități diferite, proveniența trebuie să fie constantă;

- este obligată să facă noi studii de dozaj, dacă se schimbă fabricantul .....ului.

.... SRL subliniază faptul că răspunsul nu are legătură cu solicitarea sa de clarificare.

2. Autoritatea contractantă solicită ca adezivitatea .....ului să fie determinată pe anumite agregate de natură granitică.

Petenta susține că acest lucru nu este prevăzut în standard sau AND 605, care obligă ca adezivitatea să fie de min 80 %. În caz contrar, se vor utiliza aditivi de adezivitate.

În opinia sa, tipul de agregat pe care îl utilizează autoritatea contractantă este o problemă care nu are legătură cu furnizorul de ....., care trebuie să livreze un produs standardizat. Tipul de

agregat utilizat este problema interna a autorității contractante și nu a furnizorului de .....

Prin urmare, contestatoarea solicită eliminarea cerinței „AGREGATE GRANITICE”, care nu se regăsește în standard.

3. Nu exista produs de tip „.....” care să nu aibă un termen de valabilitate.

Petenta arată că, într-adevăr, standardul nu impune anumite limite, fiind la latitudinea fiecărui producător să decidă ce perioadă de garanție acordă, însă autoritatea contractantă nu permite ca singura rafinărie din țară –„.....” - să poată oferta, aceasta oferind o garanție de 30 zile.

Susține că, astfel, se încurajează importurile realizate de la producători mai mult sau mai puțin consacrați, care pot livra ..... (teoretic), fără termen de valabilitate.

Precizând că garanția pe care trebuie să o acorde autoritatea contractantă pentru lucrările de asfaltare (de minimum 3 ani) vizează contracte publice de lucrări și nu de produse cum este contractul curent, contestatoarea afirmă că, în mod evident autoritatea contractantă „caută să își asigure în viitor” eventuali vinovați pentru lucrările de proastă calitate executate.

Susține că, întrucât, în compoziția asfaltului, nu intră doar ....., ci o serie de alte multe produse, furnizorul de ..... nu poate fi tras la răspundere pentru calitatea .....ului la trei ani de la livrare, dacă autoritatea contractantă nu a respectat procedura de punere în operă a asfaltării (o procedură complexă, arătată de AND 605).

4. Clauza de la art. 23.4 din contract prin care autoritatea contractantă solicită să fie despăgubită cu o suma de 10 % din valoarea contractului, în cazul în care furnizorul nu își respecta obligațiile asumate, ce au constituit factor de evaluare.

În opinia petentei, această clauza este abuzivă, dând dreptul autorității contractante să dețină o poziție de superioritate și discreționară într-un contract sinalagmatic, consensual și comutativ.

Afirmă că, practic, dacă se analizează unul dintre cei doi factori de evaluare (livrarea în termen de 1 sau 3 zile), în cazul în care (ipotetic) furnizorul va întârzia livrarea cu o oră sau o zi în afara termenului ofertat, autoritatea contractantă îi va putea percepe o penalitate de 895.000 lei (10 % din valoarea contractului), în condițiile în care legea și contractul prevăd deja modalități multiple de sancționare (doar) a furnizorului în cazul în care acesta nu-și execută obligațiile asumate.

Arătând că autoritatea contractantă solicită astfel o garanție de bună execuție de 10 %, dublată de o altă penalitate de încă 10 %, cerință aflată în afara prevederilor legale, contestatoarea solicită acesteia *„să elimine această condiție abuzivă și unică în analele contractelor publice or să introducă o clauză corelativă”.*

Subliniază faptul că, din informațiile pe care le deține, autoritatea contractantă procedează în mod regulat în acest fel, introducând condiții și cerințe de natura a înlătura orice concurență (în ultimii cel puțin 10 ani, a existat un singur ofertant și un câștigător unic).

5. Cu privire la prețul ferm, petenta apreciază că, fiind vorba de un bun cotat bursier și sezonier (al cărui preț poate coborî sau urca într-un an și 100 %), autoritatea contractantă are obligația utilizării eficiente a fondurilor publice (mai ales că ..... are clauze de ajustare în toate contractele).

Apreciază că, în contextul în care prețul curent al produsului „.....” este de 2000 lei/to, valoarea estimată de 3000 lei/to (plus cei 10 % legali) arată un preț posibil de contract cu mult mai mare față de piață. Prin urmare, dacă, în 2024, prețul de piață va coborî (conform previziunilor), autoritatea contractantă va cumpăra ..... la preț dublu, generând o pagubă bugetului public de aproximativ 1.000.000 euro. În cazul în care prețul va crește, este cert că autoritatea contractantă se va prevala de dispozițiile art. 222^2 din Legea nr. 98/2016 (legat de impreviziune) și va modifica prețul.

Afirmă că, practic, prețul ferm (ca și alte clauze) este doar un truc pentru evitarea concurentei.

Arată că, deși legea nu obligă la introducerea unor formule de ajustare în contractele cu durata de 12 luni, consideră că, pentru a respecta principiul utilizării eficiente a banilor publici, autoritatea contractantă trebuie sa fie obligată sa introducă o clauză de ajustare.

Având în vedere cele expuse, ... SRL solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată și motivată.

În susținere, contestatoarea face trimitere la considerentele deciziilor CNSC nr. 2673/14.11.2023, respectiv nr. 2221/22.09.2023 (..... ..... versus),dosare cu obiecte similare.

Prin adresa nr. 60746/19.12.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 69250/19.12.2023, ... SA, prin .... a precizat că va suspenda din proprie inițiativă, în cursul zilei de 19.01.2023, procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, organizată în baza prevederilor art. 104 alin. (5) lit. c) din Legea nr. 98/2016, având ca obiect atribuirea contractului de furnizare „..... RUTIER D50/70 – 2.950 tone”, inițiată prin Ordinul inițiator nr. 1217/2023 al ..., înregistrat la .... sub nr. 58870/08.12.2023.

Menționează că datele prevăzute în Ordinul inițiator pentru demararea demersurilor de negociere fără publicare prealabilă sunt următoarele: depunere oferte: 19.12.2023, ora 10.00; deschidere oferte: 19.12.2023, ora 10.00; ședința de tranzacționare pe platforma electronică a ..... – se va stabili după finalizarea analizei ofertelor.

Mai arată că, în data de 14.12.2023, a publicat răspunsul consolidat la solicitările de clarificări cu adresa nr. 60003/14.12.2023, iar, în data de

18.12.20223, a recepționat contestația nr. 1849/18.12.2023, de la .... SRL, aceasta fiind înregistrată la .... sub nr. 184918/18.12.2023.

Autoritatea contractantă precizează că operatorii economici care au depus ofertele conform ordinului inițiator nr. 1217/2023, în termenul limită de depunere sunt: SC .....R SRL, SC ....G SRL și SC .... SRL.

Prin urmare, având în vedere că au fost depuse ofertele pentru achiziție, s-a hotărât la nivelul autorității contractante suspendarea procedurii de achiziție, până la soluționarea contestației de către CNSC, astfel încât să fie evitată anularea aplicării procedurii în cazul în care contestația ar fi admisă, iar Consiliul ar dispune măsuri de remediere a documentației de atribuire.

Prin adresa nr. 1874/21.12.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 70441/27.12.2023, ... SRL, prin avocat Sorin Tarara, a depus următoarele documente:

- împuternicirea avocațială seria ....

- recipisa de consemnare nr. 209801373/1, eliberată de CEC BANK Sucursala Ploiești la data de 21.12.2023, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 177.000,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 3523/2023.

- dovada cheltuielilor de judecată. Factura nr. 43/21.12.2023 pentru suma de 9.500 lei și OP nr. 212112 din 21.12.2023 procesat și decontat prin aplicația OTP direkt, pentru suma de 9.500 lei.

Prin punctul de vedere nr. 61586/27.12.2023, înregistrat la CNSC cu nr. 70749/28.12.2023, ..., prin .... a solicitat respingerea contestației formulată de .... SRL, ca nefondată.

În prealabil, autoritatea contractantă menționează că Bursa Romana de Mărfuri S.A. a publicat documentația pe site-ul propriu ..., în secțiunea „Active", Ordinul Inițiator nr. 1217/2023 si a .....mis invitația de participare nr. 112/08.12.2023, către operatori economici de profil din baza de date.

Conform Ordinului Inițiator, termenul limită de depunere a ofertelor a fost stabilit pentru data de 19.12.2023, ora 10:00, fizic la sediul Bursei Romane de Mărfuri - Terminalul .....: termenul limită pentru solicitări de clarificare a fost 13.12.2023, ora 1500.; termen limită pentru răspunsuri la solicitări de clarificare: 14.12.2023, ora 1500.

Precizează că, în data de 11.12.2023 ..... SA, prin .... a notificat Agenția Națională pentru Achiziții Publice despre intenția de a organiza la Bursa Romana de Mărfuri -Terminalul ....., conform Ordinului Inițiator nr. 1217/2023, procedura de „negociere fără publicarea prealabila a unui anunț de participare”, conform art. 104 alin. 5) lit. c) din Legea nr. 98/2016, modificată si completată.

Toate informațiile pe care autoritatea contractantă trebuie să le includă în notificarea către Agenția Națională pentru Achiziții Publice privind negocierile fără publicare prealabilă derulate au fost .....mise cu adresa nr. 59211/11.12.2023, prin e-mail la adresele „notificari@anap.gov.ro" și contact@anap.gov.ro.

Valoarea estimată a achiziției este de 8.850.000,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *„cel mai bun raport calitate – preț*".

Arată că au fost solicitate clarificări la documentația de atribuire de către SC .... SA (adresa înregistrată la .... nr. 59236/11.12.2023) și SC .... SRL (adresa nr. V2359/13.12.2023, înregistrata la registratura ..... Constanta sub nr. 59961/14.12.2023).

Autoritatea contractantă precizează că, în data de 14.12.2023, a .....mis la ,,, ... răspunsul la solicitările de clarificări cu adresa nr. 60003/14,12.2023, iar ..... a publicat răspunsul consolidat pe site-ul propriu, la Ordinul Inițiator nr. 1217/2023 în data de 08.12.2023.

Menționează că au depus ofertă, până la data de 19.12.2023, ora 10, următorii operatori economici SC .....R SRL, SC .... SA și SC .... SRL, iar, în data de 18.12.2023, ofertantul .... SRL, i-a .....mis, prin e-mail, contestația nr. 1849/18.12.2023, înregistrată la sediul .... sub nr. 60541/18.12.2023,

Precizează că, în data de 19.12.2023, prin adresa nr. 60728/ 19.12.2023 a informat operatorii economici care au depus ofertă, în termenul stabilit conform ordinului inițiator mai sus menționat, că întrucât a fost depusă o contestație împotriva documentației de atribuire, autoritatea contractantă a luat măsura suspendării, din proprie inițiativă a procedurii de achiziție, până la soluționarea contestației de către CNSC, astfel încât să fie evitată anularea aplicării procedurii, în cazul în care contestația ar fi admisă și Consiliul ar dispune măsuri de remediere ale documentației.

...., în calitate de autoritate contractantă solicită respingerea contestației formulată de .... SRL, ca nefondată în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, arătând următoarele:
- la documentația de atribuire au solicitat clarificări operatorii economici SC .... și SC .... SRL, iar autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 60003/14.12.2023, răspunsul consolidat al autorităţtii contractante fiind publicat de ..... pe site-ul propriu, la Ordinul Inițiator nr. 1217/2023, în data de 08.12.2023.

Întrebare 1: *„Având în vedere că produsul solicitat este unul standardizat, rugăm eliminați cerințele care diferențiază producătorul rafinarie față de producătorul nerafinărie (pag.4, pct.3.2.1)".*

Răspuns 1: *„Autoritatea contractantă nu poate renunța la cerințele înscrise în caietul de sarcini la punctul 4 și punctul 3.2.1 (..), deoarece*

„Normativul AND 605 art. 51(2), impune un nou studiu de dozaj de fiecare dată când apare schimbarea sursei de liant sau a tipului de liant/calității liantului, obligând necesitatea unei depozitari separate.

Având în vedere posibilitatea de depozitare limitată pe surse sau calități diferite de ....., proveniența produsului ..... D50/70, va trebui să fie de la o singură sursă/rafinărie/producător care să livreze produsul cu caracteristicile constante, pentru toata cantitatea contractată.

Producătorul, dacă nu este o rafinărie, va trebui să prezinte sursa materiei prime (.....), precum și procesul de producție în vederea obținerii produsului furnizat, conform documentelor de certificare".

Întrebare 2: *„Adezivitatea pe agregate de natura granitica nu este în SR EN 12591 și AND 605. Rugăm eliminare".*

Răspuns 2: *„Conform AND 605/2016 Normativ privind mixturile asfaltice executate la cald. «Condiții tehnice de proiectare, preparare și punere în operă», la secțiunea a 3-a - «Lianți», în art. 32 se specifică «.....ul și .....ul modificat cu polimeri trebuie să prezinte o adezivitate de min. 80% față de agregatele natural utilizate la lucrarea respectivă, în caz contrar se va aditiva cu agenți de adezivitate».*

Având în vedere că .....ul este necesar pentru fabricarea mixturilor asfaltice la care se utilizează agregate de natura granitică, este necesar ca .....ul să îndeplinească această condiție".

Întrebare 3: *„Rugăm precizați temeiul solicitării Certificatului de Constantă a Performanței Produsului în condițiile în care SR EN 12591 prevede certificarea .....ului în sistem 2 + (certificat de conformitate a produsului în fabrică)".*

Răspuns 3: *„Autoritatea contractantă renunță la cerința cu privire la prezentarea certificatului de constanță a performanței produsului".*

Întrebare 4: *„Având în vedere evoluția preturilor din piața de ....., rugăm analizarea, posibilitatea introducerii unei formule de ajustare"*.

Răspuns 4: *„Autoritatea contractantă nu a inclus o formulă de ajustare a prețului deoarece durata contractului nu depășește 12 luni".*

Conform prevederilor art. 222^2 alin. (9) din Legea nr. 98/2016: «Autoritatea contractantă este obligată să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele de servicii sau furnizare care se derulează pe o perioadă ce depășește 24 de luni și pentru contractele de lucrări care se derulează pe o perioadă ce depășește 6 luni»".

Întrebare 5: *„Având în vedere că produsul ..... rutier este un material pentru construcții, potrivit O.U.G. nr. 47/2022 este necesară aplicarea formulei de ajustare prevăzută de acest act normativ".*

Răspuns 5: *„Autoritatea contractantă nu a inclus o formulă de ajustare a prețului, deoarece durata contractului nu depășește 12 luni.*

Conform prevederilor art. 222[2] alin. (9) din Legea nr. 98/2016: «Autoritatea contractantă este obligată să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele de servicii sau furnizare care se derulează pe o perioadă ce depășește 24 de luni și pentru contractele de lucrări care se derulează pe o perioadă ce depășește 6 luni»".

Cu privire la cerința din caietul de sarcini potrivit căreia *„Producătorul, care nu este rafinărie, va trebui să prezinte sursa materiei prime (.....), precum și procesul de producție în vederea obținerii produsului furnizat, conform documentelor de certificare",* autoritatea contractantă precizează că, potrivit caietului de sarcini *„Normativul AND 605 art. 51(2), impune un nou studiu de dozaj de fiecare dată când apare schimbarea sursei de liant sau a tipului de liant/calității liantului, obligând necesitatea unei depozitari separate.*

Având în vedere posibilitatea de depozitare limitată pe surse sau calități diferite de ....., proveniența produsului ..... D50/70, va trebui să fie de la o singură sursă/rafinărie/producător care să livreze produsul cu caracteristicile constante, pentru toată cantitatea contractată.

Producătorul, dacă nu este o rafinărie, va trebui să prezinte sursa materiei prime (.....), precum și procesul de producție în vederea obținerii produsului furnizat, conform documentelor de certificare".

Autoritatea contractantă precizează că nu a solicitat aceasta cerință cu privire la procedura de fabricare a produsului «..... D50/70» pentru rafinării, deoarece acestea au proceduri consacrate de procesare a petrolului în urma cărora e produs și .....ul cu caracteristici standardizate. .....ul extras din petrol de către rafinării este un produs comercializat către diverși furnizori sau producători ce nu au statut de rafinărie.

Afirmă că solicitarea sa adresată către aceasta categorie de producători (ce nu au statut de rafinărie), respectiv prezentarea *„sursei materiei prime (.....), precum și procesul de producție în vederea obținerii produsului furnizat",* este susținută de faptul că această categorie de producători, prin procesul propriu de fabricare (amestecul .....urilor achiziționate din diverse surse), modifică caracteristicile standardizate ale .....ului provenit din rafinării. Astfel, produsul rezultat în acest mod are caracteristicile influențate de caracteristicile .....urilor utilizate în procesul propriu de producție.

Constanta caracteristicilor .....ului rezultat, depinde de menținerea sursei de proveniență a .....urilor, conform documentelor de certificare produs, precum și de respectarea cu strictețe a rețetelor și procedurilor de fabricare impuse de certificare.

Autoritatea contractantă precizează că, având în vedere că un produs rezultat din mixarea .....urilor din surse diferite, prezintă caracteristici diferite ale produsului final (marca proprie) – „.....ul

rutier D50/70”, a considerat necesară introducerea, în caietul de sarcini, a acestei cerințe în vederea eliminării riscului de a obține, în cadrul unei lucrări, sectoare de drum cu caracteristici neomogene.

Cu privire la cerința din caietul de sarcini ca *„adezivitatea să fie determinată pe anumite agregate de natură granitică”,* autoritatea contractantă precizează că, potrivit AND 605/2017 „Normativ privind mixturile asfaltice executate la cald. Condiții tehnice de proiectare, preparare și punere în opera", la secțiunea a 3-a – „Lianți”, art. 32 *se* specifică *„.....ul și .....ul modificat cu polimeri trebuie să prezinte o adezivitate de min. 80% față de agregatele naturale utilizate la lucrarea respectivă, în caz contrar se va aditiva cu agenți de adezivitate".*

Menționează că, având în vedere că .....ul este necesar pentru fabricarea mixturilor asfaltice la care se utilizează agregate de natură granitică, a solicitat ca .....ul achiziționat să îndeplinească această condiție.

Astfel, prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat ca .....ul achiziționat să respecte prevederile AND 605 respectiv, să asigure o adezivitate de min. 80% față de agregatele naturale-cribluri utilizate pentru drumuri clasa tehnică 1-3.

Învederează faptul că agregatele de natură granitică sunt agregatele ce respecta caracteristicile impuse de AND 605 pentru lucrările executate pe drumurile din administrarea .... clasa tehnică 1-3.

Cu privire la afirmația contestatoarei potrivit căreia *„nu există produs de tip ..... care să nu aibă un termen de valabilitate”,* autoritatea contractantă susține că este nefondată.

Referitor la termenele de valabilitate și de garanție pentru ....., autoritatea contractantă face trimitere la articolele din normativele care stau la baza întocmirii caietului de sarcini:

- AND 605/2016 art. 34: „*Perioada și temperatura de stocare vor fi alese în funcție de specificațiile producătorului, astfel încât caracteristicile inițiale ale .....ului să nu sufere modificări până la momentul preparării mixturii”.*

- SR EN 12591/2009, pct. 6.3.8 „Manipulare, depozitare și ambalare”: „*Producătorul trebuie să dețină proceduri care să prevadă metode de manipulare a produsului și zone de depozitare corespunzătoare, pentru a împiedica degradarea sau deteriorarea".*

Arată că, având în vedere cadrul legislativ înscris mai sus, a impus condiția de a achiziționa doar ..... rutier fără termene de valabilitate și/sau termene de garanție în condiții de depozitare corespunzătoare, tocmai în scopul evitării lucrărilor de proastă calitate a căror cauza este, în mare măsură, datorată calității lianților utilizați în fabricarea mixturilor asfaltice.

De asemenea, autoritatea contractantă învederează faptul că execută lucrări de reparații asfaltice și așternere covoare asfaltice pentru care trebuie să asigure o perioadă de utilizare de cel puțin trei ani, iar produsul „..... Rutier D50/70" ce va fi achiziționat în baza contractului ce face obiectul prezentei proceduri, reprezintă liantul .....inos pentru mixturile asfaltice fabricate de ..... SA și este strâns legat de perioada de utilizare de trei ani.

Cu privire la afirmația petentei potrivit căreia *„La art. 23.4 din contract regăsim o clauză prin care autoritatea contractantă solicită să fie despăgubită cu o suma de 10% din valoarea contractului, în cazul în care furnizorul nu își respecta obligațiile asumate ce au constituit factor de evaluare”,* autoritatea contractantă precizează că, potrivit „Instrucțiunii către ofertant”, Cap. IV.2.1) „Criterii de atribuire”, criteriul de atribuire este *„cel mai bun raport calitate-preț*”, cu factorul de evaluare „termen de livrare”.

Denumire factor:

Punctaj prețul ofertei: pondere 95%, număr de puncte 95.

Descriere: Componenta financiară.

Algoritm de calcul: Punctajul P(n) - max. 95 pct., se acordă astfel:

a) Pentru cel mai scăzut dintre prețuri se acordă punctajul maxim, respectiv 95 puncte;

b) Pentru celelalte prețuri ofertate punctajul P(n) se calculează proporțional, astfel; P(n) - (Preț min /Pret(n) x 95 pct.

Legenda: Preț min. - Cel mai mic preț ofertat în cadrul procedurii de atribuire;

Preț(n) - Prețul ofertat de operatorul economic pentru care se calculează punctajul.

Punctaj componenta tehnică: pondere 5%, număr de puncte 5.

Punctaj pentru factorul de evaluare „Termen de livrare"

Descriere: Promptitudinea onorarii comenzilor autorității contractante exprimat în număr de zile. Termenul maxim de livrare este de 3 zile. Termenul de livrare sub care nu se acorda punctaj este de 1 zi.

Algoritm de calcul: a) Pentru cel mai mic termen de livrare ofertat (exprimat în zile) se acordă punctajul maxim alocat factorului de evaluare, respectiv 5 puncte; Oferta cu termen de livrare mai mic de 1 zi nu va fi punctată suplimentar. Pentru un alt termen de livrare ofertat (TL nominal), decât cel prevăzut la lit a), punctajul se calculează astfel:

Punctaj TL nominal = (Termen minim de livrare ofertat /Termen livrare nominal) x 5 pct.

Autoritatea contractantă precizează că art.23.4 din modelul de contract, face referire la termenul de livrare și a fost elaborat conform modelului ANAP din ordinul nr. 1554 din 17 august 2023 privind aprobarea structurii și conținutului Documentației standard de atribuire a contractului de achiziție publică/sectorială de produse- Secțiunea III- Model Contract Achiziție.

Cu privire la afirmația contestatoarei potrivit căreia în ceea ce privește prețul ferm, *„în cauză fiind vorba de un bun cotat bursier și sezonier (al cărui preț poate coborî sau urca într-un an și 100 %) AC are obligația utilizării eficiente a fondurilor publice (mai ales că ..... are clauze de ajustare în toate contractele)”,* autoritatea contractantă susține că nu a inclus o formula de ajustare a prețului, deoarece durata contractului nu depășește 12 luni și, conform prevederilor art. 222^2 alin. (9) din Legea nr. 98/2016: *„Autoritatea contractantă este obligată să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele de servicii sau furnizare care se derulează pe o perioadă ce depășește 24 de luni și pentru contractele de lucrări care se derulează pe o perioadă ce depășește 6 luni”..*

Având în vedere cele mai sus prezentate, ... SA prin .... consideră argumentele aduse de .... SRL ca fiind neîntemeiate, iar contestația sa nefondată, motiv pentru care solicită Consiliului să o respingă.

Prin adresa nr. 19/18.01.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 1144/09.01.2023, ... SRL a răspuns punctului de vedere al autorității contractante, astfel:

1. Autoritatea contractantă descrie parțial istoricul licitației, arătând că a procedat la suspendarea procedurii, întrucât are în vedere posibila anulare (din nou) a procedurii de către CNSC, însă nu arată faptul că aceeași procedură de atribuire a mai fost anulată de două ori, o dată de către CNSC, iar o dată chiar la inițiativa sa.

2. În privința cerinței suplimentare cu privire la prezentarea de către ofertanții neproducători a sursei materiei prime (în timp ce rafinăriile nu au această obligație), petenta apreciază că argumentele aduse de achizitoare sunt speculații fără o justificare tehnică sau legală.

Reiterează susținerile din contestație potrivit cărora solicitarea acestei cerințe doar pentru producătorii ne/rafinării este de natură a încălca principiul egalității de tratament.

Subliniază faptul că se intenționează achiziția de „.....”, produs standardizat la nivel național și european și nu ..... de anumită origine, produs doar de rafinării.

În opinia petentei, toate apărările autorității contractante sunt *„simple alegații și păreri, nesusținute de nicio probă tehnică sau temei legal aplicabil”.*

3. Cu privire la cerința potrivit căreia care .....ul ofertat trebuie să îndeplinească parametrul de 80 % adezivitate pe agregatele de natură granitică, petenta arată că, la pag. 7, alin. 7 din punctul de vedere a menționat doar că aceste agregate respectă cerințele impuse de AMD 605, fapt, în opinia sa, fiind o „simplă speculație”.

Reclamând faptul că autoritatea contractantă nu indica unde anume, în AND 605, se arată că doar utilizarea agregatelor de natură granitică este permisă/posibilă etc., contestatoarea afirmă că aceasta

poate utiliza orice agregat, evident în condițiile tehnice impuse de normativ), la care .....ul să aibă o adezivitate de minimum 80 %.

Conchide că solicitarea de se oferta un ..... care să aibă adezivitate pe agregatele sale UNICE, nu este justificată practic, tehnic și legal.

4. Cu privire la termenul de valabilitate, petenta consideră că autoritatea contractantă este, din nou, într-o confuzie totală și arată că orice producător oferă un termen de valabilitate pentru produsul „.....", Standardul nu impune o perioada anume, însă acest fapt nu înseamnă că se va fabrica ..... cu garanție nelimitată sau fără garanție.

5. În privința clauzei contractuale prin care se solicită o garanție suplimentara de 10% din valoarea contractului (suplimentară față de cei 10% ai GIBE), petenta menționează că, în punctul său de vedere, că autoritatea contractantă arată expres că această clauză face referire la nerespectarea termenului de livrare și aduce astfel o modificare substanțială la caietul de sarcini.

6. În ceea ce privește problema prețului ferm, contestatoarea învederează faptul că aceasta afectează în mod deosebit bugetul/interesul public, cu mult peste cel privat.

Reiterând susținerile din cuprinsul contestației, afirmă: „ne aflăm în fața unei utilizări ineficiente a fondurilor publice, față de obiectul contractului, care este un bun cotat bursier".

În opinia sa, orice ofertant va lua în calcul realizarea de stocuri, iar utilizarea de ..... îmbătrânit este o altă problemă gravă a infrastructurii din țara noastră.

În susținere, petenta face trimitere la jurisprudența CNSC (dosarele nr. 2991/2023 și nr. 2376/2023).

Având în vedere cele expuse, ... SRL solicită admiterea contestației.

La data de 17.01.2024, autoritatea contractantă a .....mis modelul de contract, în completarea dosarului achiziției.

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

....., prin ...., în calitate de autoritate contractantă, a organizat negocierea fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în baza prevederilor art. 104 alin. c) lit. e) din Legea nr. 98/20165, având ca obiect atribuirea contractului de furnizare „..... ... – 2.950 tone", conform Ordinului Inițiator nr. 1217/2023 al ..., înregistrat la ..... SA - .... cu nr. 58870/08.12.2023, s-a solicitat admiterea contestației și obligarea autorității contractante la adoptarea următoarelor măsuri de remediere:

Valoarea estimată a achiziției este de 8.850.000,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate – preț".

Au fost solicitate clarificări la documentația de atribuire de către SC .... SA (adresa înregistrată la .... nr. 59236/11.12.2023) și SC .... SRL (adresa nr. V2359/13.12.2023, înregistrata la registratura ..... Constanta sub nr. 59961/14.12.2023) și a .....mis la .... răspunsul la solicitările de clarificări cu adresa nr. 60003/14.12.2023, iar acesta a publicat răspunsul consolidat pe site-ul propriu, la Ordinul Inițiator nr. 1217/2023, în data de 08.12.2023.

Până la data de 19.12.2023, ora 10, următorii operatori economici SC .....R SRL, SC .... SA și SC .... SRL au depus ofertă.

Prin adresa nr. 60746/19.12.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 69250/19.12.2023, ... SA, prin .... a precizat că va suspenda din proprie inițiativă, în cursul zilei de 19.12.2023, procedura de negociere.

Nemulțumită de prevederile documentației de atribuire, SC .... SRL a depus contestația în analiză.

Analizând criticile formulate de contestator, Consiliul constată că acestea vizează documentația de atribuire, respectiv anumite cerințe din caietul de sarcini și instrucțiuni pentru ofertanți. Prin urmare, Consiliul va proceda la soluţionarea contestaţiei analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat documentaţia de atribuire aferentă, sub aspectele criticate în contestație, cu luarea în considerare a legislaţiei în vigoare în domeniul achiziţiilor publice şi a argumentelor .....mise de către părţi.

Nemulţumit de modul în care autoritatea contractantă a întocmit documentația de atribuire, ... SRL a învestit Consiliul cu soluționarea contestației de față, solicitând eliminarea cerințelor contestate și introducerea unei formule de ajustare a prețului.

Referitor la criticile existente în contestație, Consiliul reține următoarele:

În caietul de sarcini (pag. 4, pct. 3.2.1.), autoritatea contractantă a solicitat următoarele:

„Producătorul, daca nu este o rafinărie, va trebui sa prezinte sursa materiei prime (.....) precum si procesul de producţie in vederea obţinerii produsului furnizat, conform documentelor de certificare.”

Contestatorul consideră că această cerință încalcă principiul egalității de tratament și solicită eliminarea ei.

Consiliul consideră neîntemeiată solicitarea contestatorului, din următoarele considerente:

Față de această cerință, contestatorul a făcut, prin adresa nr. 2359 din 13.12.2023, următoarea solicitare de clarificare:

„Având in vedere ca produsul solicitat este unul standardizat, rugam eliminaţi cerinţele care diferentiaza producătorul rafinarie fata de producătorul nerafinarie (pag. 4, pct.3.2.1)”.

Autoritatea contractantă a răspuns cu adresa nr. 60003/14.12.2023 precizând:

„Autoritatea contractanta nu poate renunţa la cerinţele înscrise in caietul de sarcini la pagina 4 si punctul 3.2.1 din caietul de sarcini, deoarece Normativul AND 605 art. 51(2), impune un nou studiu de dozaj de fiecare data cand apare schimbarea sursei de liant sau a tipului de liant/calitații liantului, obligand necesitatea unei depozitari separate.

Având in vedere posibilitatea de depozitare limitata pe surse sau calitați diferite de ....., provenienţa produsului ..... D 50/70, va trebui sa fie de la o singura sursa/rafinarie/producator care sa livreze produsul cu caracteristicile constante, pentru toata cantitatea contractata.”

Analizând AND 605, Consiliul constată că la art. 51 din normativ se precizează:

„(1) Stabilirea compoziţiei mixturilor asfaltice în vederea elaborării dozajului de fabricaţie se va efectua pe baza prevederilor acestui normativ. Studiul de dozaj va cuprinde obligatoriu:

- verificarea caracteristicilor materialelor componente (prin analize de laborator, respectiv rapoarte de încercare);

- procentul de participare al fiecărui component în amestecul total;

- stabilirea dozajului de liant în funcţie de curba granulometrică aleasă;

- validarea dozajului optim pe baza testelor iniţiale de tip conform tabelului 30 nr. crt. 1.

(2) Un nou studiu de dozaj se va realiza obligatoriu de fiecare dată când apare cel puţin una dintre situaţiile următoare:

- schimbarea sursei de liant sau a tipului de liant/calităţii liantului;

- schimbarea sursei de agregate;

- schimbarea tipului mineralogic al filerului;

- schimbarea aditivilor.”

Având în vedere această precizare din normativ, Consiliul apreciază ca întemeiată solicitarea autorității contractante ca proveniența produsului ..... rutier 50/70 să fie de la o singură sursă/rafinărie/ producător care să livreze produsul cu caracteristicile constante, pentru toată cantitatea contractată. Oricum, operatorii economici trebuie să prezinte documente de certificare a produsului, așa cum a solicitat autoritatea contractantă în instrucțiuni pentru ofertanți, respectiv:

„IV.4.1. Modul de prezentare a propunerii tehnice (...)

3) Anexe-cu informaţii solicitate de autoritatea contractanta:

-Fisa tehnica a produsului/fisa de Securitate

- Certificat ISO-9001- pentru sistemul de management al calitatii deţinut de Producător si Furnizor

- Certificat ISO-14001- pentru sistemul de management de mediu detinut de Producător si Furnizor

- marcajul CE cu descrierea produsului si informaţii despre caracteristicile reglementate detinut de Producător

- Certificatul de constanta a performantei produsului detinut de Producător
- Certificatul de conformitate a controlului producţiei in fabrica detinut de Producător
- Sa prezinte Certificatul de calitate si Declaraţia de performanţă emise de Producător
- Sa prezinte rapoarte de încercări efectuate pentru evaluarea .....ului emise de un laborator autorizat, care sa respecte frecventa, conform SR EN 12591/2009".

Astfel, Consiliul constată că cerința din caietul de sarcini reflectă nevoia ....

Consiliul nu poate obliga autoritatea contractantă la eliminarea cerinței criticate, întrucât s-ar limita dreptul autorității de a achiziționa produse care să corespundă întocmai necesităților sale obiective, drept prevăzut la art. 155 și art. 156 din Legea nr. 98/2016. Nu există nicio prevedere legală care să oblige autoritățile să accepte produse care nu corespund necesităților acestora.

Prin caietul de sarcini (pag. 3, tabel 1, pct. 12) autoritatea contractantă a solicitat ca adezivitatea .....ului la agregate de natură granitică (spectrofotometru) să fie de min. 80%.

Contestatorul afirmă că această cerință nu este prevăzută în standard (SR EN 12591/2009) și solicită eliminarea ei.

Consiliul consideră neîntemeiată solicitarea contestatorului, din următoarele considerente:

Față de această cerință, contestatorul a făcut, prin adresa nr. 2359 din 13.12.2023, următoarea solicitare de clarificare:
„Adezivitatea pe agregate de natura granitica nu este in SR EN 12591 si AND 605. Rugam eliminare."

Autoritatea contractantă a răspuns cu adresa nr. 60003/14.12.2023 precizând:
„Conform AND 605 - Normativ privind mixturile asfaltice executate la cald. Condiţii tehnice de proiectare, preparare si punere in opera, la secţiunea a 3-a - Lianţi, în art. 32 se specifica «.....ul si .....ul modificat cu polimeri trebuie sa prezinte o adezivitate de min. 80% fata de agregatele natural utilizate la lucrarea respectiva, in caz contrar se va aditiva cu agenţi de adezivitate».
Având in vedere ca .....ul este necesar pentru fabricarea mixturilor asfaltice la care se utilizează agregate de natura granitica, este necesar ca .....ul sa indeplinească aceasta condiţie".

Analizând AND 605, Consiliul constată că la art. 32 din normativ se precizează:
„.....ul şi .....ul modificat cu polimeri trebuie să prezinte o adezivitate de minimum 80% faţă de agregatele naturale utilizate la lucrarea respectivă. În caz contrar, se va aditiva cu agenţi de adezivitate."

După cum se poate observa, precizarea din normativ se referă la toate agregatele naturale, inclusiv la cele granitice.

Având în vedere această precizare din normativ, Consiliul apreciază ca întemeiată solicitarea autorității contractante ca .....ul achiziționat să îndeplinească această condiție.

Contrar celor afirmate de contestator, tipul de agregat utilizat este și problema furnizorului de ....., deoarece prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă a precizat:

„2.2 Informaţii despre contextul care a determinat achiziţionarea produselor (...)

.....ul rutier este liantul care in amestec cu agregatele naturale (cribluri, nisip) si filerul, formeaza mixtura asfaltica. (...)

2.3 Informaţii despre beneficiile anticipate de către Achizitor (...)

.....ul tip D50/70 intra in procesul de fabricare a mixturilor asfaltice, in amestec cu produsele de cariera (nisip, piatra sparta de ***natura granitica****) si filer, iar aceste mixturi asfaltice trebuie sa isi păstreze caracteristicile astfel incat lucrările realizate sa poata fi garantate minim 3 ani."*

Deci, necesitatea autorității contractante este de a obține un beneficiu din folosirea agregatului piatră spartă de natură granitică.

Având în vedere că .....ul este necesar pentru fabricarea mixturilor asfaltice la care se utilizează agregate de natură granitică, în mod corect, autoritatea contractantă a solicitat ca .....ul achiziționat să îndeplinească această condiție.

Prin caietul de sarcini (pct. 1) autoritatea contractantă a solicitat ca .....ul achiziționat să respecte prevederile AND 605 - Normativ mixturi asfaltice executate la cald. Condiții tehnice privind proiectarea, prepararea și punerea în operă.

Critica contestatorului referitoare la faptul că în documentația de atribuire nu există un termen de valabilitate pentru produsul ....., Consiliul o consideră neîntemeiată, din următoarele considerente:

Cu privire la termenul de valabilitate și termenul de garanție pentru ....., normativele care au stat la baza întocmirii caietului de sarcini, prevăd următoarele:

- AND 605/2016 art. 34: „*Perioada si temperatura de stocare vor fi alese in funcţie de specificaţiile producătorului, astfel încât caracteristicile iniţiale ale .....ului sa nu sufere modificări pana la momentul prepararii mixturii*";
- SR EN 12591/2009 pct. 6.3.8 Manipulare, depozitare și ambalare: „*Producătorul trebuie sa detina proceduri care sa prevada metode de manipulare a produsului si zone de depozitare corespunzătoare, pentru a impiedica degradarea sau deteriorarea*".

După cum se poate observa, cadrul legislativ de mai sus prevede faptul că producătorul .....ului stabilește un termen de valabilitate sau un termen de garanție pentru ....., nu autoritatea contractantă.

De altfel, chiar contestatorul a invocat o declarație de conformitate de la producătorul de ..... (.....) în care acesta a stabilit un termen de valabilitate și un termen de garanție.

Ca urmare, autoritatea contractantă, în mod corect, a impus condiția de a achiziționa ..... rutier fără termene de valabilitate și/sau termene de garanție, în condiții de depozitare corespunzătoare, pentru a nu restricționa participarea la procedura de achiziție.

Prin modelul de contract (pct. 23.4) autoritatea contractantă a solicitat:

„(...) *în măsura în care una din obligațiile care nu au fost executate conform contractului a constituit factor de evaluare în cadrul procedurii de atribuire, contractantul este obligat să despăgubească achizitorul cu o sumă în cuantum de 10% din valoarea contractului*."

Contestatorul consideră că această clauză este abuzivă și solicită eliminarea ei.

Consiliul consideră neîntemeiată solicitarea contestatorului, din următoarele considerente:

Conform Instrucțiuni către ofertanți, Cap IV.2.1) Criterii de atribuire, autoritatea contractantă a stabilit un termen maxim de livrare de 3 zile (factor de evaluare). Impunând această despăgubire, autoritatea contractantă încearcă să determine pe ofertantul câștigător să respecte acest termen de livrare. Totodată, Consiliul constată că despăgubirea a fost stabilită în conformitate cu prevederile Ordinului nr. 1554/2023 privind aprobarea structurii și conținutului Documentației standard de atribuire a contractului de achiziție publică/sectorială de produse, emis de ANAP, care la Secțiunea III-Model Contract Achiziție, precizează:

„Prin excepţie de la dispoziţiile art. 23.3, în măsura în care una din obligaţiile care nu au fost executate conform contractului a constituit factor de evaluare în cadrul procedurii de atribuire, contractantul este obligat să despăgubească achizitorul cu o sumă în cuantum de 10% din valoarea contractului."

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă precizează că *„Articolul 23.4 din modelul de contract, face referire la termenul de livrare*".

Afirmația contestatorului, din adresa nr. 19/08.01.2024, că prin această precizare din punctul de vedere, autoritatea contractantă a modificat documentația de atribuire, nu este întemeiată din următoarele considerente:

- autoritatea contractantă a stabilit 2 factori de evaluare: prețul ofertei și termenul de livrare;
- prin Instrucțiuni către ofertanți, autoritatea contractantă a stabilit că prețul este ferm (pct. II.4 – Ajustarea prețului contractului: NU);

- având în vedere faptul că prețul este ferm, este cât se poate de clar că singura obligație care ar putea să nu fie executată este termenul de livrare.

Solicitarea contestatorului de ajustare a prețului nu este întemeiată, deoarece conform art. 222² alin. (3) și (9) din Legea 98/2016:

„(3) Autoritatea contractantă precizează atât în documentaţia de atribuire, cât şi în contractul de achiziţie publică/acordul-cadru modul concret de ajustare a preţului, indicii care vor fi utilizaţi, precum şi sursa informaţiilor cu privire la evoluţia acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotaţii ale burselor de mărfuri. (...)

(9) Autoritatea contractantă este obligată să includă clauze de ajustare/revizuire a preţului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele de servicii sau furnizare care se derulează pe o perioadă ce depăşeşte 24 de luni şi pentru contractele de lucrări care se derulează pe o perioadă ce depăşeşte 6 luni."

Având în vedere faptul că durata contractului nu depăşeşte 12 luni, autoritatea contractantă nu este obligată să ceară ajustarea prețului, iar critica contestatorului față de legislația în vigoare nu poate fi acceptată de Consiliu.

Afirmația contestatorului că valoarea estimată depășește prețul pieței, nu este întemeiată având în vedere faptul că, însuși contestatorul precizează că prețul .....ului, în 2023, a fost de max. 3300 lei/to, față de prețul de 3000 lei/to, stabilit de autoritatea contractantă.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de .... SRL.

Cererea de plată a cheltuielilor ocazionate de soluţionarea contestației, formulată de .... S.R.L., va fi respinsă, în temeiul art. 453 alin. (1) Cod. Proc. civ. deoarece nu autoritatea contractantă este cea care a căzut în pretenţii, contestaţia fiind respinsă.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de .... SRL în contradictoriu cu ....., prin ....

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 pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.