

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 înregistrată la Consiliu sub nr. 45807/22.08.2023, formulată de ..., cu sediul social în ..., cu punct de lucru în comuna ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin avocat ..., împotriva documentației de atribuire elaborată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „ACHIZIȚIE BITUM RUTIER – BITUM 50/70 ȘI BITUM 70/100, CONFORM SR EN 12591: 2009 ȘI NORMATIV AND 605-2016”, s-a solicitat obligarea autorității contractante la eliminarea din cuprinsul documentația de atribuire a cerințelor restrictive.

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

Prin contestația formulată, ... critică o serie de prevederi din cuprinsul caietului de sarcini, pe care le apreciază ca fiind restrictive, după cum urmează:

1. cerința conform căreia livrarea să se efectueze doar din rafinării și prevederea că ajustarea prețului se va face avându-se în vedere prețul de rafinărie;

- întrucât există pe piață producători de bitum care nu sunt rafinării, se impune ca autoritatea contractantă să renunțe la această cerință și să permită un cadru concurențial mai larg, permițând ofertarea de produse conforme care nu sunt fabricate în rafinării, ci și în terminale de producție autorizate.

2. solicitarea ca bitumul să îndeplinească parametrul de adezivitate-80 % față de agregatele naturale utilizate de autoritatea contractantă;

- Normativul AND 605 arată, la art. 32, că „Bitumul și bitumul modificat cu polimeri trebuie să prezinte o adezivitate de minimum 80%

față de agregatele naturale utilizate la lucrarea respectivă, în caz contrar, se va aditiva cu agenți de adezivitate”;

- în aceste condiții, nici un producător nu fabrică bitumul în funcție de agregatele pe care ar urma să le utilizeze beneficiarul, care are posibilitatea de a-și regla adezivitatea prin aditivare.

- prin urmare, contestatoarea apreciază că se impune eliminarea acestei cerințe, deoarece Normativul obligă beneficiarul să aditiveze mixtura, neexistând o sarcină anume stabilită în sarcina producătorului de bitum.

3. cerința din cadrul fișei de date a achiziției ca, în perioada de valabilitate a ofertei, respectiv de 90 de zile de la data primirii ofertelor, toate componentele prețului să rămână neschimbate;

- contestatoarea apreciază că se impune clarificarea/eliminarea cerinței de menținere a prețului și după încheierea contractului și aplicarea art. 124 din HG nr. 395/2016, care arată că oferta își încetează valabilitatea la încheierea contractului.

De asemenea, contestatoarea arată că, referitor la aceste aspecte a solicitat clarificări autorității contractante, în data de 17.08.2023, fără ca, până la expirarea termenului legal de contestare a documentației nu a primit niciun răspuns.

Prin „Întâmpinarea” nr. 7523/25.08.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 46762/28.08.2023, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației ... și obligarea acesteia la plata cheltuielilor de judecată, în măsura în care acestea vor fi avansate, constând în onorariu avocațial.

Potrivit autorității contractante, critica privind cerința de efectuare a livrării doar din rafinării și prevederea conform căreia ajustarea prețului se va face avându-se în vedere prețul de rafinărie, este nefondată deoarece, în condițiile în care cea mai mare parte a lucrărilor pe care le desfășoară, constând în construcții, reparații și întreținere de drumuri, cu beneficiar Municipiul Timișoara, au fost impuse anumite cerințe vis-a-vis de calitatea acestor lucrări. Astfel, a fost achiziționat bitum rutier, doar din rafinării, ceea ce a permis oferirea unei garanții a lucrărilor executate între 5 - 7 ani. Aceasta, întrucât calitatea bitumului din rafinării este superioară celei produse în terminale de producție prin alte metode, cum ar fi: dezasfaltarea gudronului cu solvenți selectivi, amestecare (combinare) reziduuri petroliere cu distilate, precum și cu bitum oxidat sau rezidual etc.

Potrivit autorității contractante, bitumurile rutiere se obțin, aproape în exclusivitate, ca urmare a prelucrării în rafinării a petrolului brut, ele constituind fracțiunea cea mai grea. În rafinării, diverse tipuri de instalații transformă petrolul brut în produse finite, de la bitumuri și uleiuri, la diverși combustibili, carburanți, gaze și produse pentru industria chimică. Bitumul este obținut prin tratarea celei mai grele

fracțiuni rezultată din procesul de distilare a țițeiurilor. Această tratare este realizată în unități specializate ale rafinăriilor cu scopul obținerii unor produși care să corespundă specificațiilor în vigoare și cerințelor utilizatorilor.

Ca atare, calitatea superioară a bitumului produs în rafinării este determinată în primul rând de procesarea continuă a reziduurilor obținute prin distilarea țițeiului, aceasta făcându-se în două faze: distilarea la presiunea atmosferică (DA); distilarea în vid (DV).

Distilarea în vid îmbunătățește semnificativ calitatea bitumului prin eliminarea impurităților și, totodată, ținând seama și de coloanele de distilare în vid care au diametrul bazei mai mic decât al zonei de evaporare, sunt evitate procesele de cocsare, care ar determina apariția unor bitumuri neomogene.

Astfel, condiția impusă nu este restrictivă întrucât, pe *de o parte*, pe piață există în prezent multe rafinării și mulți furnizori de bitum din rafinării, iar, pe *de altă parte*, orice ofertant care îndeplinește condițiile din documentația de atribuire, fie el și producător, are posibilitatea să participe la licitația deschisă și să furnizeze bitum din orice rafinărie din Uniunea Europeană.

Mai mult, prețul de producător din rafinăriile din Uniunea Europeană este strict legat de variația burselor de petrol fiind unul transparent și poate fi oricând verificat, fapt care garantează autorității contractante, un preț corect fără posibilitatea modificării acestuia în mod arbitrar.

Referitor la critica ce privește condiția ca bitumul să îndeplinească parametrul de adezivitate - 80 % față de agregatele naturale utilizate, autoritatea contractantă arată că este nefondată, aspect ce rezultă din însuși conținutul acestui articol care prevede că bitumul (și nu mixtura cum eronat indică contestatoarea) trebuie să prezinte o adezivitate de minim 80% față de agregatele naturale utilizate la lucrarea respectivă. Doar în situația în care bitumul nu are o astfel de caracteristică minimă, acesta se va aditiva cu agenți de adezivitate. Însă, aceasta nu înseamnă că o autoritate contractantă este obligată să accepte o variantă alternativă, evident una mai slab calitativ decât prevede normativul.

Mai mult, eliminarea din cuprinsul documentației de atribuire a parametrului minim de adezivitate, ar obliga la achiziționarea unui bitum cu adezivitatea mai mică de 80%, dar și la achiziționarea în plus a unor cantități de aditivi, și la efectuarea încercări suplimentare pentru fiecare cantitate de bitum livrată în vederea stabilirii cantității optime de aditivi necesari, or, acestea nu ar fi necesare dacă este respectată condiția impusă în documentația de atribuire privind criteriul minim de adezivitate prevăzut în Normativ.

Toate acestea, ar însemna costuri suplimentare, crescând astfel costurile de producție pentru lucrările executate, iar în condițiile în care principalul beneficiar al lucrărilor executate este Municipiul Timișoara, aceste lucrări de construcții, reparații și întreținere de drumuri, ar afecta eficiența utilizării fondurilor publice.

Totodată, autoritatea contractantă apreciază ca nefondată și critica ce vizează menținerea perioadei de valabilitate a ofertei. Termenul de valabilitate a ofertei, de 90 de zile, a fost stabilit fără însă a se sublinia că acest termen încetează la semnarea contractului de achiziție publică. Nici nu era necesar să se menționeze acest lucru, câtă vreme acest termen este prevăzut într-un act normativ care stă la baza procedurii de achiziție publice derulate, mai exact la art. 124 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Cu privire la solicitarea de clarificări adresată de contestatoare, autoritatea contractantă arată că nu poate fi invocată lipsa răspunsului la acesta în condițiile în care termenul de răspuns nu s-a împlinit. Astfel, potrivit fișei de date a achiziției și Instrucțiunilor către ofertanți, termenul-limită de răspuns la solicitările de clarificări est cel stabilit la art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, termen care nu s-a împlinit.

Răspunzând Întâmpinării autorității contractante, contestatoarea a transmis la dosarul cauzei adresa nr. 1211/28.08.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 47383/30.08.2023, prin care arată că:

- referitor la critica ce vizează proveniența bitumului, autoritatea contractantă a formulat explicații tehnice și a făcut o serie de afirmații care sunt simple speculații, neînsoțite de probe și fără valoare juridică/tehnică;

- în ceea ce privește obligația adezivității de min. 80% pe agregatele autorității contractante, aceasta a recunoscut că normativul o obligă să aditiveze bitumul care nu poate îndeplini condiția de adezivitate de min. 80 % pe un agregat; probleme ar putea să apară nu din cauza calității bitumului, al cărui standard este clar, ci din cauza calității agregatelor, respectiv a celui care execută mixtura asfaltică și nu a furnizorului de bitum; tocmai de aceea, AND 605 arată și obligă executantul să aditiveze acest bitum, rezultând că nu există o sarcină impusă producătorului de bitum;

- cu privire la critica ce vizează termenul de 90 de zile de menținere a prețului, autoritatea contractantă face o confuzie între oferta de preț unitar și oferta depusă în procedură; confuzia este dată de faptul că nu se dă eficiență art. 3, pct. 34 din Legea nr. 98/2016 care definește oferta ca fiind practic tot ceea ce ofertantul depune în procedură și nu se referă doar la oferta de preț unitar;

- în ceea ce privește lipsa răspunsului la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă este, din nou, în eroare; solicitarea de clarificări

este facultativă iar termenul de contestație curge de la data publicării în SEAP a documentației și nu de la data acordării unui eventual răspuns la o clarificare.

Prin adresa nr. 51317/2376/C8/20.09.2023, Consiliul a solicitat autorității contractante să precizeze în ce stadiu se află procedura, dat fiind faptul că, astfel cum a reieșit din informațiile publicate în SEAP, la data de 11.09.2023, au fost depuse oferte. Prin adresa nr. 8257/20.09.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 51445/20.09.2023, autoritatea contractantă a precizat că procedura se află în stadiul evaluării tehnice, urmând ca, în perioada următoare, să fie transmise solicitările de clarificări.

Prin adresa nr. 51318/2376/C8/20.09.2023, Consiliul a solicitat contestatoarei să precizeze, în ce măsură își mai menține contestația, în contextul în care aceasta privește prevederile documentației de atribuire iar astfel cum reiese din informațiile publicate în SEAP, în data de 11.09.2023, a depus o ofertă în cadrul acestei proceduri. Până la data emiterii prezentei decizii, contestatoarea nu răspuns solicitării Consiliului.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 47381/30.08.2023, ... a înaintat Consiliului, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ... emisă de CEC Bank în data de 28.08.2023, în sumă de 220.000 lei.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

...., în calitate de autoritate contractantă, a organizat o procedură licitație deschisă, a contractului de achiziție publică având ca obiect „ACHIZIȚIE BITUM RUTIER – BITUM 50/70 ȘI BITUM 70/100, CONFORM SR EN 12591: 2009 ȘI NORMATIV AND 605-2016, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. și a documentației de atribuire, stabilind, termenul limită pentru primirea ofertelor la data de 11.09.2023, ora 15:00, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate preț” și valoarea estimată, fără TVA, de 19.600.000 lei.

Nemulțumit de anumite prevederi ale documentației de atribuire a formulat prezenta contestației.

Prima critică privește condiția ca livrarea/furnizarea produselor supuse achiziției să se realizeze doar din rafinării.

Această cerință se regăsește în mai multe secțiuni ale fișei de date a achiziției, relevantă fiind cea de *la VI.3 Informatii suplimentare: „Locul de încărcare al produsului este rafinarie, iar livrarea se va face la stația de asphalt al achizitorului (Timișoara, str. Eternității nr. 45)....)*

Modalități de îndeplinire:

La livrarea produsului autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a efectua determinări privind îndeplinirea oricărei din aceste cerințe.

Determinările se vor efectua cu agregatele naturale contractate de autoritate, la un laborator acreditat de cel puțin gradul II

În situația în care, în urma efectuării probelor de laborator, se constată că valorile obținute nu îndeplinesc cerințele solicitate, autoritatea contractantă va solicita, pe baza raportului de încercări emis de laboratorul de încercări, schimbarea rafinării cu alta rafinarie de la care să ii fie livrat bitum care să respecte cerințele specificate.

În cazul în care furnizorul nu procedează la înlocuirea rafinării sau produsul înlocuit de la noua rafinarie nu corespunde cerințelor, cumpărătorul va rezilia contractul.

În cazul schimbării rafinării, respectiv a produsului, se vor respecta toate cerințele stabilite în documentația de atribuire.”.

De asemenea, întregul caiet de asarcini este construit cu obligarea furnizării bitumului din rafinării. De exemplu, la secțiunea 8 – Date tehnice: „(...) Modalități de îndeplinire:

Autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a efectua determinări privind îndeplinirea oricărei din aceste cerințe. Determinările se vor efectua cu agregatele naturale contractate de autoritate, la un laborator autorizat de cel puțin gradul II. În situația în care, în urma efectuării probelor de laborator, se constată că valorile obținute nu îndeplinesc cerințele solicitate, autoritatea contractantă va solicita, pe baza raportului de încercări emis de laboratorul de încercări, schimbarea rafinării cu alta rafinarie de la care să ii fie livrat bitum care să respecte cerințele specificate. În cazul în care furnizorul nu procedează la schimbarea rafinării sau produsul înlocuit de la noua rafinarie nu corespunde cerințelor, autoritatea contractanta își rezervă dreptul de a rezilia contractul încheiat. În cazul schimbării rafinării, respectiv a produsului, se vor respecta toate cerințele stabilite în documentația de atribuire.”

Privitor la condiția de livrare a produselor de la rafinarie (considerată restrictivă de contestator), autoritatea contractantă se apără în punctul de vedere cu argumente referitoare la calitatea bitumului obținut în rafinării, precum și la procesul tehnologic din rafinării.

Consiliul consideră că, relevant în soluționarea acestei critici, este de reținut obiectul contractului: furnizarea de „bitum 50/70 si bitum 70/100, conform SR EN 12591:2009 și Normativ AND 605-2016”. Astfel, chiar titlul procedurii de atribuire arată, explicit, calitatea produselor ce trebuie livrate beneficiarului, adică acestea să fie conform standardelor amintite. În demonstrarea respectării nivelului de calitate dorit, prin caietul de sarcini s-a stabilit ca produsul să fie însoțit de anumite documente: certificat de calitate, declarația de performanță, raport de încercare emis de laboratorul producătorului.

Așadar, nivelul de calitate a bitumului este stabilit prin SR EN 12591:2009 și Normativ AND 605-2016, nu prin faptul că acesta este obținut în rafinării.

Consiliul nu poate considera pertinentă nici motivarea achizitorului, din punctul de vedere, că: *„(...) întotdeauna societatea noastră a achiziționat bitum rutier, doar din rafinării, ceea ce ne-a permis să oferim o garanție a lucrărilor executate între 5 - 7 ani.”*

Prin impunerea cerinței de livrare a bitumului din rafinării, autoritatea contractantă restricționează accesul participării la procedură a operatorilor economici care pot furniza produsul din alte categorii de terminale de producție autorizate.

Prin modul de întocmire a documentația de atribuire, achizitorul s-a abătut de la prevederile art. 50 din Legea nr. 98/2016:

„(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 acestora sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.”

Mai mult decât atât, prin impunerea respectării unor cerințe de performanță, respectiv a unor standarde, precum și livrarea bitumului din rafinării, autoritatea contractantă indică, în fapt, un anume procedeu de obținere a produselor, ceea ce reprezintă o nesocotire a prevederilor de la art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: *„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.”.*

În consecință, cerința de livrare a bitumului din rafinării se dovedește a fi restrictivă.

Trebuie reținut că practica CNSC, în astfel de cazuri, este constatată, relevantă fiind, de exemplu, Decizia nr. din 08.02.2023, rămasă definitivă prin neatacare cu plângere.

Conform informațiilor din SEAP, la data emiterii prezentei decizii, procedura de atribuire se află în etapa de „evaluare calificare și tehnică”, întrucât au fost depuse 3 oferte (inclusiv de către).

Văzând că în procedura de atribuire au fost elaborate și depuse oferte în baza unei documentații conținând cerința nelegală criticată,

Consiliul stabilește că nu mai poate fi dispusă o măsură de remediere a actului nelegal și nu mai poate fi continuată procedura în condiții de legalitate, context în care este necesară luarea măsurii extreme de anulare a procedurii de atribuire. Întrucât procedura de atribuire nu mai poate fi modificată, Consiliul nu va mai analiza celelalte critici formulate de contestator.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația și va anula procedura de atribuire.

Cât privește cererea contestatorului de obligare a autorității contractante la plata sumei de 9.500 lei, reprezentând cheltuieli de judecată, Consiliul o va admite, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

Referitor la obligarea achizitorului la plata „dobânzii legale pentru cauciunea achitată”, Consiliul o va respinge ca inadmisibilă. Potrivit art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, constituirea cauciunii este o obligație ce revine contestatorului pentru a-i fi soluționată contestația. Mai mult decât atât, niciun act normativ nu prevede ca restituirea cauciunii să fie purtătoare de dobândă (de altfel, nici contestatorul nu a precizat temeiul legal în care a solicitat „dobânda legală pentru cauciunea achitată”).

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

Admite contestația formulată de ... în contradictoriu cu și anulează procedura de atribuire.

Obligă autoritatea contractantă la plata către contestator a sumei de 9.500 lei, reprezentând cheltuieli de judecată. Respinge, ca inadmisibilă, solicitarea de obligare a achizitorului la plata „dobânzii legale pentru cauciunea achitată”.

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,

...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 8 pagini.