

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 1126/13.03.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 13086/13.03.2023, înaintată de SC SRL, cu sediul în ..., reprezentată legal prin ... - administrator, împotriva documentației de atribuire elaborată de SC ...SA, cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, prin ..., în cadrul procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*Bitum D70/100*” – cod CPV 44113610-4, s-a solicitat:

- *obligarea autorității contractante la eliminarea condiției de menținere a prețului ferm pentru 60 zile de la încheierea contractului;*
- *eliminării formulei de ajustare bazată pe previziunile/informațiile site-ului american www.tradingeconomic.com, ca fiind imprecise, neclare și irelevante pentru piața din România, site publicat exclusiv în limba engleză și nerecunoscut de vreo autoritate din România*
- *acceptarea prezentării cifrei de afaceri pentru exercițiul financiar încheiat al anilor 2020, 2021, 2022.*

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, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, critică o serie de cerințe ale documentației de atribuire.

În fapt, contestatoarea învederează Consiliului că documentația de atribuire conține clauze nelegale și restrictive, motiv pentru care solicită:

- *obligarea autorității contractante la eliminarea condiției de menținere a prețului ferm pentru 60 zile de la încheierea contractului;*
- *eliminării formulei de ajustare bazată pe previziunile/informațiile site-ului american [...](http://www.tradingeconomic.com), ca fiind imprecise, neclare și irelevante pentru*

piața din România, site publicat exclusiv în limba engleză și nerecunoscut de vreo autoritate din România;

- acceptarea prezentării cifrei de afaceri pentru exercițiul financiar încheiat al anilor 2020, 2021, 2022.

În fapt, în baza Ordinului intern nr. 225/2023, autoritatea contractantă a dispus organizarea unei proceduri de negociere fără publicarea unui anunț prealabil, prin intermediul BRM, în scopul cumpărării de bitum rutier 70/100 (bitum superior, pentru climatul din România).

În fișa de date s-a prevăzut ca ajustarea prețului va avea loc prin două modalități, respectiv în baza prețului de rafinare (producător) sau/și în baza unor informații/previziuni publicate pe un site comercial din New York, care nu publică nici o informație/preț despre bitumul de tip 70/100 ce face obiectul procedurii (www.tradingeconomics.com), invocând faptul că nu se înțelege clar și precis, care formulă va fi utilizată dintre cele două publicate:

Varianta 1:

Prețurile bitumului obținute în urma licitației pe platforma BRM sunt rezultatul concurenței și a dinamicii deschise a piețelor atât timp cât la baza formării lor stau cotații bursiere recunoscute și valabile pe piețele Uniunii Europene, iar prețurile se actualizează astfel: lei/to (cu transport inclus): Componentele prețului vor fi: $A[Ppr]+B[ac+ctr]$

$A [Ppr]$ = preț poartă rafinarie (sau preț producător)

$B [ac+ctr]$ = $[ac$ (adaos comercial) + ctr (cheltuieli de transport până la punctul de descărcare al AC)] - este constanta pe toată perioada de derulare a contractului și reprezintă prețul transportului și al adaosului, în lei.

VARIANTA 2:

Pentru livrările ulterioare, efectuate pe parcursul derulării contractului, prețul se va ajusta pe baza datelor statistice publicate în portalul de analiză economico-financiară a pieței mondiale: Trading Economics/ECONOMICS INC New York la adresa WEB: <https://tradingeconomics.com/coinmodity/bitumen>, având în vedere $NRCNY_Tn$ = număr de puncte CNY/T - cotația internațională Trading Economics/IECONOMICS INC New York a bitumului rutier 70/100 la 60 de zile de la data semnării contractului și apoi dacă este cazul ori de câte ori variația cotației depășește $\pm 5\%$ cu mențiunea faptului că perioada cuprinsă între două ajustări succesive ale prețului nu poate fi mai mică de 30 de zile pe toată perioada de derulare a contractului, fiind ajustată numai componenta A.

În acest sens, contestatoarea arată că a transmis autorității contractante un set de întrebări prin adresa nr. 1102/02.03.2023, însă, prin răspunsurile sale, aceasta nu a adus nicio clarificare asupra situației, ci a creat mai multă confuzie, astfel:

- cu privire la menținerea prețului ferm pentru 60 zile, autoritatea a refuzat să renunțe la această condiție restrictivă, de natură a avantaja doar marii producători care au capacități de depozitare, în detrimentul IMM-urilor;

- cu privire la dualitatea celor două formule, autoritatea contractantă a precizat că există o singură formulă de ajustare și că prețul de producție este o componentă a prețului. Însă, în fișa de date s-a indicat altceva, iar autoritatea contractantă nu a modificat documentația, prin răspunsul său;

- autoritatea contractantă nu a răspuns dacă a mai utilizat sau nu această formulă, dar arată că are informații conform cărora alte autorități o utilizează;

- în privința corectării cerinței referitoare la anii pentru care se prezintă cifra de afaceri, respectiv acceptarea prezentării informațiilor „*pentru ultimele 3 exerciții financiare disponibile*” - anii 2020, 2021, 2022, așa cum prevede legea, autoritatea contractantă a răspuns în sensul că nu se acceptă prezentarea acestor indicatori pentru anul 2020, 2021, 2022, întrucât documentația de atribuire a fost publicată la finalul lunii februarie. Petenta arată că, de fapt, documentația a fost publicată pe site-ul BRM în data de 01.03.2023, iar solicitarea sa se bazează pe dispozițiile art. 177 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, exercițiul financiar 2022 fiind încheiat.

În drept, contestatoarea invocă prevederile art. 164 și ale art. 221 din Legea nr. 98/2016.

În concluzie, contestatoarea arată că:

- formula de ajustare nu este una clară, precisă și fără echivoc, întrucât sunt indicate două formule;

- obligativitatea de menținere a prețului ferm pentru 60 zile, în condițiile în care prețul la bitum se modifică zilnic, aduce atingere liberei concurențe între operatori (marii producători vor fi avantajați);

- site-ul indicat pentru a fi utilizat ca referință este publicat doar în limba engleză, or limba oficială în România, precum și limba oficială a procedurii este limba română;

- site-ul indicat nu explică și nu arată sursa informațiilor, nu este agreat de nicio autoritate/entitate din România și nu reprezintă garanția unei formule precise, clare și neechivoce.

SC ...SA, a transmis punctul său de vedere nr. 1394/15.03.2023, înregistrat la Consiliu cu nr. 14230/16.03.2023, prin care solicită respingerea contestației, având în vedere următoarele considerente:

Pe cale de excepție, aceasta invocă tardivitatea depunerii contestației, motivat de faptul că a fost formulată în afara termenului prevăzut de 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Deci, ca excepție de la prevederile art. 8 alin. (1) lit. a), termenul nu se calculează „*începând cu ziua următoare luării la cunoștință*”, ci începând cu „*data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire*”. Data publicării documentației de atribuire este 01.03.2023, fapt care face ca data de 13.03.2023, data depunerii contestației, să fie în afara termenului legal.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă consideră că nu este nici nelegală și nici restrictivă menținerea prețului timp de 60 de zile, susținând că în sistem se pot observa și termene de plată de 90 de zile.

De exemplu, Legea nr. 72 din 28 martie 2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între

aceștia și autorități contractante prevede la art. 5 alin. (1) în mod expres termenul de 60 de zile „(1) în raporturile dintre profesioniști, termenul de plată nu poate fi mai mare de 60 de zile calendaristice. Prin excepție, părțile pot stipula în contract un termen de plată mai mare, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, potrivit art. 12.”

Aceasta mai precizează că, faptul de a ține un preț ferm pe piața lucrărilor este una din cerințele cu care se confruntă societatea. Natura lucrărilor, bugetarea acestora, mai ales din partea unităților administrativ – teritoriale, cer un preț ferm și cunoscut. De asemenea, întocmirea devizelor și prezentarea ofertelor presupun o anumită predictibilitate.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că formula de calcul pentru ajustarea prețului la bitum este utilizată și de către alte autorități contractante în proceduri desfășurate și prin ... (BRM) și SEAP, proceduri necontestate, acceptate, ofertate și atribuite: OI 1093/2022, CN 1004787/09.10.2018, SCN 1105199/15.04.2022, finalizate cu atribuire de contract conform anunțurilor de atribuire CAN1084927, CAN1011548, SCNA1070380 și având minim 2 oferte la fiecare procedură.

Variația procentuală care intervine în formula de ajustare a prețului la bitum este independentă de moneda bursei.

Aceasta mai precizează că toți cei trei operatori economici, care au depus oferte în cadrul procedurii, au prezentat declarații de acceptare a condițiilor contractuale (implicit de a menține prețul ferm 60 de zile de la semnarea contractului), de acceptare a modului de actualizare a prețului bitumului, fără condiționări sau solicitări de clarificări.

În ceea ce privește cifra medie de afaceri pe ultimii 3 ani, autoritatea contractantă arată că, în conformitate cu documentația de atribuire, se vor lua în considerare anii 2019, 2020, 2021, deoarece documentația de atribuire a fost întocmită la finalul lunii februarie. Atâta timp cât situațiile financiare la data de 31.12.2022 au termen de depunere până la data de 31.05.2023, conform Ordinului ministrului finanțelor nr. 4268/15.12.2022, ar însemna ca la data elaborării documentației să elimine de pe piață, fără motiv legal, toți cei care nu prezintă situații financiare al căror termen de depunere nu a ajuns la scadență.

Urmare punctului de vedere transmis de autoritatea contractantă, contestatoarea a comunicat adresa nr. 1141/20.0.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 14778/20.03.2023, prin care învederează următoarele:

Referitor la excepția tardivității depunerii contestației, aceasta invocă prevederile art. 5 din Legea nr. 101/2016, precum și ale art. 3 din Legea nr. 98/2016, arătând că data publicării este 01.03.2023 (zi care nu intră în calculul termenului), iar ultima zi legală de depunere a unei eventuale contestații s-a împlinit în data de 13.03.2023 (11 și 12 au fost zile de weekend).

Pe fondul cauzei, contestatoarea învederează că autoritatea contractantă își menține aceeași poziție confuză, arătând că își

organizează activitatea exclusiv în funcție de observațiile pe care le face cu privire la activitatea altor autorități, cărora le copiază (eronat) modul de lucru și nu în baza unor texte legale.

În ceea ce privește poziția autorității contractante referitoare la depunerea bilanțului pentru 2022, contestatoarea arată că situația economică și financiară poate fi dovedită și prin prezentarea altor documente, pentru firmele care încă nu și-au depus bilanțul contabil pentru anul 2022 (art. 177 din legea nr. 98/2016).

Legat de obiectul principal al contestației, respectiv formula de ajustare bazată pe site-ul american, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante să prezinte o analiză, cel puțin din ultimii 5 ani, din care să reiasă că *informațiile de pe site-ul american au avut legătură cu piața națională de bitum, iar prețurile la bitumul 70/100 s-au coroborat în mod clar, precis și fără echivoc cu acest site.*

Totodată, contestatoarea solicită Consiliul să oblige autoritatea contractantă să indice unde anume se regăsește, pe acest site, produsul bitum 70/100 ce face obiectul contractului, ținând cont de faptul că acest produs este un bitum special și superior față de cel standard.

SC ...SA a depus note scrise prin adresa nr. 1553/21.03.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 15362/21.03.2023, prin care solicită acceptarea în probațiune, a dovezii faptului că la procedura desfășurată prin intermediul BRM, în luna iulie a anului 2022, contestatoarea SC ...SRL a acceptat, fără obiecții, condiții similare cu cele contestate în procedura în cauză.

În susținere, atașează:

- Raport al ședinței de Tranzacționare pe Piață la Disponibil - Ringul Materialelor de Construcții din 27.07.2022, numărul 3978/27.07.2022 la O.I. 1093/2022, în care sunt indicate inclusiv modul de ajustare al prețului și condițiile de ajustare a prețului și ofertanții

- Răspuns consolidat la solicitarea de clarificări nr. 3639/22.07.2022, al autorității contractante SC ... SA SIBIU, având ca subiect formula de actualizare a prețului

- Formular 5 - Formular ACCEPTARE CLAUZE CONTRACTUALE

- Declarație a ofertantului SC ...SRL

De asemenea, autoritatea contractantă consideră că argumentele contestatoarei sunt greșite, astfel:

- excepția tardivității este fundamentată pe dispozițiile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, care prevăd că *„în cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”;*

- Legea nr. 72 din 28 martie 2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și

autorități contractante este în vigoare, prevederile acesteia operează de drept, indiferent de opinia contestatoarei;

- pentru cifra medie de afaceri pe ultimii 3 ani se vor lua în considerare anii 2019, 2020, 2021 (documentația de atribuire a fost întocmită la finalul lunii februarie), autoritatea contractantă precizând că are în vedere participarea unui număr cât mai mare de ofertanți și nu grija ca SC ...SRL să-și depună bilanțurile favorabile;

- cât privește formula de ajustare a prețului, autoritatea contractantă arată că formula de calcul pentru ajustarea prețului la bitum este utilizată și de alte autorități contractante în proceduri desfășurate și prin ... (BRM) și SEAP, proceduri necontestate (la care și contestatoarea a fost prezentă), acceptate (O.I. 1093/2022, .../09.10.2018, .../15.04.2022), finalizate cu atribuire de contract conform anunțuri de atribuire ... și având minim 2 oferte la fiecare procedură.

Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat, în data de 20.03.2023, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208982471/1, din data de 16.03.2023, în valoare de 220.000,00 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Bacău.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

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

SC ...SA, în calitate de autoritate contractantă, a publicat prin intermediul Bursei Române de Mărfuri – Secțiunea licitații, în data de 01.03.2023 prin Ordinul inițiator nr. 225/2023 împreună cu documentația de atribuire privind procedura de negociere fără publicare prealabilă în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*Bitum D70/100*”. Valoarea estimată a procedurii de atribuire este de 11.344.400,00 lei, fără TVA, termen stabilit pentru depunerea ofertelor 09.03.2023, ora 15:00. Criteriul de atribuire „*Cel mai bun raport calitate-preț*”.

Împotriva prevederilor documentației de atribuire a fost formulată contestație de către SC ...SRL prin care solicită:

- *eliminarea condiției de menținere a prețului ferm pentru 60 zile de la încheierea contractului;*

- *eliminării formulei de ajustare bazată pe previziunile/informațiile site-ului american www.tradingeconomic.com.ca fiind imprecise, neclare și irelevante pentru piața din România, site publicat exclusiv în limba engleză și nerecunoscut de vreo autoritate din România;*

- *acceptarea prezentării cifrei de afaceri pentru exercițiul financiar încheiat al anilor 2020, 2021, 2022.*

Prin punctul de vedere transmis de autoritatea contractantă este invocată excepția tardivității formulării contestației, aspect care, în

temeiul art 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, va fi analizată cu prioritate.

Analizând excepția invocată, Consiliul constată că în susținerea acesteia autoritatea contractantă arată că termenul de contestare trebuia să se stabilească potrivit art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, data publicării documentației a avut loc în 01.03.2023 iar contestația a fost depusă în afara termenului în data de 13.03.2023.

Consiliul va reține ca relevante prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016 potrivit cărora:

„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii; b) (...);

(2) În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”.

Din informațiile publicate pe site-ul Bursei Române de Mărfuri, Consiliul constată că procedura de atribuire a fost inițiată prin Ordinul inițiator nr. 225/2023 iar documentația de atribuire a fost publicată în data de 01.03.2023. Contestația a fost transmisă la Consiliu în data de luni, 13.03.2023, prima zi lucrătoare, în condițiile în care termenul de 10 zile se împlinea la data de 11.03.2023 (sâmbătă, zi nelucrătoare).

Față de cele de mai sus, Consiliul va respinge excepția tardivității contestației invocată de autoritatea contractantă.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că prima critică vizează prevederea referitoare la ajustarea prețului despre care susține că „*va avea loc prin două modalități*”, neînțelegându-se clar și precis care formulă va fi utilizată dintre cele publicate, cât și faptul că site-ul american la care face trimitere nu este asumat de nicio autoritate din România este doar în limba engleză și nu arată nimic legat de tipul de bitum 70/100 ce face obiectul contractului.

Din analiza textelor indicate în contestație Consiliul constată că SC ...SRL prezintă trunchiat prevederile referitoare la ajustarea prețului despre care afirmă nefondat că acestea ar constitui două variante de ajustare a prețului, prezentând textele astfel:

„Varianta 1:

Prețurile bitumului obținute în urma licitației pe platforma BRM sunt rezultatul concurenței și a dinamicii deschise a piețelor atât timp cât la baza formării lor stau cotații bursiere recunoscute și variabile pe piețele Uniunii Europene, iar prețurile se actualizează astfel: lei/to (cu transport inclus):

Componentele prețului vor fi: $A[Ppr]+B[ac+ctr]$

$A[Ppr]$ = preț poarta rafinărie (sau preț producător)

$B[ac+ctr]$ = $[ac(adaos commercial) + ctr(cheltuieli de transport până la punctul de descărcare al AC)]$ – este constantă pe toată perioada de derulare a contractului și reprezintă prețul transportului și al adosului, în lei.

VARIANTA 2:

Pentru livrările ulterioare, efectuate pe parcursul derulării contractului, prețul se va ajusta pe baza datelor statistice publicate în portalul de analiză economico-financiară a pieței mondiale: Trading Economics/ECONOMICS INC New York la adresa WEB: <https://tradingeconomics.com/commodity/bitumen>, având în vedere $NRCNY_Tn$ = număr de puncta CNY/T – cotația internațională Trading Economics/IECONOMICS INC New York a bitumului rutier 70/100 la 60 zile de la data semnării contractului și apoi dacă este cazul ori de câte ori variația cotației depășește $\pm 5\%$ cu mențiunea faptului că perioada cuprinsă între două ajustări successive ale prețului nu poate fi mai mică de 30 de zile pe toată perioada de derulare a contractului, fiind ajustată numai componenta A".

Consiliul constată că prin fișa de date a achiziției autoritatea contractantă a stabilit la secțiunea „PROPUNEREA FINANCIARĂ” modul de elaborarea a propunerii financiare (stabilirea prețului ofertat) și modalitatea de ajustare a prețului „pentru livrările ulterioare”, situație care nu poate crea confuzie în elaborarea ofertei și înțelegerea modului de ajustare a prețului, cum în mod eronat susține contestatoarea.

Pentru a stabili astfel, Consiliul are în vedere că cele reținute anterior sunt confirmate de modalitatea în care au fost stabilite prevederile secțiunii „PROPUNEREA FINANCIARĂ” din fișa de date a achiziției, care are următorul conținut:

„Oferta financiară va reflecta toate costurile ofertantului. Propunerea financiară trebuie să include și prețul de transport al produselor la locul de livrare.

AC nu va accepta/desemna câștigătoarea, la finalul fazei de LE, oferta care nu se încadrează în valoarea estimate inițial pentru această achiziție.

Se va prezenta propunerea financiară inițială prin completarea Formularului de ofertă.

Ofertantul va prezenta oferta sa financiară unitară (PU) în lei/to, cu evidențierea următoarelor componente:

$A[Ppr]+B[ac+crt]$

$A[Ppr]$ = preț poartă rafinărie (sau preț producător)

$B[ac+ctr]$ = $[ac(adaos comercial) + ctr(cheltuieli de transport până la punctul de descărcare al AC)]$ – este constantă pe toată perioada de derulare a contractului și reprezintă prețul transportului și al adaosului, în lei.

Pentru ședința de tranzacționare finală (licitație electronică) de pe platforma BRM, prețul de pornire va fi cel din oferta depusă inițial.

Pentru livrările ulterioare, efectuate pe parcursul derulării contractului, prețul se va ajusta pe baza datelor statistice publicate în portalul de analiză economico-financiară a pieței mondiale: Trading Economics/ECONOMICS INC New York la adresa WEB: <https://tradingeconomics.com/commodity/bitumen>, având în vedere $NRCNY_Tn$ = număr de puncta CNY/T – cotația internațională Trading Economics/IECONOMICS INC New York a bitumului rutier 70/100 la 60 de zile de la data semnării contractului și apoi dacă este cazul ori de câte ori variația cotației depășește $\pm 5\%$ cu mențiunea faptului că perioada cuprinsă între două ajustări successive ale prețului nu poate fi mai mică de 30 de zile pe toată perioada de derulare a contractului, fiind ajustată numai componenta A.

Componenta B stabilită în urma licitației rămâne fermă și nemodificabilă pe toată durata de derulare a contractului.

Valabilitatea ofertei va fi de 45 de zile de la data limită de depunere a ofertelor.

Contractul se va încheia având la bază PU fără TVA, în lei/to, exprimat cu 2 zecimale, rezultat în urma ședinței de tranzacționare prin intermediul BRM, va rămâne ferm în lei și nu se actualizează în primele 60 de zile calendaristice de la data semnării Contractului de furnizare (cumpărare) de către ambele părți, indiferent de capacitatea de bitum neparafinos pentru drumuri D 70/100 achiziționată”.

După cum se poate observa din conținutul prevederilor de mai sus autoritatea contractantă a stabilit o singură formula de ajustare a prețului, prin urmare nu poate fi invocat caracterul neclar și neprecis al prevederilor referitoare la ajustarea prețului, ci contestatoarea a rupt din context prevederi astfel încât să pară că sunt independente și ar constitui variante diferite de ajustare a prețului, ori dă o interpretare eronată a acestora.

Consiliul constată că prin adresa nr. 1102/02.03.2023 contestatoarea a formulat următoarea solicitare legată de prevederile referitoare la formula de ajustare a prețului:

„În Caietul de Sarcini există introduse două formule de ajustare. O formula este bazată pe prețul de producție, alta este bazată pe o cotație internațională de la New York. Ne aflăm în fața unei situații confuze și paradoxale, formula nefiind una CLARĂ ȘI PRECISĂ, așa cum legea obligă.

Întrucât:

- nu ne aflăm pe teritoriu SUA;*
- suntem o țară est europeană;*
- piața petrolieră națională NU ARE NICI o legătură cu piața din America;*

- nu există nici o informație care să arate că vânzarea corelativă a bitumului din America se face în baza cotațiilor din România;*

- previziunile de preț regăsite în site-ul TRADING ECONOMICS nu sunt asumate de nici o entitate publică sau de autoritate publică din România;*

- nu există o variantă în limba română a site-ului, iar procedura de licitație se desfășoară în LIMBA ROMÂNĂ;*

vă rugăm să eliminați din documentație referința constând în informațiile de tip previziune ale acestui site de știri din New York”.

Prin adresa nr. 1256/08.03.2023 autoritatea contractantă a formulat următorul răspuns *„În caietul de sarcini există o singură formula de ajustare a prețului, prețul de producție este o componentă a prețului, iar actualizarea acestuia este o formula utilizată, necontestată, acceptată, ofertată și atribuită (a se vedea proceduri similar în SEAP și BRM)”.*

Cu privire la indicarea în formula de ajustare a portalului de analiză economico-financiară a pieței mondiale: Trading Economics/ECONOMICS INC New York la adresa WEB: <https://tradingeconomics.com/commodity/bitumen>, Consiliul are în

vedere că ..., așa cum rezultă și din Ordinul inițiator nr. 225/2023, are ca reper în formula de ajustare a prețului informații de pe piața internațională.

Consiliul va reține în acest sens legislația în matria achizițiilor publice prevede o astfel de posibilitate. Potrivit art. 222² din Legea nr. 98/2016 **„(3) Autoritatea contractantă precizează atât în documentația de atribuire, cât și în contractul de achiziție publică/acordul-cadru modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri”**, aceeași prevedere regăsindu-se și în HG nr. 395/2016, art. 164.

Contrar susținerilor contestatoarei potrivit căroră *„site-ul American indicat de AC nu are nici o legătură cu piața de profil din România (acest site se ocupă în special cu informații despre criptomonede, metale prețioase, etc)”,* din verificarea informațiilor de pe site-ului indicat în documentația de atribuire la secțiunea *„Industrial”* se regăsește ca produs cotate și *„Bitumen”*.

De asemenea, Consiliul reține că formula de ajustare care include trimerile la site-ul american este folosită de Bursa de Mărfuri din România în procedurile derulate de aceasta, iar indicarea acestui site nu contravine vreunei prevederi legale. Variația procentuală care intervine în formula de ajustare a prețului la bitum este independentă de moneda bursei, chiar dacă acesta nu este una europeană, ci internațională, bursa internațională fiind cea care stabilește prețurile produselor de interes general.

Consiliul va reține totodată că operatorul economic contestator nu aduce dovezi din care să rezulte că prin indicarea acestui site i se aduce vreo vătămare prin această formula de ajustare a prețului în măsura în care oferta sa ar fi declarată câștigătoare. Aprecierile proprii referitoare la acest site, ca fiind unul de site de știri din New York, se dovedesc nefondate față de informațiile regăsite de Consiliu pe acesta, respectiv cotații de piață pentru o gamă extrem de variată de produse.

Cu privire la cererea contestatoarei de **obligare a autorității contractante să prezinte o analiză, cel puțin din ultimii 5 ani**, din care să reiasă că *informațiile de pe site-ul american au avut legătură cu piața națională de bitum, iar prețurile la bitumul 70/100 s-au coroborat în mod clar, precis și fără echivoc cu acest site*, excede situațiilor care sunt de natură a produce o vătămare operatorilor economici și a face obiectul unei contestații. Consiliul nu poate să oblige o autoritate contractantă să prezinte unui operator economic statistici din ultimii ani cu privire la o situație pe care un operator economic dorește să o cunoască. Natura contestației este de a elimina cerințele, actele vătămătoare operatorilor economici care intenționează să participe la procedura de atribuire și nu obligarea autorităților contractante la publicarea de statistici.

Prin urmare, față de cele reținute anterior Consiliul va respinge ca nefondate criticile aduse formulei de ajustare a prețului.

O altă critică a contestatoarei vizează faptul că deși a solicitat autorității contractante clarificări și a solicitat înlăturarea cerinței restrictive cu privire la menținerea prețului ferm 60 de zile, aceasta a refuzat să renunțe la această cerință prin menținerea căreia sunt avantajați doar marii producători care au capacități de depozitare, în detrimentul IMM-urilor.

Consiliul constată că în fișa de date a achiziției, Secțiunea Criteriul de atribuire, autoritatea contractantă a stabilit că ***„Valoarea unitară finală va rămâne nemodificată pentru o perioadă de 60 de zile de la semnarea contractului de furnizare, indiferent de cantitatea aprovizionată în acest interval. Începând cu a 61-a zi de la semnarea contractului, valoarea unitară se poate modifica doar în condițiile arătate la capitolul Ajustarea Prețului”.***

După publicarea documentației de atribuire SC ...SRL a formulat prin adresa nr. 1102/02.03.2023 următoarea cerere:

„1. Datorită actualei situații de instabilitate geopolitică, condiția menținerii prețului ferm pe o perioadă de 60 zile de la semnarea contractului este de natură a înlătura concurența, știut fiind că doar marile rafinării au această capacitate.

Vă rugăm să înlăturați această condiție restrictivă și să permiteți ajustarea prețului după semnarea contractului”.

Cu adresa nr. 1256/08.03.2023 autoritatea contractantă a formulat următorul răspuns:

„Conform documentației de atribuire prezentată, prețul se menține ferm pentru o perioadă de 60 de zile de la semnarea contractului”.

Consiliul reține că potrivit art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 oferta este definită ca fiind *„actul juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică”*, ofertantul având posibilitatea de a participa sau nu la procedura de atribuire.

Autoritatea contractantă nu poate fi obligată să accepte o ajustare a prețului în următoarele 2 luni de la semnarea contractului, o astfel de modificarea a documentației de atribuire ar conduce la o cheltuie ineficientă a fondurilor publice.

Cerința de a menține ferm prețul ofertat pe o perioadă de 60 de zile este una pertinentă în condițiile în care durata contractului este de 12 luni (1 an) cu posibilitatea de prelungire în condițiile legii, și a faptului că este permisă ajustarea prețului din a 61-a zi pentru următoarele 10 luni (inclusiv în situația în care durata contractului se prelungește), cu condiția ca *„perioada cuprinsă între două ajustări succesive ale prețului nu poate fi mai mica de 30 de zile pe toată perioada de derulare a contractului”.*

Prin urmare, după cele 60 de zile în care prețul trebuie să fie menținut ferm, conform formulei de ajustare a prețului, este permisă ajustarea prețului la minim 30 zile de la ultima ajustare.

O perioadă în care o ofertă de preț negociată pentru 2 luni (60 de zile) este una realistă și nu poate constitui o restricție indiferent de capacitatea de depozitare a produsului.

Astfel, față de cele de mai sus, Consiliul va respinge ca nefondată critica.

Este criticat de asemenea faptul că a solicitat prin adresa de clarificări nr. 1102/02.03.2023 modificarea cerinței privind cifra de afaceri, însă autoritatea contractantă a refuzat să renunțe la această condiție restrictivă, în condițiile în care documentația a fost publicată pe site-ul Bursei Române de Mărfuri în data de 01.03.2023 iar solicitarea sa are ca suport prevederile art. 177 alin. (1) și alin (2) din Legea nr. 98/2016 și faptul că anul/exercițiul financiar 2022 este încheiat.

Cu privire la cerința criticată, Consiliul constată că în fișa de date a achiziției, punctul 8 - Criterii de calificare, autoritatea contractantă a stabilit că ofertanții sunt obligați să prezinte:

„informații cu privire la media cifrei de afaceri din domeniul obiectului contractului pe ultimii trei ani (2019, 2020, 2021) – care trebuie să fie minim 11.244.400,00 lei conform art. 175 pct. 2 lit. a) Legea 98/2016 actualizată”.

Prin adresa nr. 1102/02.03.2023 contestatoarea a solicitat clarificări, printre altele, și cu privire la cerința referitoare la cifra de afaceri prin care cere modificarea acesteia, astfel:

*„8. Conform cerințelor din Ordinul inițiator și Fișa achiziției se solicită *Informații cu privire la cifra medie de afaceri pe ultimii 3 ani (2019, 2020, 2021)*.*

*În conformitate cu prevederile art. 177 alin. 1 și alin.2 din Legea nr. 98/2016 și întrucât anul financiar 2022 este încheiat (sunt deja disponibile informații financiare pentru primele 2 luni ale anului 2023), vă rugăm să corectați cerința referitoare la anii pentru care se prezintă cifra de afaceri, respectiv să acceptați prezentarea informațiilor *pentru ultimele 3 exerciții financiare disponibile* - anii 2020, 2021, 2022, așa cum se prevede în lege”.*

Autoritatea contractantă a răspuns contestatoarei cu adresa nr. 1256/08.03.2023 arătând că *„În conformitate cu documentația de atribuire, pentru cifra medie de afaceri pe ultimii 3 ani se vor lua în considerare anii 2019, 2020, 2021 (documentația de atribuire a fost întocmită la finalul lunii februarie)”*, păstrând astfel cerința așa cum a fost stabilită inițial.

Pentru a stabili dacă cerința criticată este restrictivă, așa cum susține contestatoarea, Consiliul constată că în speță sunt incidente dispozițiile Legii nr. 98/2016:

- Art. 172. – „(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii de capacitate referitoare la:

a) capacitatea de exercitare a activității profesionale;

b) situația economică și financiară;

c) capacitatea tehnică și profesională”.

- Art. 177. – „(1) Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind situația economică și financiară, de regulă, prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: (...)

c) o declarație privind cifra totală de afaceri a operatorului economic și, acolo unde este cazul, cifra de afaceri din domeniul de activitate care face obiectul contractului, pentru cel mult ultimele trei exerciții financiare disponibile, în funcție de data înființării sau începerii activității operatorului economic, în măsura în care informațiile privind cifrele de afaceri sunt disponibile”.

Potrivit Ordinului Ministrului Finanțelor nr. 4268/15.12.2022, Anexa nr. 3 „III. Termenul de depunere a raportărilor contabile anuale întocmite la 31 decembrie 3.1. Depunerea la unitățile teritoriale ale Ministerului Finanțelor a raportărilor contabile anuale la 31 decembrie, întocmite de entitățile prevăzute la pct. 1.1 din prezenta anexă, se efectuează în termen de 150 de zile de la încheierea anului calendaristic”, termen care se împlinește la 31 mai 2023.

Prin urmare, informațiile cu privire la cifra de afaceri pentru anul 2022 vor fi disponibile la finalul lunii mai a acestui an, situație în care stabilirea cerinței ca informațiile referitoare la cifra de afaceri pe ultimii 3 ani 2019, 2020 și 2021 respectă prevederile legale în materie.

Faptul că documentația de atribuire a fost publicată la începutul anului 2023 când anul/exercițiul financiar pe anul 2022 era încheiat nu prezintă relevanță în stabilirea celor ultimi 3 ani întrucât, așa cum prevede art. 177 citat mai sus, cerința se stabilește raportat la „**cel mult ultimele trei exerciții financiare disponibile**”, termenul disponibile nu se referă doar la faptul că din punct de vedere calendaristic anul financiar s-a încheiat, ci că informațiile referitoare la anul financiar încheiat sunt disponibile, or acestea vor fi disponibile abia la finalul lunii mai 2023.

Mai mult decât atât, contestatoarea nu a dovedit că printr-o astfel de cerință i se aduce vreo vătămare și care ar fi aceea. Prin solicitarea de modificare a cerinței operatorul economic contestator pare că a intenționat crearea unei situații mai favorabile societății sale în contextul în care cel mai probabil prin includerea anului 2022 cifra de afaceri ar fost necesară pentru îndeplinirea cerinței.

Astfel, față de cele reținute anterior, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată caracterul nefondat al criticilor, motiv pentru care va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu SC ...SA.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu SC ...SA.

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

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

PREȘEDINTE,
...

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în 4 exemplare, conține 13 (treisprezece) pagini.