



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

Nr. .../.../...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 16705/01.09.2015, depusă de SC ..., cu sediul social în ..., bd...., bl. ..., ..., ap. ..., județul ..., și punct de lucru în sat ..., str. nr. ..., județul ..., privind procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, organizată de Compania ... SA, cu sediul în ..., str. ... nr. ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea contractului de furnizare *combustibili auto (motorină euro 5, în cantitate de 180.000 litri)*, contestatoarea a solicitat ...ei achiziții de combustibil de încălzire, din care să reiasă numărul contului de înregistrare conform planului de conturi aprobat prin Ordinul MFP nr. 2021/17.12.2013, să solicite ... explicații privind modul concurențial de formare a cotației proprii la motorină și dacă această cotație este conformă celei PLAT ... valabilă și în țara noastră și după care este organizată în totalitate piața petrolieră din România și din Europa, precum și să adreseze o întrebare consultativă Comisiei Europene din cadrul Parlamentului European, cu privire strict la noțiunea de materii prime.

Prin cererea de intervenție în interesul autorității contractante nr. 5937/11.09.2015, înregistrată la Consiliu cu nr. 17572/11.09.2015, ... SA, cu sediul în ..., ..., având CUI ..., în calitate de organizator al procedurii, a solicitat încuviințarea, în principiu, a cererii de intervenție și respingerea contestației formulată de SC ..., în principal, pentru neconstituirea garanției de bună conduită, iar în subsidiar, ca nefondată.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 271¹ alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge contestația SC ..., în contradictoriu cu Compania ... SA.

Admite în parte cererea de intervenție formulată de ... SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația depusă, SC ... a solicitat cele menționate în partea introductivă a deciziei, arătând că, prin documentația de atribuire, respectiv prin Ordinul inițiator nr. 490/2015, postat pe site-ul ..., autoritatea contractantă a publicat intenția de a achiziționa combustibili auto (motorină în cantitate de 180.000 litri), deși printr-o bursă privată este permisă doar achiziția de materii prime, conform art. 122 lit. f) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Astfel, afirmă că achizițioarea a interpretat greșit legislația aplicabilă în materia achizițiilor publice și a nesocotit total deciziile autorităților abilitate.

Un alt aspect adus în discuție de contestatoare se referă la faptul că, prin deciziile nr. 2163/243C10/2508/17.07.2015 și 706/73C10/803/21.05.2015, Consiliul a statuat faptul că, atât combustibilii de încălzire, cât și carburanții auto, nu sunt materii prime.

De asemenea, arată că, potrivit Nomenclatorului de Produse Național, motorina folosită drept materie primă, față de cea folosită drept carburant pentru propulsia vehiculelor, este încadrată distinct.

În aprecierea petentei, 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.

Cu adresa nr. .../07.09.2015, înregistrată la Consiliu cu nr. .../08.09.2015, SC ... și-a completat probatoriul cu o adresă a Curții de Conturi a României – Camera de Conturi....

Prin adresa nr. .../.../.../02.09.2015, Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către SC ..., solicitând punctul de vedere cu privire la contestație, copia dosarului achiziției publice, inclusiv notele privind alegerea procedurii și determinarea valorii estimate.

Autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere cu

privire la contestație, împreună cu documentele solicitate, fiind înregistrate la Consiliu cu nr. .../08.09.2015.

În punctul său de vedere, achizitoarea a solicitat respingerea contestației ca inadmisibilă ca efect al constatării nedeponerii garanției de bună conduită, precum și respingerea ei ca nefondată.

Prin adresa nr. .../11.09.2015, înregistrată la Consiliu cu nr. 17572/11.09.2015, ... SA a înaintat cerere de intervenție în interesul autorității contractante, prin care solicită respingerea contestației depusă de SC ..., în principal, pentru lipsa garanției de bună conduită, iar în subsidiar, ca nefondată.

Prin adresa nr. .../.../.../09.05.2015, Consiliul a solicitat contestatoarei copia dovezii constituirii garanției de bună conduită conform art. 271¹ din ordonanță și confirmarea transmiterii sau depunerii originalului dovezii la autoritatea contractantă, potrivit art. 271¹ alin. (3) din ordonanță.

Contestatoarea a răspuns prin adresa nr. 134/10.09.2015, înregistrată la Consiliu cu nr. 17465/10.09.2015, menționând că achizitoarea nu a comunicat valoarea estimată a contractului nici o dată cu publicarea anunțului de licitație, nici ulterior, motiv pentru care solicită Consiliului să-i precizeze modul în care poate constitui garanția de bună conduită.

În vederea îndeplinirii acestei obligații, Consiliul i-a comunicat contestatoarei, prin adresa nr. .../.../.../11.09.2015, faptul că valoarea estimată a contractului în discuție este de 185.000 euro, fără TVA, astfel cum rezultă din Nota justificativă nr. .../17.08.2015, depusă de achizitoare la dosarul achiziției.

SC ... a răspuns solicitării, prin adresa nr. ... 14.09.2015, înregistrată la Consiliu cu nr. .../14.09.2015, precizând că achizitoarea nu a respectat prevederile art. 26 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, pe care le citează.

Totodată, menționează că, atât Consiliul, cât și Curtea de Apel ..., au decis că nepublicarea valorii estimate a contractului face inaplicabilă și imposibilă constituirea garanției de bună conduită.

În același timp, întrucât există și alte decizii ale Consiliului care au stabilit contrariul, a solicitat Consiliului să înainteze o cerere de clarificare către Curtea de Justiție a Uniunii Europene. A adăugat că a lua în considerare o notă de calcul din data de 17.08.2015, depusă de autoritate cu mult după publicarea anunțului de licitație, privind valoarea estimată a contractului, nu reprezintă decât o culpă a autorității, care a înțeles să-și tergiverseze propria procedură, și nu o culpă a sa.

Până în prezent, SC ... nu a depus, dovada constituirii garanției de bună conduită, conform art. 271¹ din ordonanță, deși a luat la cunoștință de solicitarea Consiliului încă din data de 11.09.2015, potrivit raportului de transmisie fax.

Reținând, așadar, culpa contestatoarei, Consiliul va face aplicarea dispozițiilor imperative ale art. 271¹ alin. (2) din ordonanța de urgență

amintită, potrivit cărora contestația va fi respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii garanției de bună conduită, și va constata că SC ... SRL nu s-a conformat obligației de comunicare, în termenul fixat, a respectivei dovezi.

Conform Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006, în redactarea de la data la care a fost formulată și transmisă contestația:

Art. 271¹. - (1) În scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător, contestatorul are obligația de a constitui garanția de bună conduită pentru întreaga perioadă cuprinsă între **data depunerii contestației/cererii/plângerii** și data rămânerii definitive a deciziei Consiliului/hotărârii instanței de judecată de soluționare a acesteia.

(2) Contestația/Cererea/Plângerea va fi respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii garanției prevăzute la alin. (1).

(3) Garanția de bună conduită se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări și se depune în original la sediul autorității contractante și în copie la Consiliu sau la instanța de judecată, **odată cu depunerea contestației/cererii/plângerii**.

(4) Cuantumul garanției de bună conduită se stabilește prin raportare la valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit, astfel:

a) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. a) și b);

b) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. c), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 10.000 euro, la cursul BNR de la data constituirii garanției;

c) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. a) și b), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 25.000 euro, la cursul BNR de la data constituirii garanției;

d) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. c), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 100.000 euro, la cursul BNR de la data constituirii garanției.

(5) Garanția de bună conduită trebuie să aibă o perioadă de valabilitate de cel puțin 90 de zile, să fie irevocabilă și să prevadă plata necondiționată la prima cerere a autorității contractante, în măsura în care contestația/cererea/plângerea va fi respinsă.

(6) În cazul în care, în ultima zi de valabilitate a garanției de bună conduită, decizia Consiliului sau hotărârea instanței de judecată nu este rămasă definitivă, iar contestatorul nu a prelungit valabilitatea garanției de bună conduită în aceleași condiții de la alin. (1)-(5), autoritatea contractantă va reține garanția de bună conduită. Prevederile art. 271² alin. (3)-(5) se aplică în mod corespunzător.

(7) Prevederile alin. (1)-(6) se aplică în mod corespunzător și în situația în care plângerea împotriva deciziei Consiliului este formulată de o altă persoană decât autoritatea contractantă sau contestator, conform art. 281.

Argumentele contestatoarei, cuprinse în răspunsul nr. 139/14.09.2015, înregistrat la Consiliu cu nr. 17675/14.09.2015, nu pot fi avute în vedere, în contextul în care valoarea contractului a fost estimată înainte de inițierea procedurii, fiind precizată atât în nota justificativă nr. .../12.08.2015 privind estimarea valorii totale a contractului de furnizare motorină euro 5, cât și în nota justificativă nr. .../17.08.2015 privind selectarea procedurii de negociere fără

publicarea prealabilă a unui anunț de participare, ambele aflate la dosarul achiziției.

Cu adresa nr. .../12.08.2015, înregistrată la ... SA sub nr. 5415/24.08.2015, autoritatea contractantă a solicitat bursei înregistrarea pentru tranzacționare a ordinului inițiator de cumpărare motorină euro 5.

Se observă, aşadar, că nota justificativă privind estimarea valorii a fost emisă concomitent cu ordinul inițiator, rezultând că valoarea estimată a fost stabilită anterior demarării procedurii de negociere fără publicarea unui anunț. Prin urmare, față de invocarea prevederilor art. 26 din ordonanță, ipoteza conturată de contestatoare, potrivit căreia la data demarării procedurii nu se stabilise o valoare estimată a contractului, este eronată. Consiliul nu poate să nu ia în considerare o notă de estimare, astfel cum susține contestatoarea, neavând relevanță data depunerii la Consiliu a notei respective, ci data emiterii ei.

Totodată, dispozițiile legale, citate mai sus, nu disting în ceea ce privește obligația de constituire a garanției dacă valoarea estimată a fost sau nu publicată în cadrul procedurii de negociere fără publicarea unui anunț. Neexistând obligația publicării unui anunț și a documentației aferente, cu atât mai mult nu există obligația publicării valorii estimate. Dispozițiile în cauză se aplică tuturor contestațiilor depuse, nefiind prevăzute excepții.

Este de reținut și aspectul că, deși inițial, în adresa nr. 134/10.09.2015, contestatoarea a motivat nedepunerea garanției pentru lipsa informațiilor privind valoarea estimată solicitând Consiliului să îi precizeze cum poate constitui garanția de bună conduită, aceasta a refuzat explicit constituirea garanției după ce i s-a adus la cunoștință care este valoarea estimată, prin adresa Consiliului nr. 9299/.../.../11.09.2015.

Referitor la aspectul invocat de societatea contestatoare că, prin decizia Curții Constituționale, s-ar fi stabilit fără echivoc că garanția de bună conduită nu este constituțională, este de remarcat că, prin decizia Curții Constituționale nr. 5/2015, s-a înlăturat obligația autorității contractante de a reține garanția de bună conduită, în cazul în care contestația este respinsă de către Consiliu sau de către instanța de judecată, de la momentul rămânerii definitive a deciziei Consiliului/hotărârii instanței de judecată, obligație prevăzută la art. 271² alin. (1) din ordonanță, nu și obligația constituirii garanției (art. 271¹ alin. 1 din ordonanță).

De asemenea, în ce privește solicitarea petentei de a fi înaintată o cerere de clarificare către Curtea de Justiție a Uniunii Europene, pe motiv că există decizii ale Consiliului care au stabilit că nu este necesară constituirea garanției de bună conduită, Consiliul o va respinge, faptul că a fost emisă o decizie în sensul celor invocate, nefiind un motiv pentru sesizarea Curții de Justiție.

Față de cele ce preced, Consiliul urmează a aplica normele

obligatorii ale art. 271¹ alin. (2) evidențiate mai sus și, pe cale de consecință, va respinge contestația SC ... SRL.

Vizavi de cererea de intervenție a ... SA, Consiliul o va încuviința în principiu ca cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, având în vedere că aceasta este organizatoarea procedurii.

Contestația fiind respinsă pentru neconstituirea garanției de bună conduită, Consilul va admite în parte cererea de intervenție.

Fără pronunțare asupra altor excepții ori a fondului cauzei.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

...

MEMBRU COMPLET,