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. 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 fără număr de înregistrare la emitent, ...misă prin e-mail și înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 3561/25.01.2023, formulată de SC ..... SRL cu sediul în localitatea ..... str. ..... judetul ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului ..... cu nr. J .., cod de identificare fiscală RO ....., reprezentată legal prin ....., împotriva adresei nr. 130 din 12.01.2023, emis de SC ... . SA, cu sediul în municipiul ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Achiziție de bitum neparafinos pentru .... D70/100 (bitum D70/100)”, anunț de participare .., s-a solicitat Consiliului obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere, „în sensul anulării adresei nr. 130/12.01.2023, prin anularea conditiei restrictive de a se permite ofertarea de bitum doar din rafinării”.

Prin cererea de intervenție accesorie în favoarea SC ..... SRL nr. V209/31.01.2023, ...misă prin e-mail și înregistrată la CNSC cu nr. 4868/31.01.2023, SC .... SRL, cu sediul social în comuna ...., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., cod de identificare fiscală RO .., a solicitat admiterea acesteia și a contestației formulate în cauză.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

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

Consiliul a fost sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin SC ..... SRL solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

În fapt, arată petenta, autoritatea contractantă a publicat în SICAP anunțul nr. ... privind organizarea unei proceduri achiziție a cantității de 4000 to bitum rutier 70/100, cu o valoare estimată de 11.928.000 lei, fără TVA.

Menționează că, în fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă prevăzut că bitum-ul 70/100 trebuie să fie fabricat conform standardelor internaționale (sau echivalente), respectiv SR EN 12591/2009 și că trebuie să provină din rafinării sau producători (de altfel, singurele locuri în care acesta poate fi produs), prețul urmând a fi ajustat conform prețului practicat de furnizorul de la care ofertantul se aprovizionează.

Mai arată că această cerință ca marfa să provină de la producători și nu în mod expres doar de la rafinării, este preluata de autoritatea contractantă și în caietul de sarcini, astfel:

„Certificarea calității produsului.

Fiecare livrare va fi însoțită de certificate de calitate, declarație de conformitate/declarație de performanță, bon de cântar, aviz de însoțire a mărfii, în certificatul de calitate se va specifica denumirea producătorului, numărul lotului, cantitatea livrată, denumirea produsului, data fabricației, data expediției.

Ofertantul va indica în mod clar, printr-o declarație, următoarele: marca produsului, tipul produsului, producătorul, termenul de garanție, condiții și termenul de livrare.

În cazul în care ofertantul nu este producător, acesta va prezenta contracte de furnizare cu un producător, în termen de valabilitate, care să ateste conformitatea produsului ofertat. Produsul/obiectul contractului trebuie să respecte obligatoriu toate caracteristicile specificațiile tehnice din prezentul caiet de sarcini. Ofertantul va întocmi o declarație pe proprie răspundere că sursele și produsul vor fi cele care fac obiectul contractelor de furnizare prezentate, pentru întreaga cantitate solicitată de către beneficiar”.

În același sens, autoarea contestației redă un extras din fișa de date a achiziției:

„II.3 Ajustarea prețului contractului.

Contractul va fi ajustat după următoarea metodă: timp de 30 de zile de la încheierea contractului, prețul se menține ferm și nemodificabil.

Prețul produsului se compune din : Pbitum =A[Ppr]+B[ac+ctr], unde: A[Ppr] = preț poartă rafinărie (preț producător); B = [ac (adaos comercial) + ctr (cheltuieli de ....port pana la punctul de descărcare al

AC)]. Toate componentele prețului rămân neschimbate în perioada de 30 de zile de la semnarea contractului.

După această perioada prețul contractului, fără TVA, se poate ajusta în funcție de modificările legislației în vigoare (accize, alte taxe, etc.), legislației specifice produselor petroliere, sau modificărilor de preț apărute la producător și, în acest caz, după expirarea celor 30 de zile, din ziua a 31-a de la semnarea contractului, prețul unitar al produsului Pbitum se va putea ajusta doar prin ajustarea componentei A[Ppr] - conform «preț poartă rafinărie-preț producător» din lista de preturi de la producător, prezentată de furnizor achizitorului, pe baza de acte doveditoare de la producător (conf. Instrucțiune nr. 2 din 21 dec. 2018).

Orice modificare a prețului A[Ppr] «preț poartă rafinărie-preț producător" va fi obligatoriu însoțită de documente justificative (factura rafinărie) pe toata durata valabilității contractului.

- Componenta B = ([ac]+[ctr]) este fixa pe toata perioada de derulare a contractului".

Contestatoarea învederează faptul că autoritatea contractantă a inserat în mod constant sintagma *„preț poartă rafinărie -preț producător* ori doar *„producător"* (astfel cum este în caietul de sarcini).

Menționează că, în aceste împrejurări un operator economic a adresat autorității contractante, în termenul legal, o solicitare de clarificări cu privire la proveniența produsului: rafinărie producătoare și/sau producător ne/rafinărie, la care achizitoare a răspuns cu *„mare întârziere*", în data de 12.01.2023 și a modificat fișa de date, caietul de sarcini și modelul de contract, interzicând. De această dată, ofertarea de bitum de la producător, specificând că *„nu se accepta producători care nu sunt rafinării".*

Susține că, prin adresa nr. 130, autoritatea contractantă a adus modificări și art. 4.3 din modelul de contract publicat în SICAP, introducând sintagma *„preț poartă rafinărie - preț producător*".

Contestatoarea precizează că, întrucât societatea sa urma să depună oferta pentru un produs fabricat în România, de unul dintre cei câțiva producători autorizați (non rafinării), prin condiția restrictivă adusă, i s-au încălcat interesele legitime.

Subliniază faptul că, în România, mai există o singură rafinărie care fabrică bitum (..), întrucât cea mai mare rafinărie din SE Europei (..) a fost închisă, iar celelalte care au funcționat (., etc) au avut aceeași soartă.

Contestatoarea afirmă că producția este limitată la maxim 10 % din necesarul național, iar tot necesarul este acoperit și de producători independenți, care nu sunt rafinării (cum ar fi compania ..., dar sunt autorizați pentru producția de bitum.

În opinia petentei, în aceste condiții, societatea sa ar putea ajunge în situația de a fi obligată să achiziționeze bitum din țările vecine (care dețin rafinării - ... etc), în defavoarea producătorilor naționali și cu prețuri mărite pentru autoritatea contractantă.

Prin urmare, solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să ia măsuri de remediere, în sensul anulării adresei nr. 130/12.01.2023, prin anularea condiției restrictive de se permite ofertarea unui bitum doar din rafinării.

Contestatoarea precizează că va depune cauțiunea în termenul legal.

Prin adresa nr. 429/27.01.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 4373/27.01.2023, SC ....-.... ..... SA a solicitat Consiliului să respingă contestația formulată de SC ..... SRL, astfel:

1.Pe cale de excepție, ca inadmisibilă, argumentând că nu se poate admite vreo investire a vreunei instituții abilitate de Legea nr. 101/2016 să soluționeze contestația (fără număr de înregistrare și nedatată), deoarece aceasta nu se adresează în mod expres nimănui.

Învederează faptul că investirea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor sau a instanței de judecată se face prin cerere adresată în mod expres, nu se prezumă, singura situație de stabilire a competenței prin excludere fiind dată de dispozițiile art. 4 alin. (6) din Lege, și anume: *„În cazul în care persoana care se consideră vătămată formulează contestație împotriva aceluiași act al autorității contractante, atât la Consiliu, cât și la instanța de judecată, se prezumă că aceasta a renunțat la calea administrativ- jurisdicțională”,* ori în speța de față nu este cazul.

În opinia sa, acesta este un aspect suficient care să ducă la respingerea cererii ca inadmisibilă.

Tot sub aspectul inadmisibilității, SC ..... SRL reclamă faptul că „nu sunt îndeplinite condițiile art. 6 alin. (1), deoarece nu există din partea contestatoarei vreo notificare/solicitare de remediere a vreunei încălcări a legislației. Notificarea prealabilă lipsește”.

Menționează că, dispozițiile art. 6 alin. (10) din lege prevede expres *„Sesizarea Consiliului sau a instanței, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă”.*

2. Pe fondul cauzei, ca neîntemeiată, pentru următoarele motive:

- documentația depusă relevă, în mod expres, cerințele autorității contractante: *„Nu se acceptă producători care nu sunt rafinării”*. Acest aspect rezulta expres din articolul 11.3 alin. (1) „Ajustarea prețului contractului” din fișa de date potrivit căruia:

„II.3 Ajustarea prețului contractului.

Contractul va fi ajustat după următoarea metodă: timp de 30 de zile de la încheierea contractului, prețul se menține ferm și nemodificabil.

Prețul produsului se compune din : Pbitum =A[Ppr]+B[ac+ctr], unde: A[Ppr] = preț poartă rafinărie (preț producător); B = [ac (adaos comercial) + ctr (cheltuieli de ....port pana la punctul de descărcare al

AC)]. Toate componentele prețului rămân neschimbate în perioada de 30 de zile de la semnarea contractului.

După această perioada prețul contractului, fără TVA, se poate ajusta în funcție de modificările legislației în vigoare (accize, alte taxe, etc.), legislației specifice produselor petroliere, sau modificărilor de preț apărute la producător și, în acest caz, după expirarea celor 30 de zile, din ziua a 31-a de la semnarea contractului, prețul unitar al produsului Pbitum se va putea ajusta doar prin ajustarea componentei A[Ppr] - conform «preț poartă rafinărie-preț producător» din lista de preturi de la producător, prezentată de furnizor achizitorului, pe baza de acte doveditoare de la producător (conf. Instrucțiune nr. 2 din 21 dec. 2018).

Orice modificare a prețului A[Ppr] «preț poartă rafinărie-preț producator" va fi obligatoriu însoțită de documente justificative (factura rafinărie) pe toata durata valabilității contractului.

- Componenta B = ([ac]+[ctr]) este fixa pe toata perioada de derulare a contractului",

unde se specifică clar, la componenta prețului, că acest este *„preț poartă rafinărie (producător)"*, nu alternativ *„sau producător*".

În aliniatul următor se specifică clar că, după ziua a 31-a de la semnarea contractului, prețul bitumului se va putea ajusta doar prin ajustarea componentei conform *„preț poartă rafinărie - preț producător",* nu *„sau preț producător"*.

În opinia achizitoarei, experiența îndelungată pe care o are în activitatea de construcții și întreținere ...., urmărind standarde de calitate verificate, o îndreptățește să solicite produsul dorit și în baza căruia poate acorda garanție lucrărilor specifice.

Prin urmare, nu consideră restrictivă procedura desfășurată, atâta timp cât se permite participarea și a revânzătorilor, nu numai a rafinăriilor.

Susține că exigența prevenirii produsului din rafinărie nu este o condiție discriminatorie.

În ceea ce privește afirmația petentei potrivit căreia ar fi răspuns cu *„mare întârziere*, *în data de 12.01.2023, la solicitarea de clarificări a unui operator economic*", achizitoarea apreciază că aceasta nu se susține/justifică, întrucât *„a răspuns în conformitate și în termen cu cele stabilite și comunicate în fișa de date a achiziției, secțiunea II. 1.4 «Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor»,* și anume: *„Autoritatea contractanta va răspunde în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificare/informațiilor suplimentare adresate de operatorii economici până la termenul limită indicat, în a 11-a zi înainte de termenul limita stabilit pentru depunerea ofertelor conf. Legii 98/2016 actualizată",* data limită pentru depunerea ofertelor fiind 23.01.2023, ora 15,00.

În drept, au fost invocate dispozițiile Legii nr. 101/2016.

Achizitoarea precizează că solicită judecarea în lipsă.

Prin cererea de intervenție accesorie în favoarea SC ..... SRL nr. V209/31.01.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 4868/31.01.2023,

formulată în temeiul art. 63 Cod procedură civilă, SC .... SRL, a solicitat admiterea acesteia și a contestației formulate în cauză.

Intervenienta reclamă faptul că, prin modificarea cerințelor caietului de sarcini, din data de 12.03.2023, autoritatea contractantă a produs o vătămare operatorilor economici producători de bitum sau distribuitorilor acestor producători, încălcând principii fundamentale ale achizițiilor publice care obligă la nediscriminare și egalitate de tratament.

În acest context, precizează că și societatea sa, cu capital 100 % românesc, este producător de bitum, în urma unei investiții masive, dar fără a fi rafinărie, astfel cum aceasta este cunoscută și definita în dex sau alte documentații tehnice (*„Rafinăria este unitatea industrială în care se face rafinarea unor produse. La baza activității fiecărei rafinării, stă rafinarea, procesul folosit pentru înlăturarea impurităților din unele substanțe, de obicei naturale, în scopul îmbunătățirii calității lor, ca exemplu: grăsimile animale, a uleiurilor vegetale, a zahărului, alcoolului, a produselor petroliere, a cuprului, a plumbului”).*

Învederează faptul că *„rafinăriile sunt de mai multe tipuri. Cele din industria hârtiei în care se face tratamentul mecanic al semifabricatelor fibroase (pasta mecanică, semiceluloză etc.), care se efectuează după măcinare în scopul separării, perierii și hidratării fibrelor. Rafinarea se execută cu ajutorul unor mașini numite rafinoare. Rafinăria petrolieră este unitatea industrială în care se face prelucrarea țițeiului, pentru obținere de produse petroliere (combustibili biologici și produse intermediare necesare industriei chimice)”.*

Prin urmare, concluzionează că cerința modificată a autorității contractante de a interzice accesul la procedura de atribuire al unor producători (indiferent de originea acestora), care nu sunt rafinării este de natură a conduce la restrângerea concurenței și favorizarea rafinăriilor multinaționale.

În probațiune, SC .... SRL a anexat dovada faptului că este producător de bitum.

Menționează că cererea de intervenție a fost comunicată și către autoritatea contractantă și contestatoare.

Pentru aceste motive, intervenienta solicită admiterea cererii de intervenție accesorie și, pe cale de consecință, admiterea contestației formulată în prezenta cauză.

Prin adresa nr. 1036/06.02.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 6061/07.02.2023, SC ..... SRL a răspuns punctului de vedere al autorității contractante privind contestația sa, prezentând următoarele considerente:

1. Referitor la invocarea de către autoritatea contractantă a excepției inadmisibilității, motivat de faptul că nu a înregistrat, nu datat contestația și nici nu a indicat cui anume o adresează, petenta precizează că nu există vreo reglementare în acest sens, iar contestația

a fost comunicată în termen legal către CNSC și către autoritatea contractantă.

Prin urmare, solicită respingerea excepției inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă, ca fiind neîntemeiată.

2. Referitor la absența notificării prealabile, autoarea contestației solicită Consiliului să constate că autoritatea contractantă nu cunoaște prevederile legale actuale (procedura prealabilă nemaiexistând de peste 5 ani).

Pe fondul cauzei, contestatoarea susține că autoritatea contractantă încearcă să inducă în eroare Consiliul, afirmând că, la nivelul documentației de atribuire, a existat o prevedere expresă care permitea doar accesul la procedura de atribuire doar rafinăriilor sau distribuitorilor rafinăriilor.

Precizează că această cerință expresă și restrictivă nu a existat inițial în documentația de atribuire, ci a fost introdusă ulterior prin răspunsul autorității contractante la solicitarea de clarificare, care a modificat astfel cerințele caietului de sarcini, care permiteau alternativ, atât producătorii, cât și rafinăriile. Astfel, arată că fiecare operator economic interesat de participarea la procedură a interpretat aceste prevederi din anunțul inițial conform propriilor convingeri.

Precizează că societatea sa a interpretat prevederile referite în sensul în care, la procedura de atribuire, puteau participa atât rafinăriile (direct sau prin revânzători), cât și producătorii (direct sau prin revânzători), însă răspunsul autorității contractante postat în SICAP a modificat substanțial și nelegal prevederile caietului de sarcini, motiv pentru care a fost nevoită să depună contestație.

În opinia petentei, autoritatea contractantă nu a combătut, sub nicio formă criticile sale, iar afirmația acestei potrivit căreia doar rafinăriile ar produce marfă conformă, întăresc și mai mult susținerile SC ..... SRL conform cărora autoritatea contractantă ar aplica un tratament inegal și discriminatoriu participanților la procedura de atribuire.

În ceea ce privește afirmația achizitoarei că ar dori un produs standardizat la nivel național și european și ar fi prezentat cerințele sale tehnice în documentația de atribuire, contestatoarea apreciază că prezumția acesteia cu privire la superioritatea rafinăriilor europene, în detrimentul vădit și al producătorului național, este de natură de a-i încălca interesele legitime.

SC ..... SRL a constituit cauțiunea în valoare de 238.560,00 lei, conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 208838147/1 din 30.01.2023, emisă de CEC Bank – Sucursala ....., înregistrată la CNSC cu nr. 5042/01.02.2023.

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

SC .... - .... SA a organizat o licitație deschisă în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect

„Achiziție de bitum neparafinos pentru .... D70/100 (bitum D70/100)”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .... din 18.12.2022. Valoarea estimată a contractului de furnizare este de 11.928.000,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire aplicat este „cel mai bun raport calitate-preț”. Documentația de atribuire a fost publicată în SEAP odată cu anunțul de participare. La rubrica „Stare procedură” din anunțul de participare postat în SEAP apare mențiunea „Suspendată”.

Ca urmare a solicitării de clarificări privind documentația de atribuire, autoritatea contractantă a emis adresa nr. 130 din 12.01.2023 prin care a răspuns acesteia.

Împotriva adresei nr. 130 din 12.01.2023, SC ..... SRL a depus contestația de față, solicitând obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere, „în sensul anulării adresei nr. 130/12.01.2023, prin anularea conditiei restrictive de a se permite ofertarea de bitum doar din rafinării”.

Ca o chestiune prealabilă, Consiliul reține că SC .... SRL a formulat o cerere de intervenție în favoarea contestatoarei pe care o încuviințează în principiu, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, dat fiind faptul că autoarea ei, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de achiziție publică, dovedește un interes legitim propriu în pricina prin promovarea ei.

Verificând, potrivit art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu întâietate excepțiile invocate în cauză, Consiliul reține că autoritatea contractantă susține respingerea ca inadmisibilă a contestației pentru lipsa procedurii de notificare prealabilă prevăzută la art. 6 din Legea nr. 101/2016, precum și pentru faptul că nu este adresată în mod expres Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

Referitor la parcurgerea procedurii de notificare prealabilă, Consiliul reține că prin OUG nr. 45/2018 a fost abrogat CAPITOLUL II – „Notificarea prealabilă” din cuprinsul Legii nr. 101/2016, astfel încât sesizarea Consiliului cu soluționarea unei contestații nu mai este condiționată de parcurgerea acestei etape prealabile a notificării autorității contractante cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice.

Potrivit art. 8 din Legea nr. 101/2016, persoana care se consideră vătămată de un act al autorităţii contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termenele prescrise în textul de lege.

Drept urmare, Consiliul respinge excepția inadmisibilității invocată de către autoritatea contractantă pentru acest motiv.

În ceea ce privește lipsa indicării exprese în cuprinsul contestației că aceasta este adresată Consiliului Național de Soluționare a

Contestațiilor, Consiliul observă că o astfel de mențiune nu este condiție legală de admisibilitate a contestației formulată pe baza dispozițiilor Legii nr. 101/2016.

Astfel, potrivit art. 10 din Legea nr. 101/2016, *„Contestaţia se formulează în scris şi trebuie să conţină următoarele elemente:*

a) numele și prenumele, domiciliul sau reşedinţa, codul de identificare fiscală al contestatorului persoană fizică ori, după caz, pentru persoanele juridice, denumirea, sediul, codul unic de înregistrare, numărul de înmatriculare în registrul comerţului, persoanele care le reprezintă și în ce calitate. Se indică și adresa de poştă electronică, numărul de telefon și numărul de fax, după caz, la care poate fi comunicat orice act procedural. Contestatorul care locuieşte în străinătate indică, pentru celeritate, și domiciliul ales sau reşedinţa din România unde urmează să i se ....mită comunicările privind soluţionarea contestaţiei;

b) denumirea și sediul autorităţii contractante;

c) denumirea obiectului contractului, procedura de atribuire aplicată, după caz, numărul şi data anunţului de participare din SEAP;

d) precizarea actului atacat al autorităţii contractante;

e) obiectul contestaţiei;

f) motivarea în fapt şi în drept a contestaţiei;

g) mijloacele de probă pe care se sprijină contestaţia, în măsura în care este posibil;

h) semnătura contestatorului persoană fizică sau a reprezentantului persoanei juridice.”

office@cnsc.roPe de altă parte, cu privire la intenția SC ..... SRL de a învesti Consiliul cu soluționarea contestației sale, organismul administrativ-jurisdicțional reține că aceasta este evidentă cel puțin prin simplul fapt că actul de învestitură a fost ....mis pe adresa de e-mail a Consiliului, office@cnsc.ro, SC ..... SRL constituind și cauțiunea legală prin recipisa în care se menționează expres că aceasta este „pe seama și la dispoziția CNSC”.

Prin urmare, există elemente suficiente pentru a conchide că în mod corect contestația a fost ....misă Consiliului în vederea soluționării ei, contrar presupunerilor autorității contractante.

În consecință, Consiliul va respinge și acest motiv pentru care se cere respingerea ca inadmisibilă a contestației și va analiza cauza pe fondul său.

Consiliul reține că, prin adresa criticată, autoritatea contractantă a răspuns unei solicitări privind documentația de atribuire, astfel:

«- Un operator economic, posibil ofertant, a încărcat în SEAP, direct în câmpul dedicat, în secţiunea "Solicitări de clarificări/întrebări" următoarea solicitare de clarificări, înregistrată la sediul Societăţii sub nr. 5762/21.12.2022:

CONTINUT SOLICITARE:

REF AJUSTARE PRET: Exista producători de bitum naţionali sau europeni care nu au calitatea de rafinarii, fiind societati autorizate legal

exclusiv pentru producţia de bitumuri/emulsii bituminoase. Va rugam sa precizaţi daca pot oferta distribuitori ai acestor producători sau este obligatoriu ca marfa sa provină doar din rafinarii ?

Răspuns:

Nu se acceptă producători care nu sunt rafinării. Acest aspect rezulta expres din articolul II.3 Ajustarea preţului contractului, aliniatul 1 din Fişa de date:

"Contractul va fi ajustat dupa urmatoarea metoda: ContractuI poate fi ajustat dupa urmatoarea metoda: TIMP DE 30 DE ZILE DE LA ÎNCHEIEREA CONTRACTULUI, PREŢUL SE MENŢINE FERM și NEMODIFICABIL. Preţul produsului se compune din: Pbitum = A[Ppr] + B[ac+ctr] unde: A[Ppr] = pret poarta rafinărie (preţ producător); B = [ac (adaos comercial) + ctr (cheltuieli de ....port pana la punctul de descarcare al AC)]. Toate componentele preţului raman neschimbate în perioada de 30 de zile de la semnarea contractului. Dupa aceasta perioada preţul contractului fara TVA se poate ajusta în funcţie de modificările legislaţiei în vigoare (accize, alte taxe, etc), legislaţiei specifice produselor petroliere, sau modificărilor de pret aparute la producător și în acest caz, dupa expirarea celor 30 de zile, DIN ZIUA a 31-a de la semnarea contractului, preţul unitar al produsului Pbitum se va putea ajusta DOAR prin ajustarea componentei A[Ppr] - conform "pret poarta rafinarie-pret producător" din lista de preturi de la producător, PREZENTATA de furnizor achizitorului, pe baza de acte doveditoare de la producător (conf. Instrucţiune nr. 2 din 21 dec. 2018). Orice modificare a preţului A[Ppr] "pret poarta rafinarie-pret producator" VA FI OBLIGATORIU INSOTITA DE DOCUMENTE JUSTIFICATIVE (FACTURA RAFINARIE)!! pe TOATA DURATA VALABILITATII contractului. - Componenta B = ([ac]+[ctr]) ESTE FIXA PE TOATA PERIOADA DE DERULARE a contractului."

unde se specifică clar la componenta preţului că acest este "preţ poartă rafinărie (producător)" nu alternativ sau producător.

In aliniatul următor se specifică clar că după ziua a 31-a de la semnarea contractului, preţul bitumului se va putea ajusta doar prin ajustarea componentei conform "preţ poartă rafinărie - preţ producător", nu sau preţ producător.

Nu se precizează expres posibilitatea altor variante alternative.

De asemenea în data de 11.01.2023 ora 23.45 s-a mai primit o solicitare de clarificări, dar fiind în afara termenului indicat de autoritatea contractanta, este considerată tardivă și nu se va răspunde.»

Rezultă din cuprinsul clarificării faptul că, deși nu a indicat explicit în documentația de atribuire că la procedură vor fi primite exclusiv produse fabricate de către rafinării, cu ocazia răspunsului ....mis devine evidentă condiția că *„Nu se acceptă producători care nu sunt rafinării.”*

Din punctul de vedere al autorității contractante la contestația primită nu rezultă considerentele tehnice și/sau legale pentru care a fost impusă o asemenea condiție evident restrictivă. Autoritatea contractantă nu face dovada faptului că numai produse fabricate de către rafinării îndeplinesc condițiile de utilizare, în timp ce unele fabricate de către producători autorizați legal în acest scop nu îndeplinesc dezideratul achiziției.

În contextul faptic expus, Consiliul reține că, potrivit art. 155 din Legea nr. 98/2016, *„(1) Specificaţiile tehnice sunt stabilite prin documentaţia de atribuire şi definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziţiei. (6) Specificaţiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire şi nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate faţă de asigurarea unei concurenţe efective între operatorii economici.”*

Or, în lipsa unor explicații și justificări obiective, specificația tehnică inserată în documentația de atribuire cu ocazia clarificării condiției de ajustare a prețului contractului, prin care este interzisă ofertarea unor produse fabricate de alte entități decât rafinăriile, îngrădește accesul egal la procedura de atribuire şi are ca efect introducerea unor obstacole evident nejustificate faţă de asigurarea unei concurenţe efective între operatorii economici.

Consiliul nu va conchide în direcția susținerii autorității contractante potrivit căreia acceptarea în procedură doar a produselor fabricate de rafinării ar rezulta fără echivoc din condiția fișei de date a achiziției privind ajustarea prețului contractului, în condițiile în care textul fișei de date a achiziției folosește ambii termeni, respectiv „rafinărie” și „producător”, ceea ce, de altfel, a și condus un operator economic la nevoia de a clarifica textul în sensul citat mai înainte.

În aceste condiții, Consiliul stabilește că această cerință restrictivă criticată a fost exprimată în mod clar și neechivoc de către achizitoare abia cu ocazia clarificării atacate, contrar susținerilor aduse în apărare.

Date fiind cele expuse, Consiliul stabilește nelegalitatea cerinței autorității contractante potrivit căreia *„Nu se acceptă producători care nu sunt rafinării.”*

Potrivit documentelor din dosarul achiziției, în data de 25.01.2023, autoritatea contractantă, cu ocazia vizualizării ofertelor depuse în SEAP, a încheiat procesul-verbal nr. 389, în care au fost consemnate informații privind ofertele depuse.

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.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac

în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să admită contestația depusă de SC ..... SRL și să anuleze procedura de atribuire.

Față de cele reținute mai sus cu ocazia soluționării contestației, Consiliul va admite cererea de intervenție depusă de SC .... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția inadmisibilității contestației invocată de către autoritatea contractantă.

Admite contestația depusă de SC ..... SRL în contradictoriu cu SC .... - .... SA și anulează procedura de atribuire.

Încuviințează în principiu și admite cererea de intervenție depusă de SC .... SRL.

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

Împotriva ei 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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.