



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6 Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr..../73 .../...

Data:...

Prin contestația nr. 22/13.05.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 8118/14.05.2015, depusă de către SC ...L SRL, cu sediul în sat Berca, str. ... nr. 103, județ ..., reprezentată convențional prin Avocat ..., având Cod Unic de Înregistrare ... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ..., formulată împotriva documentației de atribuire, elaborată de către ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., ..., județul ..., în cadrul procedurii de „negociere fără publicarea unui anunț de participare” pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Furnizare motorină EN590”, cod CPV 09134220-5, s-a solicitat:

- anularea procedurii și obligarea autorității contractante la organizarea unei noi proceduri de achiziție, alta decât cea prevăzută pentru achiziția de materii prime, prin validarea procedurii de către ANRM MAP și publicarea documentației în SEAP;
- obligarea autorității contractante să publice valoarea estimată a contractului.

În baza dispozițiilor legale aplicabile,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2) și (6) din O.U.G.

nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, admite contestația formulată de către SC ...L SRL în contradictoriu cu ... și dispune anularea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru autoritatea contractantă, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

SC ...L a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, elaborată de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „negociere fără publicarea unui anunț de participare” pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Furnizare motorină EN590”, cod CPV 09134220-5, solicitând:

- anularea procedurii și obligarea autorității contractante la organizarea unei noi proceduri de achiziție, alta decât cea prevăzută pentru achiziția de materii prime, prin validarea procedurii de către ANRMAP și publicarea documentației în SEAP;

- obligarea autorității contractante să publice valoarea estimată a contractului.

1. În fapt, contestatorul precizează că documentația de atribuire a fost publicată pe site-ul Bursei Române de Mărfuri în baza OI nr. 286/2015, autoritatea intenționând să achiziționeze combustibili auto (motorină). Acesta critică faptul că, deși procedura printr-o bursă privată este permisă doar pentru achiziția de materii prime, în baza art. 122 lit. f) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă a interpretat greșit legea aplicabilă și a dispus aplicarea acestei proceduri.

Contestatorul învederează că, în data de 06.05.2015, a transmis autorității faptul că prin adresa nr. 8022/15.04.2015, comunicată unui alt operator economic, ANRMAP a decis că nu reprezintă materii primă combustibilii auto. Cu toate acestea autoritatea contractantă a hotărât continuarea procedurii.

2. Un alt aspect criticat de contestator se referă la faptul că deși avea obligația publicării valorii estimate a contractului, autoritatea contractantă nu a respectat acest lucru, făcând astfel imposibil calculul termenelor procedurale, calculul garanției de bună conduită etc. În susținere se invocă dispozițiile art. 25 și art. 26 din OUG nr. 34/2006.

3. În aprecierea contestatorului organizarea procedurii încalcă principiul eficienței utilizării fondurilor, fiind de notorietate

faptul că bursele private percep comisioane procentuale din valoarea contractului, achitate tot de bugetul public. În susținere se invocă dispozițiile art. 2 din OUG nr. 34/2006.

Prin adresa nr. 359354/18.05.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 8495/20.05.2015, ... în calitate de autoritate formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC ...L solicitând respingerea acesteia ca neîntemeiată.

1. Referitor la critica contestatorului, privind achiziția de combustibil auto (*motorină*) prin Bursa Română de Mărfuri, în baza prevederilor art. 122, lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă precizează că, în conformitate cu dispozițiile anterior menționate are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în cazul în care obiectul procedurii privește achiziționarea de materii prime cotate la bursele de mărfuri, situație în care achiziția acestora se realizează ca urmare a tranzacțiilor pe piața de disponibil. Mai mult, autoritatea subliniază că dispozițiile art. 59 alin. (1) și (2) din HG nr. 925/2006 explică în mod corespunzător tipurile de bunuri, modul de inițiere și realizare a procedurii prin intermediul burselor de mărfuri.

În ceea ce privește definiția termenului de „*materii prime*”, autoritatea contractantă învederează următoarele:

- potrivit dicționarului explicativ al limbii române „*materie primă = produs natural sau material semifabricat, destinat prelucrării sau transformării în alte obiecte*”;
- potrivit punctului de vedere al doamnei dr. ing. ..., șef de lucrări la Departamentul Chimie, Facultatea Tehnologia Prelucrării Petrolului din Universitatea Petrol și Gaze din Ploiești, absolventă a Facultății Tehnologia Prelucrării Petrolului, „benzina și respectiv motorina reprezintă produse finite pentru rafinăria care le-a produs, ele devenind însă materii prime atunci când sunt utilizate drept carburanți în motoarele auto cu aprindere prin scânteie sau prin compresie deoarece, în motoarele auto sunt supuse unor transformări chimice în procesul de combustie”

- o altă opinie referitoare la noțiunea de „*materie primă*” este dată de specialiști din cadrul Institutului Național de Cercetări Economice „Costin C. Kirițescu”, potrivit căreia combustibilii precum benzina și motorina fac parte din categoriile importante de „*materii prime*” și anume „*materiile prime consumabile*”, deoarece aceștia sunt utilizați la motoarele cu ardere internă pentru transformarea în energie termică, iar aceasta la rândul său în energie cinetică.

2. Cât privește critica referitoare la obligația publicării valorii estimate a contractului, autoritatea contractantă apreciază că aceasta este nefondată deoarece potrivit prevederilor

art. 13 din Regulamentul Bursei Române de Mărfuri privind încheierea contractelor de achiziție de produse, servicii sau lucrări

„(1) Documentația procedurii, întocmită conform art. 9, conține:

- a) *Instrucțiuni pentru ofertanți cuprinzând date despre ordonatorul, precum și despre organizatorul procedurii, despre obiectul contractului de achiziție, condițiile de calificare, modul de elaborare și prezentare a ofertei, garanțiile solicitate, indicații asupra modului de derulare a procedurii și de evaluare a ofertelor etc.;*
 - b) *Caietul de sarcini cuprinzând specificațiile tehnice ale produselor, serviciilor sau lucrărilor care fac obiectul achiziției, precum și indicații privind regulile de bază care trebuie respectate astfel încât potențialii ofertanți să elaboreze oferta tehnică corespunzător cu necesitățile și cerințele ordonatorului;*
 - c) *Modelul contractului-cadru de achiziție;*
 - d) *Formulare - conține formulare cu caracter obligatoriu, pentru a facilita elaborarea și prezentarea unitară a ofertelor.*
- (2) *Documentația procedurii nu va impune o anumită marcă de fabrică sau de comerț, un model sau un tip de produs, serviciu sau lucrare și nici nu va indica o origine a produsului, serviciului sau lucrării sau un furnizor, executant sau prestator determinat;*
- (3) *Prin excepție și în măsura în care prin comanda sa, ordonatorul unei proceduri va solicita în mod expres una sau mai multe mărci de fabricație, acesta le va enunța sub titulatura de "branduri";*
- (4) *În cazul procedurii de încheiere a contractului de achiziție prin cerere de ofertă, Documentația procedurii poate fi simplificată, cuprinzând, după caz, instrucțiunile pentru elaborarea și prezentarea ofertei, caietul de sarcini, formulare și condiții generale de contractare”.*

3. În ceea ce privește critica referitoare la încălcarea principiului eficienței utilizării fondurilor, autoritatea contractantă menționează că potrivit art. 5 din Contractul de colaborare nr. 16/20.01.2015 încheiat între Bursa Româna de Mărfuri și ... „membrul afiliat nu va achita nicio cotizație anuală în contul BRM”.

În acest context, autoritatea contractantă subliniază că, *Bursa Română de Mărfuri, prin adresa nr. 3141/18.05.2015, a comunicat faptul că SC ...L SRL nu are calitatea de membru afiliat al BRM, deoarece unicul asociat al acestei societăți comerciale, domnul ..., este unul din asociații ... - societate suspendată de la tranzacționare pe o perioadă de 6 luni, ca urmare a faptului că, acesta s-a aflat în situația prevăzută în Hotărârea Consiliului de Administrație nr. 376/23.03.2015 art. 1 prin care: „Se interzice afilierea la*

BRM a societăților comerciale care au în actionariat, în organizarea administrativă sau de execuție (persoane de conducere și/sau personal de execuție) persoane fizice sau juridice care au dovedit o conduită necorespunzătoare în urma participării la procedurile bursiere, respectiv: au fost suspendate pe o perioadă mai mare de 3 luni, au fost excluse de la procedurile bursiere, sunt sau au fost în litigii administrativ/comerciale în ultimii 3 ani, cu BRM".

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „negociere fără publicarea unui anunț de participare” pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Furnizare motorină EN590”, cod CPV 09134220-5. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat-o pe site-ul BRM, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Întrucât în documentația de atribuire pusă la dispoziția operatorilor economici interesați nu a fost cuprinsă și o valoare estimată a contractului, Consiliul constată, pentru această spetă, inaplicabilitatea dispozițiilor art. 271¹ din OUG nr. 34/2006 referitoare la constituirea garanției de buna conduită.

Pe fondul contestației formulate de către SC ...L SRL, Consiliul retine:

Faptul că SC ...L SRL nu are calitatea de membru afiliat al BRM nu are nicio relevanță în soluționarea spetei pentru că acest operator economic a formulat contestația împotriva documentației de atribuire, elaborată de către ... (nu de către BRM), invocând chiar nelegalitatea organizării procedurii de achiziție prin „negociere fără publicarea unui anunț de participare” pe piața disponibilă.

Prin sesizarea formulată de către SC ...L SRL în cuprinsul contestației, se invocă aplicarea incorectă a prevederilor art. 122 lit. f) din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, respectiv organizarea unei proceduri de „negociere fără publicarea unui anunț de participare” pe piața disponibilă, pentru atribuirea unui contract de achiziție publică de furnizare de combustibil auto-motorină EN590.

Potrivit prevederilor art. 122 lit. f) din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare:

„Art. 122. - Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare numai în următoarele cazuri:

.....f) pentru achiziționarea de materii prime cotate la bursele de mărfuri, achiziția acestora realizându-se ca urmare a tranzacțiilor de pe piața disponibilă;”

În aprecierea Consiliului, nicio interpretare a prevederii

legale mai sus enunțate nu permite echivalarea produsului „motorină EN590”, produs cu destinația de combustibil auto, cu noțiunea de materie primă, întrucât acesta este în mod indubitabil produs finit și nu materie primă.

Chiar dacă prin prevederile art. 59 din HG nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare se menționează ca „*In cazurile prevăzute la art. 122 lit. f) și la art. 252 lit. f) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă are dreptul de a achiziționa numai acele categorii de produse fungibile care sunt cotate pe piața la disponibil*” această formulare nu extinde sintagma clară de „*materii prime*” ci dimpotrivă introduce o condiție suplimentară.

Prin sintetizarea prevederilor legale amintite reiese faptul că o autoritate contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare (prin tranzacții de pe piața la disponibil) în următoarele condiții cumulative:

- *pentru achiziționarea de **materii prime** cotate la bursele de mărfuri, achiziția acestora realizându-se ca urmare a tranzacțiilor de pe piața la disponibil*

- *numai acele categorii de produse fungibile care sunt cotate pe piața la disponibil; prin bunuri fungibile se înțelege bunurile determinate generic, care pot fi înlocuite unele cu altele în executarea unei obligații contractuale.*

Această interpretare, evidentă de altfel, este confirmată clar și explicit prin punctul de vedere al ANRMAP transmis prin adresa nr. 8022/15.04.2015:

„*combustibilii pot intra în categoria materiilor prime auxiliare semifabricate, atunci când aceștia contribuie la procesul tehnologic de fabricație al unui produs finit, dar, pe de altă parte, aceste produse nu fac parte din categoria materiilor prime atunci când sunt utilizate ele însele ca produse finite (spre exemplu, combustibili auto).*”

Consiliul, precum și ANRMAP, iau în considerare un mod uzual de definire a noțiunii de „materie primă” în sensul acceptat universal în toate dicționarele și enciclopediile, ca de ex:

„Materia primă este materialul de bază din care sunt produse sau fabricate: mărfurile, produsele finite și materiile intermediare. Termenul de „materie primă” este utilizat pentru a desemna materialul aflat într-o stare neprelucrată sau prelucrată, minim, de exemplu, latex, cărbune, minereu de fier, lemn, aer sau apa de mare”.

Consiliul nu poate lua în considerare, în speță, interpretări complete neadecvate limbii române, precum cele emise de d-na dr. ing ...:

„Benzina și respectiv motorina reprezintă produse finite pentru rafinăria care le-a produs. Ele devin însă materii prime atunci când sunt utilizate drept carburanți în motoarele auto cu aprindere prin scânteie sau prin compresie deoarece, în motoarele auto sunt supuse unor transformări chimice în procesul de combustie. Conform legii conservării masei și principiului I al termodinamicii, benzina sau motorina utilizate drept carburanți se vor regăsi sub formă de gaze de ardere și lucru mecanic necesar funcționării motoarelor (obținut prin conversia căldurii de reacție).

In concluzie, derivatele de produse petroliere: benzina, motorina și unii combustibili lichizi (păcură, combustibil tip M, combustibil lichid ușor tip III) prin utilizarea lor drept carburanți în motoarele auto și respectiv drept combustibili pentru centralele termice, devin din produse finite materii prime, atunci când sunt destinate a fi supuse unor transformări chimice așa cum sunt reacțiile de ardere ce duc la obținere de gaze de ardere și energie mecanică sau termică.”

Acest tip de interpretare reprezintă mai curând un sofism (rationament aparent corect dar în realitate fals) deoarece cu această logică forțată, produse ca pâinea sau conservele de peste ar trebui și ele considerate materie primă (și nu produs finit) pentru că în timpul consumului suferă transformări chimice considerabile și se transformă în energie, deși evident graul și apa, respectiv peștele sunt materiile prime iar pâinea sau conservele de peste sunt produse finite.

Revenind la interpretarea corectă, confirmată explicit prin punctul de vedere al ANRMAR, Consiliul concluzionează asupra faptului că nu este legală aplicarea prevederilor art. 122 lit. f) din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, în cazul atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Furnizare motorină EN590” și în consecință va dispune anularea procedurii.

În ceea ce privește solicitarea contestatorului privind organizarea în anumite condiții a unei noi proceduri, Consiliul nu are competența de a impune vreunei autorități contractante organizarea sau neorganizarea unei noi proceduri, oportunitatea de a organiza sau nu o procedură de achiziție publică fiind o decizie internă a oricărei autorități contractante.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2) și (6) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de către SC ...L SRL în contradictoriu cu ... și va dispune anularea procedurii de atribuire.

PREȘEDINTE COMPLET

MEMBRU COMPLET ...
...

MEMBRU COMPLET

...