



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 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. .../.../...

Data: ...

Prin contestația nr. 62 din 17.06.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 10814/18.06.2015, formulată de către S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având C.I.F. RO ..., reprezentată convențional prin ..., împotriva documentației de atribuire, elaborată de către ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., ..., jud. ..., înregistrată la O.R.C. sub nr. ..., având CIF: ..., prin ... cu sediul în ..., în cadrul procedurii de atribuire, prin negociere fără publicarea unui anunț de participare, organizată în vederea încheierii contractului de furnizare având ca obiect „Motorină Euro 5”, cod CPV: 09134200-9 – Motorină, s-a solicitat:

„- anularea procedurii, întrucât nu pot fi luate măsuri de remediere;
- obligarea autorității să publice valoarea estimată a contractului”.

Prin adresa nr. 4131/30.06.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 11924/30.06.2015, ... a transmis „Cerere de intervenție în interesul ...”, prin care solicită:

„1. Încuviințarea în principiu a cererii de intervenție în interesul ..., iar pe fondul cauzei admiterea acesteia;

2. Respingerea contestației formulată de S.C. ... S.R.L., în principal, pentru neconstituirea garanției de bună conduită, astfel cum aceasta este reglementată de dispozițiile art. 271¹ alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, iar în subsidiar ca neîntemeiată”.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge excepția inadmisibilității contestației, invocată de ...

Respinge ca nefondată contestația formulată de S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu ... Pe cale de consecință admite cererea de intervenție formulată de ...

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 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:

Prin contestația formulată, S.C. ... S.R.L. contestă documentația de atribuire, elaborată de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin negociere fără publicarea unui anunț de participare, organizată în vederea încheierii contractului de furnizare având ca obiect „Motorină Euro 5”, cod CPV: 09134200-9 – Motorină, s-a solicitat:
„- anularea procedurii, întrucât nu pot fi luate măsuri de remediere;
- obligarea autorității să publice valoarea estimată a contractului”.

În fapt, contestatorul arată că documentația de atribuire a fost publicată pe site-ul ..., autoritatea contractantă intenționând să achiziționeze combustibili auto (motorină euro 5 în cantitate de 180.000 litri).

Astfel, contestatorul critică faptul că, deși procedura printr-o bursă privată este permisă doar pentru achiziția de materii prime, în baza art. 122 lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006, „autoritatea contractantă a interpretat greșit legea aplicabilă, a nesocotit total deciziile autorităților abilitate și a dispus organizarea acestei proceduri în acest fel”.

Contestatorul învederează că, în data de 15.06.2015, i-a comunicat autorității contractante „intenția de a contesta, precum și deciziile recente ale autorităților, respectiv CNSC și ANRMAP, cu privire la faptul că nu este legală achiziția de motorină, care nu este

considerată materie primă, prin burse private, dar autoritatea a decis continuarea procedurii și nerespectarea legii”.

Contestatorul precizează următoarele:

- în data de 21.05.2015, prin Decizia nr. ..., CNSC a decis că motorina auto nu este materie primă, ci produs finit și nu poate face obiectul art. 122 lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006;
- în data de 11.06.2015, prin Decizia nr. ..., CNSC a decis în același sens;
- „ANRMAP a stabilit că un combustibil auto nu poate fi materie primă și nu poate fi tranzacționat în baza art. 122 lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006”.

De asemenea, contestatorul critică faptul că autoritatea contractantă, deși avea obligația publicării valorii estimate a contractului, „nu a respectat acest lucru, făcând astfel imposibil calculul termenelor procedurale contencioase, calculul garanției de bună conduită etc.”.

În susținere, se invocă dispozițiile art. 25 și art. 26 din O.U.G. nr. 34/2006.

Contestatorul precizează că 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”, sens în care, în susținere, se invocă dispozițiile art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006.

Se menționează în contestație, faptul că „... nu permite accesul societății noastre la licitații publice, aplicându-se un tratament discriminatoriu. Motivul îl reprezintă faptul că societatea noastră (firmă afiliată cu ...) au contestat (și câștigat) mai multe licitații publice organizate ilegal de către ...”.

Contestatorul precizează că, datorită nerespectării de către autoritatea contractantă a prevederilor art. 26 din O.U.G. nr. 34/2006, nu este în măsură să constituie garanția de bună conduită.

Ca mijloc de probă, au fost depuse, în copie, documente.

Contestatorul solicită cheltuieli de judecată.

Întrucât din documentele prezente la dosarul cauzei nu rezultă valoarea estimată a contractului în cauză, Consiliul i-a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 5922/... - .../23.06.2015, să transmită nota privind determinarea valorii estimate a contractului de achiziție în cauză.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 11281/23.06.2015, autoritatea contractantă a transmis „Nota justificativă privind estimarea valorii totale a contractului de furnizare motorină euro 5”, din care rezultă că „Valoarea estimată a contractului de furnizare

180.000 litri motorină euro 5, este de 185.000 euro, la care se adaugă TVA.”

Prin adresa nr. 5970/...-.../24.06.2015, Consiliul i-a adus la cunoștință contestatorului valoarea estimată a contractului de achiziție publică în cauză și i-a solicitat să transmită, în cel mult trei zile de la primirea adresei, copia dovezii constituirii garanției de bună conduită conform art. 271 ind. 1 alin. (1) din ordonanță, precum și confirmarea transmiterii sau depunerii originalului dovezii la autoritatea contractantă, potrivit art. 271 ind. 1 alin. (3) din ordonanță.

Prin adresa nr. 72/26.06.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 11649/26.06.2015, contestatorul a răspuns la adresa antemenționată fără a se conforma solicitării Consiliului, astfel:

„Vă anexăm alăturat decizii ale anumitor autorități publice, care au înțeles să respecte legea, precum și Decizii ale CNSC, în spețe privind aplicabilitatea art. 122 lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006.

Aceste autorități au decis să aleagă proceduri de licitații gratuite, aducând economie bugetului public și nu oneroase, prin burse private.”

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 11729/29.06.2015, contestatorul a transmis Ordinul de plată nr. 5 din data de 26.06.2015, de la OTP Bank Romania S.A. – Sucursala..., în valoare de 8.244,16 RON, reprezentând constituirea garanției de bună conduită pentru procedura de atribuire în cauză.

Prin adresa nr. 4131/30.06.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 11924/30.06.2015, ...a transmis „Cerere de intervenție în interesul ...”, prin care solicită:

„1. Încuviințarea în principiu a cererii de intervenție în interesul ..., iar pe fondul cauzei admiterea acesteia;

2. Respingerea contestației formulată de S.C. ... S.R.L., în principal, pentru neconstituirea garanției de bună conduită, astfel cum aceasta este reglementată de dispozițiile art. 271¹ alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, iar în subsidiar ca neîntemeiată”.

În urma analizării adresei nr. 4131/30.06.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 11924/30.06.2015, depusă de ... raportat la contestația formulată de S.C. ... S.R.L., Consiliul o califică ca fiind o cerere de intervenție accesorie și o admite în principiu, conform art. 65 alin. (1) din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu art. 297 din O.U.G. nr. 34/2006.

Potrivit prevederilor art. 64 alin. (1) din Codul de Procedură Civilă coroborat cu principiile expres prevăzute la art. 269 din ordonanța antemenționată, Consiliul a solicitat părților, prin adresele

nr. 6270 și nr. 6271 din data de 30.06.2013, punctul de vedere cu privire la cererea de intervenție de mai sus.

Intervenientul precizează următoarele:

Referitor la justificarea interesului în promovarea cererii de intervenție accesorie, în fapt, promovarea acesteia este determinată de dorința intervenientului de a se constata deopotrivă legalitatea și temeinicia modului în care autoritatea contractantă a inițiat procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de atribuire, în temeiul dispozițiilor art. 122 lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006, având ca obiect achiziția de „Motorină”, cu atât mai mult cu cât una dintre criticile formulate de contestator vizează împrejurarea că prin intermediul ... nu poate fi achiziționată motorină, întrucât aceasta nu este materie primă.

În ceea ce privește aspectul legat de neconstituirea garanției de bună conduită, intervenientul înțelege să facă următoarele mențiuni:

Din contestația formulată de S.C. ... S.R.L., respectiv din ultimul paragraf al acesteia, rezultă faptul că societatea nu a înțeles să constituie garanția de bună conduită, în conformitate cu prevederile art. 271¹ alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006.

Față de această împrejurare și având în vedere dispozițiile art. 271¹ alin. (2) din actul normativ mai sus menționat, intervenientul subliniază neconstituirea garanției de bună conduită de către contestatoare, solicitând respingerea contestației în consecință.

Pe fondul cauzei, argumentele contestatoarei vizează următoarele aspecte:

1) Nelegalitatea procedurii cu motivarea că art. 122 lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006 prevede faptul că se pot achiziționa de pe piață la disponibil doar materii prime. Se susține că ANRMAP a „stabilit că un combustibil auto nu poate fi materie primă”.

2) C.N.S.C., prin decizia nr. 706/73/C 10/803 din 21 mai 2015 și decizia nr. 842/C6/787 din 11.06.2015, a decis „clar și fără echivoc că motorina auto nu este materie primă (...)”.

Intervenientul solicită înlăturarea acestor susțineri în raport de următoarele considerente:

1. Dreptul de a achiziționa produse bursiere prin ... este conferit autorităților contractante în baza art. 122 lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006, care precizează că acestea au „dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare [...] pentru achiziționarea de materii prime cotate la bursele de mărfuri, achiziția acestora realizându-se ca urmare a tranzacțiilor de pe piața la disponibil.”

Din nefericire, formularea O.U.G. sus-menționată, care transpune în legislația din România Directiva 2004/18/EC, a provenit dintr-o traducere inexactă a legislației-sursă. Astfel, dacă în textul original al Directivei, se preciza la Art. 31 parag. 3 litera c), că această procedură se aplică „în cazul furniturilor cotate și achiziționate pe o piață de mărfuri” (original în engleză - „for supplies quoted and purchased on a commodity market”), transpunerea în limba română a înlocuit termenul original de „furniture” cu cel de „materii prime”, care în România nu are o determinare juridică sau comercială în raport cu piețele de mărfuri, fapt învederat între altele de textul Legii nr. 357/2005 privind bursele de mărfuri, care nu face referire la categoria de „materie primă”.

Directiva 24/2014/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind Achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, cu termen de implementare în legislația națională luna aprilie 2016, prevede la art. 32 „Utilizarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă”, la pct. 3):

„Utilizarea procedurii de negociere fără publicare prealabilă poate fi utilizată pentru contracte de achiziții publice de produse:

c) pentru produsele cotate și achiziționate pe o piață de mărfuri”.

În primul rând, ANRMAP s-a folosit de termenul „materii prime” - sintagmă fără o definiție juridică prezentă în cadrul normativ relevant (O.U.G. nr. 34/2006), în elaborarea consilierii metodologice oferite, inducând confuzie între acest termen și acela de „produse naturale”. Adresa ANRMAP arată caracterul absolut artificial al integrării termenului de „materie primă” într-o legislație care, altminteri, s-a dovedit a fi, la nivel european, absolut funcțională.

Este evident însă faptul că, indiferent de utilizarea lor, combustibilii sunt materii prime consumabile care contribuie, prin ardere, la producerea bioxidului de carbon și a energiei termice, în cazul combustibililor de încălzire, respectiv a bioxidului de carbon și a energiei termice, utilizată la rândul ei ca atare (încălzire habitacul) și transformată în energie mecanică și electrică, în cazul combustibililor de transport.

Acest punct de vedere este fundamentat de poziția oficială a Academiei Române, în care se precizează următoarele:

„Materiile prime consumabile reprezintă una din categoriile importante de materii prime. [...] Combustibili precum benzina și motorina sunt utilizați la motoarele cu ardere internă pentru transformarea în energie termică, iar aceasta la rândul său în bioxid

de carbon și energie cinetică, ca de exemplu la mijloacele de transport, în timp ce combustibilii de încălzire sunt transformați în energie termică.”

Opinia Academiei Române este coroborată, între altele, de către definițiile general acceptate ale termenului de materie primă:

-„produs natural sau material semifabricat, destinat prelucrării sau transformării în alte produse” - (DEX);

-„materiale brute sau procesate care pot fi convertite prin procesare, manufacturare sau combinare într-un produs nou, utilizabil.” - (Merriam-Webster).

Prin urmare, trebuie făcută o distincție clară între resurse naturale sau organice, care sunt o categorie de materii prime, și categoria mai largă a materiilor prime, care poate include consumabile, produse industriale, materii prime sintetice, produse animale sau produse manufacturate (cf. Academia Română). Dat fiind faptul că produsele petroliere sunt convertite prin procesare în energie cinetică sau energie termică, contribuind astfel, în calitate de consumabile, la generarea unui produs nou și utilizabil, ele sunt în mod indubitabil materii prime. De altfel, motorina și benzina sunt încadrate în codul fiscal la subcategoria produs combustibil, iar la categoria principală la produse energetice. Este evident faptul că produsele energetice sunt produse care se transformă în energie sub diverse forme, deci ele nu sunt, neputând fi folosite ca atare, produs finit. Prin definiție, un produs finit este un produs care se folosește ca atare și nu mai suportă transformări.

Mai mult, conform definiției motoarelor termice din Dicționarul Tehnic, combustibilul împreună cu comburantul, în cazul de față oxigen, se transformă în carburant, acesta la rândul său transformându-se în energie. Rezultă faptul că un combustibil, în cazul de față motorină, nu se folosește ca atare ci se transformă în carburant, deci ea însăși nu poate fi considerată ca produs finit, fiind supusă transformării în carburant, și apoi în energie, și neavând nici o utilitate în starea în care se află.

Astfel, prin adresa nr. 7489/2007, ANRMAP afirmă explicit că produsele petroliere (benzine, motorine, combustibili de încălzire, păcură) intră în categoria materiilor prime.

În dorința de a soluționa confuzia generată de terminologia inexactă folosită în transpunerea vechii directive privind achizițiile publice și la îndrumarea ANRMAP, ... s-a adresat la acel moment Ministerului Economiei, care a clarificat speța, furnizând o listă completă de mărfuri fungibile care sunt considerate, în opinia sa, ca

produse de bursă. Această listă conține toate produsele bursiere (benzine, motorine, combustibili de încălzire).

Legiuitorul nu stabilește nicio diferență sub aspectul naturii unice în ceea ce privește încadrarea, între combustibili după cum aceștia sunt folosiți pentru încălzire sau pentru motoare, legiuitorul folosind conjuncția „sau” între cele două destinații privind utilizarea (în vederea transformării în alta formă de energie).

În acest sens, cu referire la interpretarea gramaticală a normelor juridice, conjunctiva „sau” desemnează echivalența, alternativitatea.

Prin urmare, din punctul de vedere al legiuitorului, combustibilii au aceeași natură, fie că sunt utilizați pentru încălzire, fie pentru motoare, în considerarea faptului că, prin utilizare, aceste produse energetice se transformă în alte forme de energie, respectiv termică sau mecanică, după cum sunt folosite pentru încălzire sau pentru motoare. Specific materiilor prime este faptul că, intrând într-un proces de utilizare, acestea se transformă în alt produs, rezultatul constituind produs finit, în cazul utilizării combustibililor pentru încălzire în bioxid de carbon și energie termică, iar în cazul utilizării pentru motoare, în energie termică, la rândul ei utilizată ca atare (încălzire habitacul) sau transformată în bioxid de carbon și energie mecanică (deplasarea vehiculului) și electrică (iluminat, etc.).

Pe de altă parte, cu referire la forța juridică a legii, coroborat cu scopul edictării acesteia, acolo unde legiuitorul nu distinge, în egală măsură îi este oprit să distingă, atât destinatarului acesteia, autorității publice din puterea executivă având competența organizării executării legii ori organului care aplică legea, în vederea restabilirii stării de legalitate.

În ceea ce privește decizia CNSC nr. ... din 21 mai 2015, invocată de contestatoare, aceasta nu este definitivă și a fost atacată cu plângere de către autoritatea contractantă.

Intervenientul anexează „Cererea de Intervenție Accesorie” depusă la Curtea de Apel.

Intervenientul consideră Decizia CNSC nr. ... nelegală, precizând că aceasta este contestată în instanță de Autoritatea Contractantă la Curtea de Apel Timișoara.

Referitor la susținerile conform cărora S.C. ... S.R.L. beneficiază de un tratament discriminatoriu din partea ... datorită faptului că este afiliată ... în contextul în care cele două societăți au contestat proceduri organizate prin intermediul pieței la disponibil administrate de ..., și au câștigat, intervenientul menționează următoarele:

S.C. ... S.R.L. și S.C. ... S.R.L. nu au avut câștig de cauză în urma hotărârilor definitive formulate de către instanță (Curtea de Apel) în urma plângerilor formulate de către autoritățile contractante pentru puținele decizii favorabile primite din partea CNSC pentru susținerile care fac obiectul contestației depuse. O practică identică este întâlnită și în cazul plângerilor emulate de către cele două societăți comerciale la deciziile CNSC nefavorabile, instanța de apel respingând toate spețele supuse judecății. Prin urmare, susținerea formulată este neîntemeiată și fără a avea un suport real.

În drept, intervenientul invocă dispozițiile art. 61 alin. (1) și (3) și art. 63 din Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, precum și dispozițiile art. 122 lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare.

În probațiune, intervenientul anexează înscrisuri.

Prin adresa nr. 6263 din data de 30.06.2015, Consiliul i-a solicitat autorității contractante dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 80/01.07.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 12055/01.07.2015, contestatorul precizează că nu dorește să comenteze punctul de vedere al ... în legătură cu contestația, solicitând respingerea cererii de intervenție de mai sus.

Prin adresa nr. 2023/01.07.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 12057/01.07.2015, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, în care solicită respingerea acesteia ca neîntemeiată și nefondată.

Autoritatea contractantă precizează că a declanșat, în temeiul prevederilor art. 252, lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006, procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru achiziția de „motorină euro 5”, prin intermediul ..., conform Regulamentului de organizare și Funcționare a PIEȚEI LA DISPONIBIL, administrat de ... și Procedura de Tranzacționare în RINGUL PRODUSELOR PETROLIERE.

..., la data de 17.06.2015 a anunțat Raportul ședinței de tranzacționare pe piața de disponibil RINGUL DE PRODUSE PETROLIERE (cu număr ... de intrare/ieșire - 3872/17.06.2015), Ordin inițiator nr. 341/2015 care conține toate elementele prevăzute în cererea ..., plus condiția prezentării unei garanții de 6.000 lei și comisionul ... de 0,95% din valoarea contractului, fără accize și fără TVA, de la furnizor.

Valoarea estimată a achiziției: 185.000 euro, exclusiv TVA.

În etapa de calificare s-au prezentat 3 (trei) societăți comerciale, toate societățile participând la etapa de licitație cu strigare, fiind calificate, la ședința de tranzacționare, ofertele tuturor

celor 3 (trei) societăți participante, respectiv: Rompetrol Downstream S.R.L. (preț pornire 2.706,95 lei și preț final de 2.207 lei, cu număr de ordine 2), Oscar Downstream S.R.L. (preț pornire 2.440,00 lei și preț final de 2.209 lei, cu număr de ordine 1) și Tudorius Consult S.R.L. (preț pornire 2.800 lei și preț final 2.305 lei, cu număr de ordine 3). Prețul final ofertat și adjudecă a fost de 2.207 lei/1000 litri, cu transport inclus, exclusiv acciză și TVA, respectiv 5.809,05 lei/1000 litri cu toate taxele incluse, preț ferm și nemodificabil, oferit de societatea ROMPETROL DOWNSTREAM S.R.L.

... a fost înființată în scopul punerii la dispoziția mediului de afaceri din România a unui instrument specific economiei de piață și este implicat în atribuirea contractelor de achiziție publică și de vânzare a produselor, serviciilor și lucrărilor și funcționează în baza Legii nr. 357/2005.

Legea nr. 357/2005, privind bursele de mărfuri, stabilește astfel modul de organizare și funcționare a bursei de mărfuri.

Conform art. 1 alin. (4), lit. a) din Legea nr. 357/2005 „Bursele de mărfuri, înființate în temeiul prezentei legi, administrează piețe de interes public și asigură membrilor și clienților condiții centralizate de negociere pentru operațiuni de: vânzări și cumpărări la vedere ori la termen pe piața de disponibil, având ca obiect bunuri fungibile și mobile prin anticipație, precum și orice alte bunuri calificate de bursă ca fiind tranzacționabile”.

Dispozițiile mai sus rubricate sunt completate de dispozițiile art. 122, lit. f) și art. 252 lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006, coroborate cu dispozițiile art. 59 din H.G. nr. 925/2006, astfel: Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea unui anunț de participare, numai atunci când categoriile de produse fungibile sunt cotate la bursa de mărfuri, iar achiziția acestora se realizează prin operațiuni pe piață la disponibil.

Conform art. 21 alin. (5), din Legea nr. 357/2005, se dispun următoarele: „În cazul în care autoritățile contractante achiziționează produse, servicii sau lucrări prin intermediul bursei de mărfuri, acestea din urmă au obligația de a respecta prevederile legislației în vigoare privind achizițiile publice atunci când aplică procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică în numele autorității contractante respective”.

Autoritatea contractantă invocă prevederile art. 59 din H.G. nr. 925/2006 actualizată, arătând că procedurile în ringul ... se organizează și se derulează în conformitate cu regulamentele specifice proprii, regulamente opozabile operatorilor economici, inclusiv autorităților contractante.

Astfel, organizarea și derularea oricăror proceduri desfășurate prin intermediul ... asigură, în integralitatea sa, condițiile impuse de art. 2 din O.U.G. nr. 34/ 2006.

Conform art. 2 alin. (1), din H.G. nr. 925/2006, s-a statuat că în orice situație în care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din ordonanța de urgență.

O.U.G. nr. 34/2006 constituie norma generală privind achizițiile publice, iar norma specială, derogatorie, este Legea nr. 357/2005 privind funcționarea bursei de mărfuri, având în vedere trimiterile speciale din cadrul ordonanței de urgență la un alt act normativ, respectiv art. 122 lit. f) și art. 252 lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006.

Art. 293 din NCC, definește „Bunurile fungibile și nefungibile”.

Conform art. 294 din NCC: „(1) Se consideră determinat individual, bunul care, potrivit naturii sale, se individualizează prin semne, însușiri caracteristice lui.

(2) Bunul determinat generic se consideră bunul care posedă semnele caracteristice tuturor bunurilor de același gen și care se individualizează prin numărare, măsurare, cântărire. Bunul determinat generic este fungibil.

(3) Prin act juridic, bunurile determinate individual pot fi considerate determinate generic, iar bunurile determinate generic pot fi considerate determinate individual.”

Motorina reprezintă un produs finit pentru rafinăria producătoare. Motorina devine materie primă atunci când este utilizată drept carburant în motoarele auto cu aprindere prin scânteie sau prin compresie, deoarece, în motoarele auto, este supusă unor transformări chimice în procesul de combustie.

În raport de situația de fapt și de drept prezentată mai sus, rezultă că bunurile care formează obiectul Ordinului de cumpărare, prin tranzacționare pe piața bursei de mărfuri, intră în categoria bunurilor fungibile și că procedura de tranzacționare în Ringul Produselor Petroliere din data de 17.06.2015 s-a desfășurat în concordanță cu dispozițiile art. 2, art. 122 lit. (f), art. 252 lit. (f) din O.U.G. nr. 34/2006, art. 2 și art. 59 din H.G. nr. 925/2006 și art. 1 și 21 din Legea 357/2005, în raport de norma generală Noul Cod Civil, astfel că motivele invocate de către contestatoarea S.C. ... S.R.L. sunt nefondate.

Cu privire la argumentele contestatoarei S.C. ... S.R.L., referitoare la nelegalitatea desfășurării procedurii de atribuire a contractului privind achiziția de motorină euro 5, prin intermediul ..., autoritatea contractantă arată următoarele:

Motorina face parte din categoria materiilor prime, cotate la bursele de mărfuri, acestea intră în categoria bunurilor fungibile, determinate generic (chiar dacă este prevăzut tipul produsului), iar tranzacția s-a desfășurat pe piața de disponibil a ..., în raport de prevederile art. 252 lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006 și art. 59 din H.G. nr. 926/2006.

Piața bunurilor de natura produselor petroliere este reglementată la nivel internațional. Bursa de mărfuri asigură transparența totală privind achiziția unor astfel de materii prime, iar prețurile de licitație sunt prețuri standard, la cotație mediteranean, cotație la care se aplică de către jucători, costurile proprii.

Contestatoarea nu arată care este prețul pe care l-ar fi oferit, în cazul în care ar fi ofertat în cadrul acestei proceduri de tranzacționare, dacă deține materia primă solicitată de pe piața de mărfuri de către ... și, în ce măsură, prețul oferit de contestatoare ar fi oferit un beneficiu ... în calitate de autoritate contractantă, în sensul obținerii cantității de motorină publicată, la prețuri sub nivelul celor prevăzute în ordinul de tranzacționare încheiat.

Astfel, prin nedeținerea unei oferte în cadrul acestei proceduri, contestatoarea nu a arătat faptul că a avut sau are un interes legitim în legătură cu această procedură, nu a suferit un prejudiciu ca o consecință a acțiunii ..., ceea ce arată faptul că aceasta nu poate fi considerată a fi persoană vătămată, așa cum este definită de art. 255 din O.U.G. nr. 34/2006 actualizată.

Autoritatea contractantă consideră că, Cabinetul Individual de Avocat... - prin av..., în calitate de reprezentant al S.C. ... S.R.L., contestă cu rea credință procedura de achiziție desfășurată de ... prin intermediul ..., așa cum, același cabinet de avocat a contestat, în calitate de reprezentant al ..., procedura desfășurată de ... prin ... în data de 30.03.2015, procedură organizată în vederea achiziționării a 180.000 litri motorină euro 5.

Autoritatea contractantă susține că, atâta vreme cât procedura de achiziție se realizează cu respectarea actelor normative în vigoare, simpla nemulțumire a unui potențial participant pe o piață reglementată privind condițiile de organizare și desfășurare a procedurii și care nu sunt justificate în raport de situația de fapt și de drept, ci care ține doar de faptul că bunul oferit de contestator la tranzacționare nu se încadrează în bunurile generic determinate de către autoritatea contractantă, respectiv motorină euro 5, nu poate conduce la anularea procedurii ...

Față de cele arătate mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată și nefondată.

În drept, autoritatea contractantă își întemeiază punctul de vedere pe dispozițiile art. 8 lit. d), art. 251, art. 255, art. 274 și următoarele din O.U.G nr. 34/2006, dispozițiile art. 2 și următoarele din H.G. nr. 925/2006, prevederile NCC.

Ultimul document, aferent dosarului cauzei este adresa nr. 2023/01.07.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 12057/01.07.2015, transmisă de autoritatea contractantă.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin negociere fără publicarea unui anunț de participare, organizată în vederea încheierii contractului de furnizare având ca obiect „Motorină Euro 5”, cod CPV: 09134200-9 – Motorină, prin publicarea pe site-ul ... a Ordinului Inițiator nr. 341/2015. Valoarea estimată a contractului este de 185.000 euro, fără TVA.

Împotriva documentației de atribuire, S.C. ... S.R.L. a depus, în termen legal, prezenta contestație.

Relativ la cererea de intervenție în interesul autorității contractante, depusă de ... Consiliul constată următoarele aspecte:

Înainte de a proceda la soluționarea dosarului cauzei, Consiliul va enunța următoarele considerații de ordin general:

- conform doctrinei juridice, *„oricine are interes, poate interveni într-o pricină ce se urmează între alte persoane”*; intervenția fiind calificată *„în interes propriu”* atunci când *„cel care intervine invocă un drept al său”*; de regulă, *„cererea de intervenție în interes propriu va fi făcută în forma prevăzută pentru cererea de chemare în judecată și înaintată în fața primei instanțe și înainte de închiderea dezbaterilor în fond”*;

- în acest sens, potrivit art. 61 din NCPC: *„(1) Oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare. (2) Intervenția este principală, când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta. (3) Intervenția este accesorie, când sprijină numai apărarea uneia dintre părți”*;

- în mod subsecvent, potrivit art. 65 din cadrul aceluiași act normativ *„Intervenientul devine parte în proces numai după admiterea în principiu a cererii sale”*; conform art. 66 alin. (1), *„Intervenția principală se judecă odată cu cererea principală”*;

- potrivit art. 256 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, *„În vederea soluționării contestațiilor pe cale administrativ – jurisdicțională,*

partea care se consideră vătămată are dreptul să se adreseze Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (...)"; în conformitate cu dispozițiile art. 273 alin. (2) din cadrul ordonanței de urgență, "Până la soluționarea contestației de către Consiliu, participanții în cadrul aceleiași proceduri de atribuire se pot asocia la contestație printr-o cerere proprie care trebuie să conțină toate elementele prevăzute la art. 270 alin. (1)";

- potrivit art. 32 din NCPC "(1) Orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia:

a) are capacitate procesuală, în condițiile legii;

b) are calitate procesuală;

c) formulează o pretenție;

d) justifică un interes.

(2) Dispozițiile alin. (1) se aplică, în mod corespunzător, și în cazul apărărilor.

Art. 33. - *Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual*";

- în analiza cererii de intervenție a ... este necesară identificarea existenței interesului determinat, legitim, personal, născut și actual al acestuia, de care depinde admiterea în principiu a cererii sale de intervenție. Examinând cererea prin prisma acestui aspect, Consiliul constată că intervenientul are un interes în promovarea acesteia, deoarece dorește să se constate că procedura organizată prin intermediul său este una legală;

- având în vedere că unul dintre capetele de cerere ale contestației constă în anularea procedurii de atribuire pe considerentul că a fost organizată nelegal în temeiul dispozițiilor art. 122 lit.f) din O.U.G. nr.34/2006, considerent a cărui admitere ar avea drept consecință excluderea ... din cadrul procedurii, cu efecte directe asupra activității sale, Consiliul reține că intervenientul are interes în promovarea cererii sale, astfel că o va admite în principiu;

- din această perspectivă, Consiliul apreciază că ofertantul în cauză respectă principiul de drept potrivit căruia „folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii judiciare trebuie să aparțină celui care recurge la acțiune”;

- în conformitate cu prevederile art. 64 și art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 297 din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul încuviințează în principiu și va analiza cererea de intervenție accesorie formulată de ...nr. 4131/30.06.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 11924/30.06.2015, împreună cu contestația formulată de S.C. ... S.R.L.

În considerarea dispozițiilor art. 278 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul se va pronunța, cu întâietate, asupra excepției inadmisibilității contestației, ca efect al neconstituirii garanției de bună conduită, excepție invocată de autoritatea contractantă prin prisma dispozițiilor art.271¹ din O.U.G. nr.34/2006.

Ulterior invocării excepției, Consiliul, cu adresa nr. 5970/...-.../24.06.2015, a solicitat ..., să îi comunice, în termen de cel mult trei zile de la primirea adresei, în copie, dovada constituirii garanției de bună conduită conform art. 271¹ din ordonanță, precum și confirmarea transmiterii sau depunerii originalului dovezii la autoritatea contractantă.

Prin aceeași adresă, Consiliul a indicat contestatorului valoarea estimată a contractului, de 185.000 euro, fără TVA, valoare care rezultă din nota justificativă privind estimarea valorii contractului, transmisă de autoritatea contractantă la dosarul cauzei, care nu a fost cunoscută de societatea contestatoare, nefiind făcută public și pusă la dispoziția operatorilor economici.

... s-a conformat solicitării Consiliului, prezentând, în copie, O.P. nr. 5/26.06.2015, vizat de OTP BANK ROMÂNIA S.A. – SUCURSALA..., reprezentând garanția de bună conduită în cuantum de 8.244,16 lei, virată în contul autorității contractante.

În raport de cele mai sus reținute, contestația nu poate fi respinsă pe considerentul neconstituirii garanției de bună conduită.

În plus, ar fi și inechitabilă sancțiunea respingerii, câtă vreme autoritatea contractantă a intrat în posesia garanției de bună conduită, suma de 8.244,16 lei fiind virată în contul ei, scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător al contestatorului astfel cum impune art. 271¹ alin. (1) din ordonanță, fiind atins în prezenta cauză.

Chiar dacă la 18.06.2015, data depunerii contestației, autoritatea contractantă nu era în posesia garanției de bună conduită, la respectiva dată nu a fost pusă în situația de a îi reține contestatorului o eventuală garanție pentru conduita sa, iar la acest moment garanția este constituită, este validă și acoperă riscul vizat de legiuitor.

Din altă perspectivă, trebuie adăugat că autoritatea contractantă nu a suferit nicio vătămare din cauza constituirii cu întârziere a garanției de către autoarea contestației. De asemenea, este de punctat că, indiferent de data înființării sau a aducerii garanției, dreptul autorității beneficiare de a o executa se naște abia la finalul litigiului, acesta fiind singurul moment relevant pentru

autoritatea contractantă, la care ea trebuie să se afle în posesia unei garanții valide și îndeștătoare.

În aceeași direcție s-au pronunțat și instanțele judecătorești, elocventă fiind Decizia civilă nr. 6837 din 10 septembrie 2014 a Curții de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal.

Analizând criticile formulate de ..., Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care autoritatea contractantă a întocmit documentația de atribuire în discuție. Astfel, ... este nemulțumită de procedura de atribuire prin „*negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare*”, organizată de ... S.A., prin intermediul ..., în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Motorină euro 5”, susținând că este una nelegală deoarece O.U.G. nr.34/2006 prevede, la art. 122 lit. (f) că pot fi achiziționate prin piața la disponibil doar *materii prime*, ori combustibilii auto nu sunt materii prime, ci produse finite.

- ... solicită și anularea procedurii „*întrucât nu pot fi luate măsuri de remediere*”.

Referitor la fondul cauzei, Consiliul va proceda la soluționarea contestației formulate, analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat documentația de atribuire, cu luarea în considerare a legislației în vigoare în domeniul achizițiilor publice și a argumentelor transmise de către petenți.

Datele speței pe scurt sunt următoarele:

Obiectul contractului supus procedurii de atribuire în cauză îl constituie, astfel cum a fost specificat în cadrul Ordinului inițiator nr. 341/2015, achiziționarea a 180.000 de litri de motorină Euro 5, cu conținut de sulf maxim 10 mg/kg, caracteristicile fizico-chimice ale produsului oferat trebuind să respecte specificațiile standardelor menționate:

Așadar, problema ce se impune a fi dezlegată este aceea dacă procedura aleasă de către autoritatea contractantă de „*negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare*”, ținând seama de obiectul contractului ce se va încheia, a fost aleasă în acord cu prevederile legale, ori autoritatea contractantă avea obligația de a uza de una dintre procedurile competitive (licitație deschisă, licitație restrânsă sau negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare).

În soluționare, Consiliul se va raporta la următoarele prevederi legale incidente în cauză:

- art. 122 lit. (f) din O.U.G. nr.34/2006, în considerarea căroră contestatorul apreciază că procedura organizată nu este una legală, potrivit cu care:

„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 de disponibil; (...)”,

- art. 252 lit. (f) din O.U.G. nr.34/2006, în baza căroră apare organizată procedura, după cum rezultă din Nota justificativă privind selectarea procedurii de achiziție publică nr. 1314/13.06.2013, potrivit căreia:

„Pentru atribuirea contractului sectorial, 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 de disponibil. (...)”

- art. 59 din H.G. nr. 925/2006, conform căroră:

„În 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 de disponibil”

Din lecturarea prevederilor legale susenunțate, rezultă că autoritățile contractante pot încheia contracte utilizând procedura de *„negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare”*, prin intermediul bursei de mărfuri, atunci când obiectul contractului ce se va încheie constă în achiziționarea de *„materii prime”*.

Prin urmare, este necesar să se stabilească dacă produsul pe care dorește autoritatea contractantă să-l achiziționeze, respectiv *„Motorină Euro 5”*, se circumscrie noțiunii de *„materie primă”*, controversă ce stă la baza prezentului litigiu și de a cărei lămurire atârnă legalitatea procedurii organizate.

Raționamentul conturat de societatea contestatoare potrivit căruia *„(...) ANRMAP a stabilit că un combustibil auto nu poate fi materie primă și nu poate fi tranzacționat în baza art. 122 lit. (f) din O.U.G. nr. 34/2006”* nu este judicios în cauză și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare ca fiind relevant din următoarele considerente:

- este demn de reținut în soluționare Punctul de vedere al Academiei Române - Institutul Național de Cercetări Economice *„Costin C Kirițescu”*, înregistrat sub nr. 807/01.10.2014, elaborat la solicitarea ... de a prezenta o opinie referitoare la noțiunea de

„materie primă”, din cuprinsul căruia, Consiliu reține următoarele aspecte:

„În diferite dicționare, conceptul de materii prime este definit astfel:

DEX – «Materia primă este produsul natural sau material ori semifabricat destinat prelucrării sau transformării în alte obiecte» (...);

Investorwords definește materiile prime ca «bunuri neprelucrate consumate pentru a produce bunuri finite»;

Conform **e-economic.co.uk** «materiile prime reprezintă materiale de bază din care sunt fabricate bunurile și produsele».

De obicei, acestea provin din resurse naturale – petrol, fier, lemn și pot fi supuse unui proces de transformare înaintea prelucrării:

Generic, materiile prime sunt incluse în categoria factorilor de producție, alături de muncă și capital.

Se pot distinge două categorii de materii prime: materii prime directe și indirecte. Materiile prime directe sunt cele care sunt încorporate direct în produsul finit, regăsindu-se parțial sau integral în compoziția acestuia, iar cele indirecte sunt consumate în timpul procesului de producție/transformare, neregăsindu-se în produsul finit, fiind utilizate ca auxiliari ai procesului de prelucrare (lubrifianți, **combustibili**, energie, apă etc.).

- Merriam – Webster, an Encyclopedia Britannica Company definește materiile prime ca: «materiale brute sau procesate care pot fi convertite prin prelucrare, procesare ori combinare într-un produs nou, utilizabil».

În concluzie, termenul de « materie primă» se referă la factorii de producție extrași/preluați din natură, iar actul de extragere/preluare este un prim proces de muncă. (...)

Didactic, astăzi materiile prime desprinse din natură sau rezultat al industriilor extractive intră în circuitul comercial și ulterior sunt transformate prin industria prelucrătoare.

De obicei, asupra bunurilor din natură omul acționează o singură dată, iar asupra celorlalte materii prime el poate acționa succesiv de mai multe ori, prin procese de prelucrare distincte, independente, în cadrul fiecăruia intrările/imputurile putând fi considerate și denumite materii prime.

Materiile prime pot fi: **de bază** – care se regăsesc din punct de vedere material în corpul noului produs finit (metalul sub formă de fontă sau oțel, care reprezintă materie primă pentru obținerea diverselor mașini, utilaje, instalații etc, lemnul de mobilă etc);

auxiliare – care sunt consumate de mijloacele de muncă (uleiuri, lubrifianți), care se adaugă produselor finite pentru anumite transformări (vopsele, substanțe chimice) sau sunt necesare pentru crearea condițiilor de desfășurare a proceselor de prelucrare a unor bunuri sau pentru anumite servicii (combustibil, energie electrică).

În practica economică, de regulă, materiile auxiliare sunt incluse în materiile prime iar unele materii prime sunt incluse la combustibili.

Din punct de vedere al stadiului de prelucrare prin care au trecut, există **materii prime primare** – care au parcurs un singur proces de muncă (produse ale industriei extractive și ale agriculturii); **materii prime derivate** – care sunt rezultatul unor prelucrări succesive ale materiilor prime (materii prime industriale minerale – petrol, cărbune, sare; materii prime industriale sintetice – fire și fibre sintetice, mase plastice, cauciuc sintetic; materii prime agricole vegetale și animale). (...)

În literatura economică, există variate abordări atașate conceptului de materii prime, prezentându-se inclusiv evoluția temporară a unor definiții. De pildă, Christian Petersen (Conjecture Corporation, 2014) arată că termenul de materii prime este utilizat uneori pentru a descrie numai acele materiale care se regăsesc în natură, dar în realitate materiile prime industriale reprezintă orice tip de materiale de bază utilizate pentru a produce un produs sau a furniza un serviciu. (...)

Cel mai des utilizată grupare este în 2 categorii: **consumabile**, cum ar fi combustibilii specifici diferitelor industrii și **apa și materiale**, care se convertesc total sau parțial în produse, cum ar fi lemnul, cerealele etc.

Materiile prime consumabile, reprezintă una din categoriile importante de materii prime. Toate industriile au nevoie de energie pentru funcționarea diferitelor mașini și fabrici. Cărbunele, gazul natural, electricitatea, păcura, combustibilii de încălzire și în unele cazuri lemnul de foc, fac parte din această categorie. Industria oțelului, de exemplu, utilizează cantități importante de cărbune pentru furnalele lor, în timp ce alte industrii, cum ar fi cele de producere a ceramicii, consumă lemn în cuptoare. Lemnul este utilizat ca și carburant de multe restaurante, distilării și producătorii de mangal, pentru că acesta reprezintă nu numai un combustibil ci și un material care se convertește în produs final. Combustibilii precum benzina și motorina sunt utilizați la motoarele cu ardere internă pentru transformarea în energie termică, iar acesta la rândul său în energie cinetică, ca de

exemplu la mijloacele de transport, în timp ce combustibilii de încălzire sunt transformați în energie termică. (...)

- opinia Academiei Române este îmbrățișată și de d-na dr.ing. Ileana Cameniță, în calitate de Șef de lucrări la Departamentul Chimie, Facultatea Tehnologia Prelucrării Petrolului din Universitatea Petrol și Gaze din Ploiești, care a elaborat un punct de vedere referitor la solicitarea ... referitor la încadrarea unor produse petroliere din cuprinsul căruia, Consiliu reține următoarele aspecte:

„Materii prime pot fi considerate acele produse naturale sau semiprefabricate destinate prelucrării sau supuse unei transformări chimice ulterioare, pentru producerea unui alt bun.

A nu se confunda însă noțiunea de materie primă cu cea de resurse naturale.

În economie un **produs finit** este considerat acel bun care este de preferință consumat, în loc să fie folosit la producerea unui alt bun. Produsul finit este cel care mai departe se folosește ca atare, fără a mai suferi transformări chimice

(...)

2. 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 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)“.

În 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 centrale 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 obținerea de gaze de ardere și energie mecanică sau termică“;

- nu în ultimul rând este relevant în soluționare și punctul de vedere ANRMAG nr. 7489/MG/06.12.2007, elaborat la solicitarea ... de a prezenta un punct de vedere cu privire la materiile prime ce pot fi achiziționate potrivit art.122 lit.f, respectiv art. 252 lit. (f) din O.U.G. nr.34/2006, din cuprinsul căruia, Consiliu reține următoarele aspecte:

„În contextul creat de prevederile mai sus invocate, punctul de referință în determinarea tipurilor de produse ce pot fi achiziționate potrivit prevederilor articolelor în cauză ar trebui să-l constituie definiția materiilor prime.

Potrivit lucrărilor de specialitate în domeniul tehnologiei industriale, **materiile prime** pot fi considerate acele produse naturale extrase dintr-o anumită resursă.

În raport cu produsul obținut, acestea (n.n. materiile prime) pot fi **de bază**, regăsindu-se în componența produsului mai mult sau mai puțin transformate, sau **auxiliare**, ce contribuie la fabricarea produsului, dar nu se regăsesc în acesta, cum ar fi produsele petroliere de genul **benzine**, motorine, lubrifianți, combustibili de încălzire, păcură, bitum.

În funcție de proveniența lor, materiile prime pot fi naturale, respectiv vegetale, animale și minerale, obținute prin exploatarea unor resurse naturale, ca de exemplu cereale, cartofi, animale în viu și carcase, lapte, minereuri de fier, cărbuni (lignit, huilă), țiței, gaze naturale, nisip, pietriș, sare, lemn, sau **semifabricate**, respectiv produse ale unui alt proces de fabricație realizat anterior, utilizate acum ca materii prime, de exemplu făină, derivatele primare ale lemnului (cheresteaua, conglomeratele), fibrele textile, cimentul, criblura etc.”

Având în vedere cele ce preced, Consiliul determină că, în prezenta procedură, produsul „Motorina Euro 5”, pe care dorește autoritatea contractantă să-l achiziționeze, reprezintă o materie primă, iar nu un produs finit, deoarece va fi folosit în motoare pentru obținerea unui anumit tip de energie.

Urmând acest proces de transformare, Consiliul apreciază că nu se mai poate considera că ne aflăm în fața achiziționării unui produs finit, așa cum în mod eronat susține societatea contestatoare, ci în fața achiziționării unei materii prime.

Este adevărat că produsul „Motorina Euro 5” poate fi considerat produs finit, însă această calitate o are în raport cu procesul de producție din care a rezultat, iar nu în raport cu procesul în care îl va utiliza autoritatea contractantă. Cu alte cuvinte, combustibilul în discuție poate fi considerat produs finit sau materie primă în raport cu ceea ce s-a dorit a se obține în procesul de transformare, respectiv Motorină Euro 5 sau tipul de energie pe care dorește autoritatea contractantă să-l obțină.

Cum în prezenta procedură combustibilul ce se dorește a fi achiziționat se circumscrie noțiunii de materie primă, rezultă că autoritatea contractantă are dreptul, în lumina dispozițiilor art. 122

lit. (f) respectiv art. (252) lit. (f) din O.U.G. nr. 34/2006, de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru achiziționarea de materii prime cotate la bursele de mărfuri, achiziția acestora realizându-se ca urmare a tranzacțiilor de pe piața de disponibil.

Sușinerile societății contestatoare vizavi de faptul că în cuprinsul adresei nr. 8022/15.04.2015 emisă de ANRMAP și invocată de ..., se menționează printre alte aspecte faptul că combustibilii auto sunt produse finite, nu pot fi reținute de Consiliu ca fiind relevante în soluționare, atâta vreme cât, așa cum a fost mai sus reținut, punctul de vedere al acestei instituții s-a aliniat la opiniile de specialitate ale instituțiilor competente în furnizarea unor răspunsuri vizavi de încadrarea combustibililor auto în categoria materiilor prime.

În esență, nu există nicio rațiune pentru care să se considere combustibilul lichid pentru încălzire ca asimilat unei materii prime auxiliare semifabricate, iar combustibilii auto să nu fie considerați la fel, de vreme ce sunt deopotrivă „combustibili” și sunt folosiți la obținerea unor diverse tipuri de energii.

Sunt juste argumentele menționate de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere formulat, care au stat la baza deciziei de aplicare a dispozițiilor art. 122 lit. (f) din O.U.G. nr. 34/2006, respectiv:

„Art. 293 din NCC, definește "Bunurile fungibile si nefungibile", astfel:

"(.1) Sunt fungibile bunurile care, in executarea unei obligații, pot fi înlocuite cu altele fara a afecta valabilitatea plății. Toate celelalte bunuri sunt nefungibile".

(2) Prin act juridic, un bun fungibil poate fi considerat ne fungibil, iar un bun fungibil poate fi considerat fungibil". "

Clasificarea bunurilor in fungibile si nefungibile se face in dependenta fata de utilitatea lor.

Fungibilitatea sau nefungibilitatea bunului este determinată de următoarele elemente:

i) daca un bun poate fi inlocuit cu alt bun in cadrul executării unei obligații, cu titlu de exemplu: cantitatea de 10 kg de porumb poate fi inlocuita cu o alta cantitate (de 10 kg) din același bun (porumb).

Bunurile fungibile sunt bunurile care pot fi inlocuite unele cu altele in executarea unei obligații astfel ca, debitorul se va considera ca a executat obligația doar in momentul in care a transmis bunul datorat.

In categoria bunuri fungibile intra, in opinia noastra, banii, alimente de un anumit fel, mese, scaune, pixuri, caiete, cerealele, produsele petroliere, etc., iar in categoria bunuri nefungibile intra, cu titlu de exemplu: o casa, un lot de pamant, un câine de rasa.

Natura juridica a bunurilor fungibile este data de indeplinirea condiției care tine de substanța lucrului/bunului, adica ambele bunuri (care pot fi inlocuite in exercitarea unei obligații) au aceeași valoare pentru creditor, din punct de vedere al plății datorate, asa incat ii este indiferent ce bun anume va primi.

In principiu, bunurile fungibile sunt bunuri generic determinate (294 alin. (2) din NCC.

Cu toate acestea un bun generic determinat poate, desi este fungibil, sa nu fie inlocuit cu altul asemanator in executarea unei obligații.

Clasificarea bunurilor in fungibile sau nefungibile poate rezulta, astfel:

- fie din natura bunurilor:

*- fie din voința contractanților, insa banii, cerealele, produsele petroliere vor fi considerate întotdeauna **bunuri fungibile**, caracterul de fungibilitate fiind dat in corelație cu consumptibilitatea lor.*

Conform art. 294 din NCC, "(1) Se considera determinat individual, bunul care, potrivit naturii sale, se individualizeaza prin semne, insusiri caracteristice lui.

(2) Bunul determinat generic se considera bunul care posedă semnele caracteristice tuturor bunurilor de același gen si care se individualizeaza prin numarare, masurare, cantarire. Bunul determinat generic este fungibil.

(3) Prin act juridic, bunurile determinate individual pot fi considerate determinate generic, iar bunurile determinate generic pot fi considerate determinate individual. "

Motorina reprezintă un produs finit pentru rafinaria producătoare. Motorina devine materie prima atunci cand este utilizata drept carburant in motoarele auto cu aprindere prin scânteie sau prin compresie, deoarece, in motoarele auto, este supusa unor transformări chimice in procesul de combustie. Conform legii conservării masei si principiului I al termodinamicii, motorina utilizata drept carburant se va regăsi sub forma de gaze de ardere si lucru mecanic necesar funcționarii motoarelor.

(...)

Motorina face parte din categoria materiilor prime, cotate la bursele de mărfuri, acestea intra în categoria bunurilor fungibile, determinate generic (chiar dacă este prevăzut tipul produsului), iar tranzacția s-a desfășurat pe piața de disponibil a ..., în raport de prevederile art. 252 lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006 și art. 59 din H.G. nr. 926/2006."

În considerarea celor antemenționate sunt relevante în soluționare și susținerile ..., potrivit cărora prevederile Codului Fiscal confirmă opiniile de specialitate mai sus reținute, respectiv:

- „Deși termenul de materii prime nu este definit din punct de vedere juridic, trebuie precizat că legislația existentă indică în mod clar apartenența produselor în cauză (benzină, motorină, combustibili de încălzire) în această categorie.
- Astfel, **art. 206¹⁶ al Codului Fiscal încadrează** aceste produse în categoria produse energetice, acest lucru definind substanțele care prin procesare generează energie, fie ea termică, electrică sau mecanică. Dat fiind că rolul acestor compuși este de a genera, prin transformare, alt produs, devine clar că rolul acestora este acela de materii prime.
- Același articol al codului Fiscal plasează în una și aceeași categorie atât combustibilii de încălzire cât și deci de transport, neexistând nicio diferențiere a acestora în funcție de utilitatea lor finală. Prin urmare, singura clasificare juridică a acestor compuși chimici plasează toate tipurile de combustibili sub aceeași categorie juridică de produse energetice, adică de compuși care prin prelucrare generează diverse tipuri de energie. (...)
- Mai mult, conform definiției motoarelor termice din Dicționarul Tehnic, combustibilul împreună cu carburantul, în cazul de față oxigen, se transformă în carburant, acesta la rândul său transformându-se în energie. Rezultă în mod clar faptul că un combustibil, în cazul de față motorina, nu se folosește ca atare, ci se transformă în carburant, deci ea însăși nu poate fi considerată în niciun caz ca produs finit, fiind supusă transformării în carburant, și apoi în energie și neavând nicio utilitate în starea în care se află.
- Conform definițiilor existente, combustibilii sunt considerați drept substanțe/materiale care reprezintă un izvor de energie, indiferent dacă prin procedura acestora rezultă energie calorică, energie electrică sau energie cinetică. Combustibilii, împreună cu un carburant sunt procesați prin

ardere, fiind transformați într-unul sau mai multe produse finale (energie electrică, energie termică, energie cinetică).

- *Faptul că substanța respectivă este supusă unei procesări (ea având tocmai acest rol) și că aceasta constituie doar unul dintre ingredientele necesare procesării (celălalt fiind carburantul) infirmă în mod clar teza conform căreia aceste substanțe ar putea fi considerate ele însele produse finite, demonstrând faptul că ele se încadrează în categoria materiilor prime.”*

În speța de față, nu prezintă relevanță argumentul contestatorului constând în invocarea unor decizii anterioare ale Consiliului, acestea, în mare parte, fiind atacate cu plângeri la instanțele de control judiciar.

În ceea ce privește capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la publicarea valorii estimate a contractului, Consiliul îl va respinge având în vedere că S.C. ... S.R.L. nu a suferit vreun prejudiciu sub aspectele învederate, respectiv a depus contestația în termen și a constituit garanția de bună conduită ca urmare a comunicării valorii estimate de către Consiliu.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și alin. (6) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu ... și va dispune continuarea procedurii de atribuire.

Pe cale de consecință va admite cererea de intervenție formulată de ...

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...