



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, ..., România, CIF 20329980, CP 030084
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. .../.../..., ..., ..., ..., ..., ...

Data: ...

Pe rolul CNSC au fost înregistrate, sub nr. 18493/25.09.2015, nr. 18587/28.09.2015, nr. 18678/29.09.2015, nr. 18750/30.09.2015, nr. 18751/30.09.2015 și nr. 18588/28.09.2015, contestațiile formulate de SC ... SRL, SC ..., SC ... SRL, SC ... SRL, SCSRL și SC ... SRL, cu privire la procedura de „negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare”, a contractului de achiziție publică, având drept obiect: „Achiziție combustibil pentru încălzire tip M”, cod CPV: 09134200-9, prin Ordinul Inițiator nr./2015, organizată de autoritatea contractantă MINISTERUL APĂRĂRII NAȚIONALE – (UM), cu sediul în Municipiul ...,

Prin contestația nr. 143/24.09.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 18493/25.09.2015, formulată de SC ... SRL, cu sediul în Localitatea ..., ..., județul ..., având CUI ..., înregistrată la ORC sub nr. ..., reprezentată convențional prin Cabinet Avocat „...”, cu sediul în ..., ..., județul ..., împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat: „admiterea contestației și ...”.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 18587/28.09.2015, formulată de SC ..., cu sediul în ... și domiciliul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat: „admiterea contestației, ...”.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 18678/29.09.2015, formulată de SC ... SRL, cu sediul în Comuna ..., județul ..., având CUI: ..., înregistrată la ORC sub nr. ..., împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat: „admiterea contestației, ...”.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 18750/30.09.2015, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., ..., județul ..., având CUI: ..., înregistrată la ORC sub nr. ..., împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat: „admiterea contestației, ...”.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 18751/30.09.2015, formulată de SCSRL, cu sediul în ..., ..., județul ... și sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., ..., județul ..., având CUI: ..., înregistrată la ORC sub nr. ..., împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat: „admiterea contestației, ...”.

Prin contestația nr. 1217/25.09.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 18588/28.09.2015, formulată de SC ... SRL, cu sediul în Comuna ..., ..., județul ... și adresa de corespondență ..., județul ..., având CUI: ..., înregistrată la ORC sub nr. J10/525/2000, împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat: „admiterea contestației, ...”.

Prin adresa nr. 6348/02.10.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 18989/02.10.2015, SCSA, cu sediul în ..., ..., înregistrată la ORC sub nr. ..., având CUI: 1562694, formulează cerere de intervenție accesorie, prin care solicită Consiliului: încuviințarea în principiu, a cererii de intervenție în favoare ..., iar pe fondul cauzei, admiterea acesteia; respingerea contestațiilor formulate de SC ... SRL, SC ..., SC ... SRL, SC ... SRL, SCSRL și SC ... SRL, în principal, pentru neconstituirea garanției de bună conduită, astfel cum este aceasta reglementată de dispozițiile art. 271¹ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, iar în subsidiar, ca nefondate.

Conform prevederilor art. 273 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. .../2015, nr. .../2015, nr. .../2015, nr. .../2015, nr. .../2015 și nr. .../2015, au fost conexe pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

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

DECIDE:

Respinge contestațiile formulate de SC ... SRL, SC ..., SC ... SRL și SCSRL.

Respinge ca nefondate contestațiile formulate de SC ... SRL și SC ... SRL, în contradictoriu cu MINISTERUL APĂRĂRII NAȚIONALE –

(UM) și, pe cale de consecință, admite cererea de intervenție formulată de SCSA.

Dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu prevederile art. 280 din OUG 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 nr. 143/24.09.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 18493/25.09.2015, formulată de SC ... SRL, împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat: „admiterea contestației și ...”.

Contestatorul precizează că a comunicat autorității contractante intenția de a contesta, precum și faptul că motorina, chiar dacă este folosită și pentru încălzire, nu este materie primă, așa cum au specificat anterior, atât CNSC cât și ANRM. În acest sens sunt și deciziile CNSC nr. 706/73/...0/803/21.05.2015 și nr. 842/C6/787/11.06.2015. Totodată, prin Decizia CNSC nr. 2162/243...0/21508/17.07.2015, s-a specificat că: „(...) combustibilii sunt produse finite și nu materii prime”, nefiind astfel, permisă achiziționarea în modalitatea urmată de autoritatea contractantă, aceeași UM, motiv pentru care, se impune

Contestatorul susține că deși, prin Ordinul Inițiator nr./16.09.2015, autoritatea contractantă afirmă că dorește să achiziționeze combustibil de încălzire de tip M, din conținutul Specificațiilor tehnice, respectiv pct. 5: „*Condiții tehnice minime*”, rezultă că se dorește de fapt, achiziționarea de Motorină euro 5.

Astfel, în cuprinsul acestor condiții minime, sunt trecute caracteristici specifice pentru Motorina euro 5 și nu pentru Combustibil de încălzire tip M, după cum umerează: „1. *conținut de sulf max. 0,1%.* 2. *distilare: distila la 250 grade C: max. 65%, distila la 350 grade C: min.85%. (...).* 4. *Conținut de biocomponent 0*”, or, combustibilul de încălzire de tip M, are următoarele caracteristici: conținut de sulf max. 0,25%. 2. distilare: până la 300 grade Celsius min.50%, până la 350 grade Celsius min.80%. 4. nu are cerința privind biocomponent (EMAG).

În opinia contestatorului există o neconcordanță ireconciliabilă între produsul care se declară a fi dorit spre achiziționare și cerințele tehnice, care se solicită a fi respectate, împrejurare care duce la concluzia că, în acest fel, autoritatea contractantă dorește să achiziționeze un produs care nu este justificat potrivit destinației declarate.

De asemenea, în cerințele impuse din caietul de sarcini, este menționată și obligația ca produsul oferit să aibă încadrarea tarifară NC

27101943-47, prevedere care însă, este restrictivă, datorită faptului că un combustibil similar, are o altă încadrare tarifară, în pofida faptului că acesta este, din punct de vedere al parametrilor tehnici, corespunzător scopului declarat de autoritatea contractantă.

În final, contestatorul solicită proba cu înscrisuri și expertiza tehnică de specialitate.

Prin adresa nr. 9894/.../.../28.09.2015, Consiliul solicită contestatorului, dovada depunerii garanției de bună conduită.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 18587/28.09.2015, formulată de SC ..., cu sediul în ... și domiciliul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat: „admiterea contestației, ...”.

În fapt, contestatorul precizează că potrivit dispozițiilor art. 122, lit. f) din OUG nr. 34/2006, doar materiile prime pot fi achiziționate prin această procedură. În opinia contestatorului este evident că noțiunea de materie primă este avută în vedere în cazul unei entități/autorități contractante ce desfășoară o activitate economică și care realizează bunuri destinate vânzării. De asemenea, prin Deciziile CNSC nr. 706/73/...0/803/21.05.2015 și nr. 842/C6/787/11.06.2015, Consiliul a stabilit că motorina auto, nu este materie primă, ci produs finit. Totodată, prin Decizia CNSC nr. 2162/243...0/21508/17.07.2015, s-a specificat că: „(...) *combustibilii sunt produse finite și nu materii prime*”, nefiind astfel, permisă achiziționarea în modalitatea urmată de autoritatea contractantă.

În același sens este și adresa ANRMAP nr. 8022/15.04.2015, apreciază că: „*aceste produse (combustibili) nu fac parte din categoria materiilor prime când sunt utilizate ele însele ca produse finite (spre ex. combustibil auto)*”.

Contestatorul susține că, deși prin Ordinul Inițiator nr. .../16.09.2015, autoritatea contractantă afirmă că dorește să achiziționeze combustibil de încălzire de tip M, din conținutul Specificațiilor tehnice, respectiv pct. 5: „Condiții tehnice minime”, rezultă că se dorește de fapt, achiziționarea de Motorină euro 5.

Astfel, în cuprinsul acestor condiții minime, sunt trecute caracteristici specifice pentru Motorina euro 5 și nu pentru Combustibil de încălzire tip M, după cum urmează: „1. *conținut de sulf max. 0,1%. 2. distilare: distila la 250 grade C: max. 65%, distila la 350 grade C: min. 85%. (...).* 4. *Conținut de biocomponent 0*”, or, combustibilul de încălzire de tip M, are următoarele caracteristici: conținut de sulf max. 0,25%. 2. distilare: până la 300 grade Celsius min. 50%, până la 350 grade Celsius min. 80%. 4. nu are cerința privind biocomponent (EMAG). Tot în cuprinsul caietului de sarcini este trecută și obligația ca produsul oferat să aibă încadrarea tarifară NC 27101943-47, prevedere care este restrictivă.

În final, contestatorul solicită proba cu înscrisuri și expertiza tehnică de specialitate.

Prin adresa nr. 9928/.../.../.../29.09.2015, Consiliul solicită contestatorului, dovada depunerii garanției de bună conduită.

Ulterior, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 19523/09.10.2015, SC ... transmite înscrisul intitulat: „Notificare”, precizând că: „ (...) *vă comunicăm intenția noastră de a renunța la judecată (...).* în temeiul art. 6 din Legea nr. 554/2014”.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 18678/29.09.2015, formulată de SC ... SRL, împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat: „*admiterea contestației, ...*”.

Contestatorul precizează că, potrivit dispozițiilor art. 122, lit. f) din OUG nr. 34/2006, doar materiile prime pot fi achiziționate în acest mod. Unitățile militare nu sunt entități care să aibă activitate economică, astfel încât nu se poate vorbi de materii prime, noțiune care se regăsește în producția de bunuri.

Contestatorul susține că, deși prin Ordinul Inițiator nr. .../16.09.2015, autoritatea contractantă afirmă că dorește să achiziționeze combustibil de încălzire de tip M, din conținutul Specificațiilor tehnice, respectiv pct. 5: „*Condiții tehnice minime*”, rezultă că se dorește de fapt, achiziționarea de Motorină euro 5.

Astfel, în cuprinsul acestor condiții minime, sunt trecute caracteristici specifice pentru Motorina euro 5 și nu pentru Combustibil de încălzire tip M, după cum urmează: „1. *conținut de sulf max. 0,1%. 2. distilare: distila la 250 grade C: max. 65%, distila la 350 grade C: min. 85%. (...).* 4. *Conținut de biocomponent 0*”, or, combustibilul de încălzire de tip M, are următoarele caracteristici: conținut de sulf max. 0,25%. 2. distilare: până la 300 grade Celsius min. 50%, până la 350 grade Celsius min. 80%. 4. nu are cerința privind biocomponent (EMAG). Tot în cuprinsul caietului de sarcini este trecută și obligația ca produsul oferat să aibă încadrarea tarifară NC 27101943-47, prevedere care este restrictivă.

Prin adresa nr. 9999/.../.../.../30.09.2015, Consiliul solicită contestatorului, dovada depunerii garanției de bună conduită.

Ulterior, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 19593/09.10.2015, SC ... SRL transmite înscrisul intitulat: „Notificare”, precizând că: „ (...) *vă comunicăm intenția noastră de a renunța la judecată (...).* în temeiul art. 6 din legea nr. 554/2014”.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 18750/30.09.2015, formulată de SC ... SRL, împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat: „*admiterea contestației, ...*”.

Contestatorul precizează că, potrivit dispozițiilor art. 122, lit. f) din OUG nr. 34/2006, doar materiile prime pot fi achiziționate în acest mod. Unitățile militare nu sunt entități care să aibă activitate economică, astfel

încât nu se poate vorbi de materii prime, noțiune care se regăsește în producția de bunuri.

Contestatorul susține că, deși prin Ordinul Inițiator nr./16.09.2015, autoritatea contractantă afirmă că dorește să achiziționeze combustibil de încălzire de tip M, din conținutul Specificațiilor tehnice, respectiv pct. 5: „*Condiții tehnice minime*”, rezultă că se dorește de fapt, achiziționarea de Motorină euro 5.

Astfel, în cuprinsul acestor condiții minime, sunt trecute caracteristici specifice pentru Motorina euro 5 și nu pentru Combustibil de încălzire tip M, după cum umrează: „1. *conținut de sulf max. 0,1%. 2. distilare: distila la 250 grade C: max. 65%, distila la 350 grade C: min.85%. (...). 4. Conținut de biocomponent 0*”, or, combustibilul de încălzire de tip M, are următoarele caracteristici: conținut de sulf max. 0,25%. 2. distilare: până la 300 grade Celsius min.50%, până la 350 grade Celsius min.80%. 4. nu are cerința privind biocomponent (EMAG). Tot în cuprinsul caietului de sarcini este trecută și obligația ca produsul oferat să aibă încadrarea tarifară NC 27101943-47, prevedere care este restrictivă.

Prin adresa nr. 10028/.../.../.../.../.../01.10.2015, Consiliul solicită contestatorului, dovada depunerii garanției de bună conduită.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 19054/05.10.2015, contestatorul a constituit garanția de bună conduită, conform Poliției de Asigurare de garanție nr. 0129914/30.09.2015, în valoare de: 25.000 euro.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 18751/30.09.2015, formulată de SCSRL, înregistrată la ORC sub nr. ..., împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat: „*admiterea contestației, ...*”.

Contestatorul susține că, deși prin Ordinul Inițiator nr./16.09.2015, autoritatea contractantă afirmă că dorește să achiziționeze combustibil de încălzire de tip M, din conținutul Specificațiilor tehnice, respectiv pct. 5: „*Condiții tehnice minime*”, rezultă că se dorește de fapt, achiziționarea de Motorină euro 5.

Astfel, în cuprinsul acestor condiții minime, sunt trecute caracteristici specifice pentru Motorina euro 5 și nu pentru Combustibil de încălzire tip M, după cum urmează: „1. *conținut de sulf max. 0,1%. 2. distilare: distila la 250 grade C: max. 65%, distila la 350 grade C: min. 85%. (...). 4. Conținut de biocomponent 0*”, or, combustibilul de încălzire de tip M, are următoarele caracteristici: conținut de sulf max. 0,25%. 2. distilare: până la 300 grade Celsius min. 50%, până la 350 grade Celsius min. 80%. 4. nu are cerința privind biocomponent (EMAG). Tot în cuprinsul caietului de sarcini este trecută și obligația ca produsul oferat să aibă încadrarea tarifară NC 27101943-47, prevedere care este restrictivă.

De asemenea, cerința tehnică contestată încalcă și dispozițiile art. 35 alin. (5) din OUG nr. 34/2006. Din condițiile minime solicitate rezultă

că nu puterea calorică (pe baza căreia se poate calcula un consum pentru încălzire) este relevantă, ci alți parametri care nu se regăsesc decât la motorina euro 5; însă, motorina nu are ca parametru puterea calorică, pentru că aceasta nu este destinată folosirii drept combustibil de încălzire, având un randament mic și preț foarte mare.

Prin adresa nr. 10029/.../.../.../.../.../ 01.10.2015, Consiliul solicită contestatorului dovada depunerii garanției de bună conduită.

Ulterior, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 19515/09.10.2015, SCSRL transmite înscrisul intitulat: „Notificare”, precizând că: „ (...) *vă comunicăm intenția noastră de a renunța la judecată (...).* în temeiul art. 6 din Legea nr. 554/2014”.

Prin contestația nr. 1217/25.09.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 18588/28.09.2015, formulată de SC ... SRL, împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat: „*admiterea contestației, ...*”.

Contestatorul susține că, deși prin Ordinul Inițiator nr./16.09.2015, autoritatea contractantă afirmă că dorește să achiziționeze combustibil de încălzire de tip M, din conținutul Specificațiilor tehnice, respectiv pct. 5: „*Condiții tehnice minime*”, rezultă că se dorește de fapt, achiziționarea de Motorină euro 5.

Astfel, în cuprinsul acestor condiții minime, sunt trecute caracteristici specifice pentru Motorina euro 5 și nu pentru Combustibil de încălzire tip M, după cum umrează: „1. *conținut de sulf max. 0,1%. 2. distilare: distila la 250 grade C: max. 65%, distila la 350 grade C: min. 85%. (...).* 4. *Conținut de biocomponent 0*”, or, combustibilul de încălzire de tip M, are următoarele caracteristici: conținut de sulf max. 0,25%. 2. distilare: până la 300 grade Celsius min. 50%, până la 350 grade Celsius min. 80%. 4. nu are cerința privind biocomponent (EMAG). Tot în cuprinsul caietului de sarcini este trecută și obligația ca produsul oferat să aibă încadrarea tarifară NC 27101943-47, prevedere care este restrictivă.

În final, contestatorul solicită admiterea contestației și ...; de asemenea, solicită proba cu înscrisuri și expertiza tehnică de specialitate.

Prin adresa nr. 10150/.../.../.../ 01.10.2015, Consiliul solicită contestatorului, dovada depunerii garanției de bună conduită.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 19305/07.10.2015, SC ... SRL transmite Polița de Asigurare de garanție de bună conduită, nr. 0130068/06.10.2015, în valoare de: 25.000 euro.

Prin adresa nr. A1-2389/25.09.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 18608/28.09.2015, autoritatea contractantă precizează că a hotărât suspendarea procedurii.

Ulterior, din oficiu, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, precum și punctele de vedere cu privire la contestațiile în cauză.

Astfel, prin adresa nr. A12476/30.09.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 18962/02.10.2015, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie, precum și punctul de vedere cu privire la contestația formulată de SC ... SRL, invocând, în preambul, următoarele excepții:

- excepția lipsei constituirii garanției de bună conduită, întrucât contestatorul nu a făcut dovada constituirii acesteia;
- excepția lipsei de interes, în condițiile în care operatorul economic în cauză poate livra și produsul solicitat, având și autorizație de livrare pentru acest produs.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă precizează următoarele aspecte:

- pe site-ul .. a fost publicat la data de 16.09.2015, Ordinul Inițiator nr. ..., urmând ca ședința de deschidere a ofertelor să aibă loc la data de 28.09.2015, ora 11:00; ulterior, s-a decis suspendarea procedurii, până la soluționarea de către CNSC a contestațiilor de pe rol, aferente prezentei proceduri;

- adoptarea procedurii de achiziție publică prin „negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare” este conformă cu prevederile art. 122 lit. f) din OUG nr. 34/2006, fiind îndeplinite condițiile impuse pentru produsul solicitat;

- definirea materiilor prime, în interpretarea ANRMAP comunicată Bursei Române de Mărfuri cu nr. 7489/MG/06.12.2007, privind aplicarea prevederilor art. 122, lit. f), respectiv ale art. 252, lit. f), din OUG nr. 34/2006 este următoarea: *„în raport cu produsul obținut 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”*. Aceste produse sunt cotate la bursele de mărfuri. Pentru a fi admise pe ringul de tranzacționare, produsele trebuie să îndeplinească condițiile tehnice de calitate prevăzute de normele în vigoare pentru a deveni active suport, respectiv pentru produsele standardizate, standardele aplicabile;

- conform art. 1, alin. (3), din Legea nr. 357/2005, privind bursele de mărfuri, Colegiul de conducere al Camerei de Comerț și Industrie a României (C.C.I.R) este autoritatea abilitată să avizeze, să supravegheze, să controleze și să sancționeze bursele de mărfuri;

-este potrivit Legii 357/2005 art. 2, alin. (1), lit. b), organism cu drept de autoreglementare. În baza acestui drept conferit de lege, a emis Regulamentul ... privind organizarea și funcționarea pieței la disponibil, avizat de colegiul de conducere al C.C.I.R. potrivit art. 28, alin (1), lit. a).;

- Bursa de mărfuri administrează piețe de interes public conform art. 1 alin. (4) și prestează servicii de utilitate publică pentru membrii și clienții

săi, conform art. 3 lit. c) din Legea nr. 357/2005, privind bursele de mărfuri;

- este membru afiliat al SCSA din 06.11.2006 și în acest an a încheiat contractul de colaborare nr. 52/09.02.2015 (A₁ 316/25.02.2015), în virtutea căruia are acces la tranzacțiile organizate pe piețele administrate de aceasta și își poate reprezenta singură interesele, nemediat de nici o societate de brokeraj;

- abordarea acestui tip de procedură de achiziție asigură condiții de transparență și competitivitate, factori care conduc la obținerea unui preț avantajos pentru autoritatea contractantă. Prețul este stabilit în urma confruntării directe a cererii și ofertei, rezultat al regulamentului de tranzacționare pe piața la disponibil, ringul produselor petroliere. De asemenea, procedurile organizate în ringul bursier, asigură respectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție prevăzute la art. 2, alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare;

- referitor la modul de desfășurare a procedurii de atribuire prin sau prin SEAP, autoritatea contractantă precizează că ambele sisteme asigură cadrul legal impus de art. 2, alin. (2) din OUG nr. 34/2006, privind respectarea principiilor achizițiilor publice, iar utilizatorilor acestor servicii li se percep tarife de participare;

- comisionul este reglementat prin Regulamentul Bursei Române de Mărfuri privind organizarea și funcționarea pieței la disponibil, iar participanții își asumă aceste condiții și se obligă să le respecte atât prin depunerea ordinului de sens contrar cât și prin completarea declarației pe proprie răspundere;

- în urma unei contestații și ulterior plângeri depuse de un operator economic prin care a mai fost criticată procedura de achiziție derulată prinpentru furnizarea aceluiași produs, prin hotărârea definitivă nr. 1837 din 26.03.2015 a Curții de Apel ... pronunțată în dosarul nr. 6758/2/2014 se respinge acțiunea formulată de SC ... SRL ca neîntemeiată, existând astfel autoritate de lucru judecat asupra faptului că acest combustibil este materie primă și se poate tranzacționa pe ringul bursier dar și a dreptului de a întocmi caietul de sarcini potrivit propriilor nevoi ale autorității contractante, respectiv ale beneficiarilor produsului. Potrivit doctrinei recente, în urma noilor reglementări în aceea ce privește autoritatea de lucru judecat, această instituție include nu numai dispozitivul care tranșează litigiul dar și motivele care susțin soluția precum și motivele care conțin ele însele soluții pe aspectele litigioase invocate de părți și supuse dezbaterii acestora. Noul Cod de procedură civilă prevede în mod expres, în art. 430, alin. (2), că autoritatea de lucru judecat se întinde asupra dispozitivului hotărârii cât și asupra considerentelor pe care acesta se sprijină inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă;

- astfel, din analiza considerentelor Deciziei nr. 1837 din 26.03.2015 rezultă faptul că, instanța de judecată, printr-o hotărâre definitivă, a

apreciat că: „(...) calificarea combustibililor de încălzire ca materie primă a fost clarificată de autoritățile competente, prin adresele emise de ANRMAP (...) și Institutul Național de Cercetări Economice al Academiei Române (...) fiind îndeplinite condițiile prevăzute de art. 122 lit.f) din O.u.G. nr. 34/2006” (pagina 7 din decizie). Autoritatea contractantă este liberă să stabilească caracteristicile produsului, fiind cea care cunoaște cel mai bine tipul de produs de care are nevoie, în conformitate cu scopul utilizării și utilajele sau echipamentele pe care va folosi acel produs” (pagina 7 din decizie). „(...) inițierea procedurii de achiziție publică este exclusiv atributul autorității contractante care demarează procedurile de achiziție publică în funcție de necesitățile ale obiective” (pagina 8 din decizie).

În ceea ce privește combustibilul solicitat prin Ordinul Inițiator nr. .../17.09.2015, autoritatea contractantă aduce următoarele argumente:

- în cadrul cotației bursiere, combustibilul are simbolul COLM, iar calitatea sa exprimată în specificația tehnică anexată acestuia, are drept referință STAS 177-89, actualizat cu prevederi legale, legat de conținutul de sulf și a limitelor de distilare, precum și o prevedere legată de acceptarea verificării vâscozității la temperatura de 40°C (acesta fiind temperatura cea mai uzitată în cadrul metodelor de încercare). Conform standardului referențial (STAS 177), combustibilul tip M este „constituit din fracțiuni din intervalul de distilare al motorinei”;
- conform art. 6 alin. (2) din HG nr. 470/2007, modificată și completată de HG nr. 1197/2010: „se admite utilizarea, de la 1 ianuarie 2008, numai a motorinei, inclusiv a motorinei marine, în care conținutul de sulf nu depășește 0,1% în masă”;
- atât prevederile codului vamal al României, aprobat prin Legea 86/2006, cu modificările și completările ulterioare, ale Codului vamal comun European aprobat prin Regulamentul 26588/ 87, cu modificările și completările ulterioare, ale Codului fiscal aprobat cu Legea 571/ 2004, cu modificările și completările ulterioare, preluate și în actul normativ susmenționat la art. 4 lit. a) stabilesc că prin motorină se înțelege „orice combustibil lichid derivat din petrol, exclusiv combustibilul marin, din care mai puțin de 65% în volum, inclusiv pierderile, se distilează la 250 °C și cel puțin 85% în volum, inclusiv pierderile, se distilează la 350 °C, determinate prin metoda ASTM D 86; „motorina definită în Hotărârea de Guvern nr. 689/2004 privind stabilirea condițiilor de introducere pe piață a benzinei și motorinei, cu modificările și completările ulterioare, este exclusă din prezenta definiție. Motorina utilizată pentru motoarele nerutiere, precum și pentru tractoare este, de asemenea, exclusă din prezenta definiție”. Hotărârea de Guvern nr. 689/2004 (în acest moment înlocuită de Hotărârea de Guvern nr. 928/2012), stabilește condițiile de introducere pe piață a motorinei utilizată drept combustibil pentru motoarele diesel;
- pentru a elimina orice nelămurire legată de produsul utilizat și pe care autoritatea contractantă este dispusă să îl accepte, s-a indicat faptul că

autoritatea contractantă nu este interesată de combustibili care conțin biocarburant (direct precum și indicarea codurilor tarifare aferente sortimentelor de motorină fără conținut de biocarburant cu un conținut de sulf inferior limitei de 0,1%);

- denumirea „*motorină euro 5*” nu se regăsește în niciun nomenclator al denumirilor standardizate, contestatorul neindicând nici o normă pe care trebuie să o îndeplinească produsul cu această denumire. În aceste condiții, afirmația că „*ofertantul care va oferta combustibil de încălzire tip M va fi descalificat*” descalifică din punct de vedere profesional contestatorul.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că are încheiat și derulează un acord cadru pentru furnizarea de combustibil pentru motoare Diesel, a cărei cotație bursieră are simbolul MTR5, motiv pentru care, nu există motivația pentru care ar fi necesară aplicarea unei noi proceduri de atribuire pentru acest tip de produs. ... achiziționează centralizat pentru Ministerul Apărării Naționale combustibil de încălzire tip M, pentru asigurarea încălzirii cazărnilor și prepararea hranei militarilor. Beneficiarii acestui combustibil sunt un număr foarte mare (conform graficului de livrare) de unități militare dispuse în localități de pe întreg teritoriul național, în zone izolate, unde accesul se efectuează cu dificultate.

Având în vedere importanța și valoarea acestui contract, autoritatea contractantă apreciază că toate demersurile efectuate au respectat cu strictețe legislația în vigoare pe linia achizițiilor publice precum și al Regulamentului de organizare și funcționare al Bursei Române de Mărfuri.

Autoritatea contractantă precizează că, în același timp cu contestația depusă de către SCSRL, au fost primite și alte contestații depuse de către SC ... SRL, SC ..., SC ... SRL, SCSRL și SC SRL ale căror conținuturi sunt similare, iar unele societăți având același asociat sau administrator, respectiv dl. ..., acest fapt creând suspiciuni referitoare la intențiile operatorilor economici.

Totodată, autoritatea contractantă solicită Consiliului să se constate exercitarea cu rea - credință a drepturilor procedurale/procesuale de către SC ... SRL, de data aceasta însoțit de ceilalți operatori economici, ținând cont de faptul că pasaje întregi din contestațiile formulate sunt absolut identice, iar unul dintre ei, SCSRL, are în obiectul de activitate comerț cu amănuntul de produse textile, precum și săvârșirea abuzului de drept, și nu o dată ci în mod repetat, așa cum este reglementat în art. 12 din Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, Republicată, cât și în art. 14 și art. 15 din Legea nr. 287 din 17 iulie 2009 Republicată, privind Codul civil, cu modificările și completările ulterioare.

Așa cum s-au exprimat anterior atât CNSC -ul cât și instanța de judecată, din raportul de control al ANRMAP rezultă fără dubiu că procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de

participare în temeiul art. 122 lit. f) din OUG nr. 34/2006, a fost aplicată cu respectarea prevederilor legale” la toate contractele verificate, concluzia fiind aceea că *„nu s-au constatat încălcări ale prevederilor legale în materia achizițiilor publice”*.

Prin adresa nr. A₁ 2478/30.09.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 18960/02.10.2015, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația formulată de SC ..., reiterând, pe fond, aceleași argumente expuse în punctul de vedere anterior menționat, respectiv adresa înregistrată la CNSC sub nr. 18962/02.10.2015. De asemenea și față de acest contestator, autoritatea contractantă invocă excepția lipsei constituirii garanției de bună conduită, întrucât contestatorul nu a făcut dovada constituirii acesteia și excepția lipsei de interes, în condițiile în care operatorul economic în cauză poate livra și produsul solicitat, având și autorizație de livrare pentru acest produs.

Prin adresa nr. A₁ 2479/30.09.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 18961/02.10.2015, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația formulată de SC ... SRL, reiterând, pe fond, aceleași argumente expuse în punctul de vedere anterior menționat, respectiv adresa înregistrată la CNSC sub nr. 18962/02.10.2015. De asemenea și față de acest contestator, autoritatea contractantă invocă excepția lipsei constituirii garanției de bună conduită, întrucât contestatorul nu a făcut dovada constituirii acesteia și excepția lipsei de interes, în condițiile în care operatorul economic în cauză poate livra și produsul solicitat, având și autorizație de livrare pentru acest produs.

Prin adresa nr. A₁ 2481/30.09.2015, înregistrată la CNSC sub nr. ...8/02.10.2015, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația formulată de SC ... SRL, reiterând, pe fond, aceleași argumente expuse în punctul de vedere anterior menționat, respectiv adresa înregistrată la CNSC sub nr. 18962/02.10.2015.

De asemenea față de acest contestator, autoritatea contractantă invocă excepția tardivității contestației, în conformitate cu prevederile art. 256² și art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2006. Astfel, raportat la data publicării documentației de atribuire, pe site-ul ..., contestația trebuia depusă în termen de 10 zile de la data de 16.09.2015, termenul limită fiind data de 28.09.2015

Totodată, autoritatea contractantă invocă și excepția lipsei constituirii garanției de bună conduită, întrucât contestatorul nu a făcut dovada constituirii acesteia și excepția lipsei de interes, în condițiile în care operatorul economic în cauză poate livra și produsul solicitat, având și autorizație de livrare pentru acest produs.

Prin adresa nr. A₁ 2480/30.09.2015, înregistrată la CNSC sub nr. ...9/02.10.2015, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația formulată de SCSRL, reiterând, pe fond, aceleași argumente expuse în punctul de vedere anterior menționat, respectiv adresa înregistrată la CNSC sub nr. 18962/02.10.2015. De asemenea față de acest contestator, autoritatea contractantă invocă excepția

tardivității contestației, în conformitate cu prevederile art. 256² și art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2006. Astfel, raportat la data publicării documentației de atribuire, pe site-ul ..., contestația trebuia depusă în termen de 10 zile de la data de 16.09.2015, termenul limită fiind data de 28.09.2015

Totodată, autoritatea contractantă invocă și excepția lipsei constituirii garanției de bună conduită, întrucât contestatorul nu a făcut dovada constituirii acesteia și excepția lipsei de interes, în condițiile în care operatorul economic în cauză poate livra și produsul solicitat, având și autorizație de livrare pentru acest produs.

Prin adresa nr. A₁ 2477/30.09.2015, înregistrată la CNSC sub nr. ...7/02.10.2015, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația formulată de SC ... SRL, reiterând, pe fond, aceleași argumente expuse în punctul de vedere anterior menționat, respectiv adresa înregistrată la CNSC sub nr. 18962/02.10.2015. De asemenea și față de acest contestator, autoritatea contractantă invocă excepția lipsei constituirii garanției de bună conduită, întrucât contestatorul nu a făcut dovada constituirii acesteia și excepția lipsei de interes, în condițiile în care operatorul economic în cauză poate livra și produsul solicitat, având și autorizație de livrare pentru acest produs.

Prin adresa nr. 6348/02.10.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 18989/02.10.2015, SCSA, cu sediul în ..., ..., înregistrată la ORC sub nr. ..., având CUI: 1562694, formulează cerere de intervenție accesorie, prin care solicită Consiliului: încuviințarea în principiu, a cererii de intervenție în favoare ..., iar pe fondul cauzei, admiterea acesteia; respingerea contestațiilor formulate de SC ... SRL, SC ..., SC ... SRL, SC ... SRL, SCSRL și SC ... SRL, în principal, pentru neconstituirea garanției de bună conduită, astfel cum este aceasta reglementată de dispozițiile art. 271¹ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, iar în subsidiar, ca nefondate.

În urma analizării adresei nr. 6348/02.10.2015, înregistrată la CNSC cu nr. 18989/02.10.2015, depusă de SCSA, raportat la contestații, 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 OUG nr. 34/2006.

În ceea ce privește justificarea interesului în promovarea prezentei cereri de intervenție accesorie,precizează că promovarea prezentei cereri de intervenție este determinată de constatarea deopotrivă a legalității și temeiniciei modului în care autoritatea contractanta a inițiat procedura de negociere fără publicarea prelabila a unui anunț de atribuire, în temeiul dispozițiilor art. 122 lit. f) din OUG nr. 34/2006, având ca obiect achiziția de „*Combustibil pentru încălzire tip M*”, cu atât mai mult cu cât una dintre criticile formulate de contestatorul vizează împrăjurarea că prin intermediul nu poate fi achiziționat combustibilul de încălzire tip M, întrucât acesta nu este materie primă.

Astfel, pornind de la dispozițiile art. 63 C. proc. civ., în doctrină s-a stabilit că, pentru promovarea unei cereri de intervenție accesorie în interesul uneia din părți, terțul intervenient trebuie să justifice propriul interes pe care îl urmărește prin admiterea sau respingerea cererii principale. În caracterizarea noțiunii de interes al intervenientului accesoriu, literatura juridică a apreciat că: *„interesul intervenientului este unul «preventiv» și el se apreciază în funcție de incidența pe care o poate avea asupra drepturilor sale hotărârea ce se ia în legătură cu cererea principală”*. Prin urmare, terțul intervine în proces nu pentru a obține condamnarea unei părți în propriul său profit, ci pentru a preveni compromiterea intereselor sale prin hotărârea ce urmează a fi pronunțată între părțile inițiale. Interesul de a interveni în litigiul având drept obiect solicitarea de anulare a procedurii organizate de ... pentru atribuirea contractului de furnizare având drept obiect: *„Combustibil pentru încălzire tip M”* este dat de faptul că această procedură urma să fie realizată prin platforma, aspect ce aduce beneficii patrimoniale subscrisei prin plata unui comision de către câștigătorul procedurii. Dreptul de a achiziționa produse bursiere prineste conferit autorităților contractante în baza art. 122 lit. f) din OUG 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”*.

În ceea ce privește constituirea garanției de bună conduită, intervenientul precizează că din contestațiile formulate rezultă faptul că operatorii economici care au depus contestațiile nu au înțeles să constituie garanția de bună conduită, în conformitate cu prevederile art. 271¹ alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

În ceea ce privește contestația depusă de SC ... SRL, intervenientul precizează că aceasta a fost redactată și semnată de avocat Negotei Florin, fără a fi anexate dovezi ale calității de reprezentant convențional al SC ... SRL și ținând seama de dispozițiile art. 82 alin. (1) din Codul de Procedura Civilă potrivit cărora: *„Când Instanța constată lipsa dovezii calității de reprezentant a celui care a acționat în numele părții, va da un termen scurt pentru acoperirea lipsurilor. Dacă acestea nu se acoperă, cererea va fi anulată”*, invocă excepția lipsei dovezii calității de reprezentant. În măsura în care acesta nu prezintă contractul de asistenta juridică și împuternicirea avocațială aferentă contractului pentru a face dovada limitelor mandatului pe care societatea a înțeles să-l acorde acestuia, solicită Consiliului să facă aplicarea dispozițiilor mai sus menționate și să anuleze contestația.

Totodată, intervenientul solicită Consiliului conexarea dosarelor aferente prezentei cauze.

În ceea ce privește fondul cauzei, intervenientul precizează următoarele aspecte:

- legalitatea organizarii procedurii pe platforma Formularea textului art. 122 lit. f) al OUG nr. 34/2006 reprezintă o transpunere a textului art. 31 alin. (2) lit. c) al Directivei 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii; acest din urmă text normativ statuează posibilitatea aplicării procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în cazul „furniturilor cotate și achiziționate pe o piață de mărfuri”;
- urmare a supremației dreptului comunitar față de prevederile dreptului național, atât cât și autoritatea contractantă se pot prevala de efectul direct al prevederilor art. 31 alin. (2) lit. c) al Directivei 2004/18/CE. Fiind în afara oricărui dubiu că, în speță, combustibilul de încălzire tip M reprezintă o furnitură cotată și achiziționată pe o piață de mărfuri, procedura de atribuire organizată de ... este legală.

În ceea ce privește produsul combustibil de încălzire tip M, intervenientul precizează că acesta se încadrează în noțiunea de materie primă reglementată de art. 122 lit. f) din OUG nr. 34/2006. Având în vedere faptul că OUG nr. 34/2006, nu conține nicio definiție derogatorie, înțelesul noțiunii de „materie primă” trebuie raportat la sensul comun. Academia Română definește astfel materiile prime: *„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 energie cinetică, ca de exemplu la mijloacele de transport, în timp ce combustibilii de încălzire sunt transformați în energie termică”*. 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. Conform definițiilor existente, combustibilii sunt considerați drept substanțe/materiale care reprezintă un izvor de energie, indiferent dacă prin procesarea acestora rezultă energie calorică, energie electrică sau energie cinetică. Combustibilii, împreună cu un comburant, sunt procesați prin ardere, fiind transformați într-unui sau mai multe produse finale (energie electrică, energie termică, energie cinetică).

De asemenea, intervenientul subliniază că prin adresa nr. 7489/2007, ANRMAP afirma explicit că produsele petroliere (benzine, motorine, combustibili de încălzire, păcură) intră în categoria materiilor prime. Mai mult, și Ministerul Economiei 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).

În ceea ce privește deciziile invocate în cuprinsul contestațiilor, intervenientul precizează că:

- Decizia CNSC nr. 706/73/...0/ 803/21.05.2015 a fost respinsă pentru neconstituirea garanției de bună conduită;
- Decizia CNSC nr. 842/C6/787/11.06.2015 a fost modificată de Curtea de Apel Timișoara în sensul respingerii contestației formulate de SC ... SRL;
- Decizia CNSC nr. 2162/243...0/21508/17.07.2014 a fost respinsă ca rămasă fără obiect.

Referitor la chestiunea pretensei încălcări a principiului eficienței utilizării fondurilor publice, intervenientul solicită Consiliului să respingă această critică în considerarea dispozițiilor art. 5 alin. (1) din HG nr. 925/2006.

Prin adresa nr. 10235/...-.../06.1.02015, Consiliul solicită SC ... SRL transmiterea dovezii înaintării contestației și către autoritatea contractantă, în conformitate cu dispozițiile art. 271 alin. (1) și (4) din OUG nr. 34/2006.

De asemenea, prin adresa nr. 10236/...-.../06.10.2015, Consiliul solicită autorității contractante, transmiterea dovezii primirii contestației de la SC ... SRL, respectiv copia plicului de corespondență.

Prin adresa nr. 298/07.10.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 19265/07.10.2015, precum și adresa înregistrată la CNSC sub nr. 19314/07.10.2015, SC ... SRL transmite dovada înaintării contestației și către autoritatea contractantă, respectiv factura poștală nr. DIV00006897, din data de 25.09.2015, având ca destinatar: „UM”.

De asemenea, autoritatea contractantă transmite adresa nr. A2578/07.10.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 19548/09.10.2015, prin care depune o copie a plicului prin care contestatorul i-a transmis contestația, având seria AR19892962055, emis de Oficiul Poștal nr. 10 ..., chișeul nr. 1, la data de 25.09.2015, așa cum rezultă și de pe ștampila poștei, aplicată pe plicul în cauză.

Prin adresa nr. 1355/23.10.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 20659/26.10.2015, SC ... SRL transmite o completare a contestației referitor la punctul de vedere emis de către autoritatea contractantă, solicitând, în preambul, Consiliului, să respingă excepția lipsei de interes, invocată de către

Pe fondul cauzei, contestatorul invocă Deciziile CNSC nr. 2162/243...0/17.07.2014 (definitivă prin nerecurare) și Decizia CNSC nr. 706/73...0/803/21.05.2015 (definitivă, prin Hotărârea Curții de Apel ... nr. 170/16.09.2015, pronunțată în dosarul nr. 305/42/20015), prin care s-a stabilit, fără echivoc și definitive, că aceste produse nu sunt materii prime.

De asemenea, contestatorul precizează că actuala legislație, permite statului să achiziționeze materii prime, exclusive din categoria bunurilor fungibile cotate pe piața la disponibil.

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

MINISTERUL APĂRĂRII NAȚIONALE – (UM), în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de „negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare”, a contractului de achiziție publică, având drept obiect: „Achiziție combustibil pentru încălzire tip M”, cod CPV: 09134200-9, prin Ordinul Inițiator nr./2015, publicând achiziția, pe site-ul Bursei Române de Mărfuri.

Potrivit Notei Justificative nr. 740/16.09.2015, aflată la dosarul cauzei, valoarea estimată a prezentei proceduri este în valoare de: 27.228.602,25 lei, echivalentul a 6.161.014,20 euro.

Potrivit Notei Justificative nr. A₁ 2205/16.09.2015, privind alegerea tipului de procedură pentru achiziția de combustibil pentru încălzire tip M, aflată la dosarul cauzei, autoritatea contractantă precizează că: „(...) alegerea acestui tip de procedură de achiziție asigură condiții de transparență și competitivitate, factori care conduc la obținerea unui preț avantajos pentru autoritatea contractantă (...)”.

Prin contestațiile înregistrate la CNSC cu nr. 18493/25.09.2015, nr. 18587/28.09.2015, nr. 18678/29.09.2015 și nr. 18751/30.09.2015, depuse de SC ... SRL, SC ..., SC ... SRL și SCSRL, împotriva documentației de atribuire, s-a contestat procedura de atribuire, în cauză.

Pentru formularea unei contestații împotriva unui act al autorității contractante emis cu privire la o procedură de atribuire, legiuitorul a stabilit îndeplinirea unor condiții obligatorii.

Din redactarea prevederilor art. 270 alin. (1) și art. 271¹ din OUG nr. 34/2006 rezultă că, pentru a putea proceda la soluționarea contestației, Consiliul trebuie să constate depunerea garanției de bună conduită constituită potrivit prevederilor legale.

Modul de calcul al acestei garanții este stabilit în detaliu de prevederile art. 271¹ alin. (4) din OUG nr. 34/2006 raportat la valoarea estimată a contractului de achiziției publice ce urmează a fi atribuit.

Constituirea garanției de bună conduită are rolul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător din partea contestatorului.

În aceste condiții, Consiliul va verifica cu precădere îndeplinirea condiției prevăzute de dispozițiile legale antemenționate deoarece, dacă nu sunt îndeplinite condițiile legale de constituire a garanției de bună conduită astfel încât contestația să fie luată în considerare, Consiliul va respinge contestația fără să cerceteze motivele acesteia.

Prin urmare, constituirea garanției de bună conduită este o condiție obligatorie pentru soluționarea contestației cu care a fost investit Consiliul; dovada constituirii acesteia se depune în original la autoritatea contractantă, transmiterea în copie la Consiliu fiind o condiție de admisibilitate.

Obligativitatea constituirii garanției de bună conduită reprezintă garanții stabilite de dispozițiile legale în vederea ocrotirii intereselor autorităților contractante împotriva exercitării abuzive, cu rea credință,

de către contestatori, a drepturilor sale procesuale, constituirea garanției de bună conduită constituind o condiție de fond pentru însăși soluționarea contestației, iar nu de procedură, de natură a obstrucționa accesul la justiție.

În cazul în care Consiliul investit cu o contestație constată neîndeplinirea constituirii garanției de bună conduită, va respinge contestația potrivit art. 271¹ alin. (4) din OUG nr. 34/2006.

Având în vedere faptul că SC ... SRL, SC ..., SC ... SRL și SCSRL au investit Consiliul cu soluționarea contestațiilor înregistrate la CNSC sub nr. 18493/25.09.2015, nr. 18587/28.09.2015, nr. 18678/29.09.2015 și nr. 18751/30.09.2015, constatând că aceștia nu au anexat contestației copia dovezii constituirii garanției de bună conduită astfel cum prevede art. 271¹ alin. (1) coroborat cu alin. (3) din OUG nr. 34/2006, Consiliul,

- prin adresa nr. 9894/.../.../28.09.2015, pentru SC ... SRL;
- prin adresa nr. 9928/...,.../.../29.09.2015, pentru SC ...;
- prin adresa nr. 9999/...,.../.../30.09.2015, pentru SC ... SRL;
- prin adresa nr. 10029/...,...,...,.../.../01.10.2015, pentru SCSRL,

a solicitat să i se comunice *„în termen de cel mult 3 zile lucrătoare de la primirea prezentei, copia dovezii constituirii garanției de bună conduită”*.

Adresele în cauză au fost recepționate de către contestatori, așa cum rezultă din rapoartele fax aflate la dosar, astfel :

- SC ... SRL a primit prin fax, adresa nr. 9894/ .../.../28.09.2015 în data de 28.09.2015, ora 14:39. De asemenea, adresa în cauză a fost recepționată, în original, și prin poștă, în data de 02.10.2015, așa cum rezultă din confirmarea poștală aflată la dosarul cauzei, având nr. 09678406569;
- SC ... a recepționat adresa în cauză, în original, prin poștă, în data de 02.10.2015, așa cum rezultă din confirmarea poștală aflată la dosarul cauzei, având nr. 09678322362;
- SC ... SRL a recepționat adresa în cauză, în original, prin poștă, în data de 01.10.2015, așa cum rezultă din confirmarea poștală aflată la dosarul cauzei, având nr. 09678226321;
- SCSRL a recepționat adresa în cauză, prin e-mail, în data de 01.10.2015, ora 11:57, așa cum rezultă din confirmarea e-mail aflată la dosarul cauzei. De asemenea, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 19359/07.10.2015, contestatorul confirmă primirea adresei nr. 10029/ ..., ..., ...,.../.../01.10.2015.

Până la data prezentei, cei 4 contestatori nu au transmis Consiliului dovada constituirii garanției de bună conduită.

Având în vedere data depunerii contestațiilor, respectiv data de 25.09.2015, 28.09.2015, 29.09.2015 și data de 30.09.2015 și data publicării OUG nr. 51/2014, pentru modificarea și completarea OUG nr. 34/2006, Consiliul reține că în speță sunt incidente următoarele:

- prevederile art. I pct. 4 din OUG nr. 51/2014 pentru modificarea și completarea OUG nr. 34/2006 prin care se introduc două noi articole, „*id est*” art. 271¹ și art. 271²;

- principiul de drept „*nemo ignorare legem censetur*” potrivit căruia nimeni nu se poate apăra invocând necunoașterea legii;

- principiul de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*” potrivit căruia unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă, în sensul că în cadrul ordonanței nu s-a prevăzut nicio normă derogatorie de la obligația constituirii garanției de bună conduită.

Față de aceste aspecte, se constată că, în speță, contestațiile au fost transmise de către contestatori, atât la Consiliu cât și la autoritatea contractantă fără a depune dovada constituirii garanției de bună conduită.

Dacă contestatorii ar fi fost diligenți și prudenți, ar fi putut din vreme să-și conserve dreptul la contestație, astfel încât să permită apoi jurisdicției Consiliului să poată analiza pe fond cererile ce fac obiectul contestațiilor.

Față de toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul urmează ca, în temeiul art. 278 alin. (1) și (5) coroborat cu art. 271¹ alin. (2) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să respingă contestațiile depuse de SC ... SRL, SC ..., SC ... SRL și SCSRL, fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

Conform prevederilor art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, Consiliul trebuie să se pronunțe mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când se constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei.

Având în vedere norma anterior menționată, Consiliul va reține faptul că, în cuprinsul punctului de vedere nr. A₁-2481/30.09.2015, înregistrat la CNSC sub nr. ...8/02.10.2015, autoritatea contractantă invocă excepțiile tardivității, lipsei constituirii garanției de bună conduită și lipsei de interes față de contestația formulată de SC ... SRL.

Totodată, Consiliul va reține faptul că, în cuprinsul punctului de vedere nr. A₁-2477/30.09.2015, înregistrat la CNSC sub nr. ...7/02.10.2015, autoritatea contractantă invocă excepțiile lipsei constituirii garanției de bună conduită și lipsa de interes față de contestația formulată de SC ... SRL.

Consiliul va respinge excepția lipsei constituirii garanției de bună conduită deoarece ambii contestatori au depus la dosarul cauzei, copii după polițe de asigurare de garanție de bună conduită, astfel:

- SC ... SRL a depus, sub nr. 19054/05.10.2015, o copie după polița de asigurare de garanție de bună conduită nr. 0129914/30.09.2015, având drept părți SC ... SRL în calitate de asigurat și MINISTERUL APĂRĂRII NAȚIONALE – în calitate de beneficiar și copie după avizul AWB328721396, aferent

transmiterii documentelor, prin curier rapid, către autoritatea contractantă;

- SC ... SRL a depus, sub nr. 19305/07.10.2015, o copie după polița de asigurare de garanție de bună conduită nr. 0130068/06.10.2015, având drept părți SC ... SRL în calitate de asigurat și MINISTERUL APĂRĂRII NAȚIONALE – în calitate de beneficiar și copie după avizul AWB328937970, aferent transmiterii documentelor, prin curier rapid, către autoritatea contractantă.

Referitor la excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă față de contestația aparținând SC ... SRL, Consiliul va reține că, potrivit art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, *„sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenelor prevăzute la art. 256². Contestatorul va atașa la contestație și copia actului atacat, în cazul în care acesta a fost emis, precum și copii ale înscrisurilor prevăzute la art. 270 alin. (1), dacă acestea sunt disponibile”*.

În acest sens, prin adresa nr. 10235/...-.../06.1.02015, Consiliul a solicitat SC ... SRL transmiterea dovezii înaintării contestației și către autoritatea contractantă, în conformitate cu dispozițiile art. 271 alin. (1) și (4) din OUG nr. 34/2006. De asemenea, prin adresa nr. 10236/...-.../06.10.2015, Consiliul solicită autorității contractante transmiterea dovezii primirii contestației de la SC ... SRL, respectiv copia plicului de corespondență.

Astfel, Consiliul va reține că prin adresa nr. 298/07.10.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 19265/07.10.2015, completată prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 19314/07.10.2015, SC SRL transmite dovada înaintării contestației și către autoritatea contractantă, respectiv factura poștală nr. DIV00006897 și recipisa aferentă trimiterii de corespondență internă identificată prin codul AR19892962055, din data de 25.09.2015, având ca destinatar: „UM”. De asemenea, autoritatea contractantă transmite adresa nr. A2578/07.10.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 19548/09.10.2015, prin care depune o copie a plicului prin care contestatorul i-a transmis contestația, pe care este aplicat atât autocolantul cu numărul de identificare AR19892962055, cât și ștampila Oficiului Poștal nr. 10 ..., ghișeul nr. 1, la data de 25.09.2015,.

Având în vedere faptul că, în litigiul dedus soluționării, este vorba despre un contract de furnizare, iar valoarea estimată este mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. a) din OUG nr. 34/2006, sunt incidente prevederile art. 256² alin. (1) lit. a) din același act normativ potrivit căruia *„persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sau, după caz, instanța judecătorească competentă în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim, în termen de: ... 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență, despre un act al autorității contractante*

considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit, estimată conform prevederilor art. 23 și ale cap. II secțiunea a 2-a, este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2)".

Art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 stipulează că *„Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenelor prevăzute la art. 2562..."*.

De asemenea, art. 3 lit. z) din OUG nr. 34/2006 stipulează că *„...termenul exprimat în zile începe să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului; ziua în cursul căreia a avut loc evenimentul sau s-a realizat un act al autorității contractante nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi de sărbătoare legală, o duminică sau o sâmbătă, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare"*.

Potrivit prevederilor art. 183 alin. (1) și (3) CPC, *„(1) Actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen. (...) (3) În cazurile prevăzute la alin. (1) și (2), recipisa oficiului poștal, precum și înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, desau de administrația locului de deținere, pe actul depus, servesc ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată"*.

Prin urmare, având în vedere cele de mai sus și ținând cont că data luării la cunoștință de către contestator, a conținutului caietului de sarcini a fost 16.09.2015, data publicării acestuia pe site-ul www.....ro, în anexa ordinului inițiator nr./2015 iar contestația acestuia a fost transmisă atât către CNSC, cât și către autoritatea contractantă, în data de 25.09.2015, în mod evident termenul legal de 10 zile, în care aceasta putea fi transmisă a fost respectat, ultima zi fiind data de 28.09.2015.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul va respinge excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă.

Referitor la excepția lipsei de interes a contestatorilor SC ... SRL și SC ... SRL, Consiliul va reține că, potrivit prevederilor art. 255 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 **„orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență"**.

Față de aceste aspecte, coroborat cu alin. (2) din articolul antemenționat rezultă *„ipso facto"* că persoana care formulează o contestație, deci care se consideră vătămată, trebuie să îndeplinească

cumulativ două condiții și anume: are sau a avut un interes legitim în legătură cu procedura de atribuire și a suferit, suferă sau riscă să sufere vreun prejudiciu urmare a actului autorității contractante.

Astfel, interesul este folosul practic, imediat, pe care-l are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a procedurii de soluționare a contestației.

Pentru a justifica contestația depusă la Consiliu, interesul contestatorului trebuie, la rândul său, să îndeplinească cumulativ anumite condiții. Astfel, el trebuie să fie legitim, să fie personal și direct, adică folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii de soluționare a contestațiilor să aparțină celui care recurge la formularea contestației și să fie născut și actual, deci să existe în momentul în care este formulată contestația, deoarece rolul Consiliului este de a soluționa litigii deja născute.

Faptul că cei doi contestatori „pot livra produsul solicitat”, respectiv că „(...) de vreme ce contestatorul are autorizație de livrare și față de acest produs”, invocat de autoritatea contractantă în susținerea excepției, nu este de natură a demonstra o eventuală lipsă de interes a acestuia în formularea contestației, câtă vreme obiectul contestației îl constituie specificațiile tehnice din cuprinsul caietului de sarcini, respectiv modalitatea în care a ales autoritatea contractantă să descrie produsul pe care intenționează să îl achiziționeze, și nu autorizarea de livrare.

Printr-un demers în justiție, contestatorul urmărește asigurarea propriilor interese, nu ale altuia sau salvagardarea legii, în general, respectiv felul în care specificațiile din caietul de sarcini afectează modul de elaborare a ofertei sale.

De asemenea, Consiliul reține faptul că, în literatura de specialitate, se precizează că interesul procesual este actual, în sensul că, dacă cel interesat nu ar recurge la acțiune în momentul respectiv, s-ar expune prin aceasta la un prejudiciu. Astfel, rezultă că un interes eventual ca și un interes care a trecut, a fost depășit, nu poate fi luat în considerare.

În speță, interesul SC ... SRL și SC ... SRL este actual deoarece aceștia au supus analizei Consiliului modul de elaborare a caietului de sarcini **înainte** de data limită de depunere a ofertelor iar autoritatea contractantă a suspendat procedura de atribuire, oferind, astfel, CNSC posibilitatea de a analiza și, eventual, remedia actele criticate

În aceste condiții, este evident că cele două societăți contestatoare, în această etapă, au un interes legitim în legătură cu modalitatea în care au fost elaborat caietul de sarcini.

Având în vedere aceste aspecte, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, și excepția lipsei de interes invocată de autoritatea contractantă față de contestațiile formulate de SC SRL și SC ... SRL.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu art. 297 din OUG nr. 34/2006, Consiliul va analiza cererea de intervenție formulată de SCSA împreună cu contestațiile formulate de SC ... SRL și SC ... SRL.

Procedând, în mod unitar, la analiza fondului cauzei, Consiliul va reține că, în cuprinsul contestațiilor, SC ... SRL și SC ... SRL critică decizia autorității contractante de a organiza procedura de atribuire prin intermediul Bursei Române de Mărfuri, susținând că produsul care urmează a fi achiziționat de autoritatea contractantă, combustibil pentru încălzire tip M, nu ar constitui materie primă.

Potrivit notei justificative privind alegerea procedurii nr. A₁-2202/16.09.2015, autoritatea contractantă a ales să aplice procedura de atribuire „negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare” în baza prevederilor art. 122 lit. f) din OUG nr. 34/2006, potrivit cărora „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 la disponibil”.

Totodată, Consiliul va reține și că, potrivit prevederilor art. 59 alin. (1) și (2) din HG nr. 925/2006, „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 piață la disponibil**”, respectiv „**prin bunuri fungibile se înțelege bunurile determinate generic, care pot fi înlocuite unele cu altele în executarea unei obligații contractuale**”.

Din conținutul celor redacte anterior, rezultă că autoritățile contractante pot încheia contracte utilizând procedura de atribuire „negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare”, prin intermediul bursei de mărfuri, atunci când obiectul contractului ce urmează a fi atribuit constă în achiziționarea de materii prime.

Având a se pronunța asupra legalității procedurii de atribuire din prezenta speță, respectiv pentru a aprecia dacă produsul care urmează a fi achiziționat, „combustibil pentru încălzire tip M”, se circumscrie noțiunii de materie primă, Consiliul va reține că, deși în cadrul prevederilor OUG nr. 34/2006 nu există o definiție expresă a noțiunii de materie primă, HG nr. 925/2006, care reprezintă „normele de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică 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”, stipulează următoarele: „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 piață la disponibil”, respectiv „prin bunuri fungibile se înțelege bunurile determinate generic, care pot fi înlocuite unele cu altele în executarea unei obligații contractuale”.

În acest sens sunt și dispozițiile art. 543 alin. (2) din Codul Civil care stipulează că „**sunt fungibile bunurile determinabile după**

număr, măsură sau greutate, astfel încât pot fi înlocuite unele prin altele în executarea unei obligații".

Astfel, se constată că legislația în vigoare în materia achizițiilor publice, coroborată cu dreptul comun aplicabil în materie conform dispozițiilor art. 297 din OUG nr. 34/2006, în ceea ce privește „materii prime” se referă exclusiv la „categorii de produse fungibile”, fără a oferi alte definiții care ar trebui luate în considerare la soluționarea speței.

Aplicând singurele dispoziții legale anterior citate care au relevanță în cauză, Consiliul constată că produsul ce se dorește a se achiziționa, respectiv „*combustibil pentru încălzire tip M*”, se încadrează în categoria produselor fungibile cotate pe piața de disponibil.

Conform specialiștilor în domeniu, termenul general de materii prime poate include:

- materii prime de bază (adică cele care sunt încorporate direct în produsul finit, regăsindu-se parțial sau integral în compoziția acestuia) sau auxiliare (adică cele care sunt consumate în timpul procesului de producție/transformare, neregăsindu-se în produsul finit, fiind utilizate ca auxiliari ai procesului de prelucrare);

- materiile prime primare sau derivate după numărul procedurilor sau prelucrărilor la care sunt supuse;

- materii prime naturale sau industriale (semifabricate).

Potrivit Dicționarului explicativ al limbii române, materia primă reprezintă „*produs natural sau material semifabricat destinat prelucrării sau transformării în alte produse*”.

Având în vedere cele reținute anterior, Consiliul constată că, în prezenta procedură, produsul „*combustibil pentru încălzire tip M*” pe care dorește autoritatea contractantă să-l achiziționeze reprezintă o materie primă. Acesta urmează să fie folosit pentru obținerea unui anumit tip de energie, combustibilul în discuție încadrându-se în noțiunea de materie primă pentru autoritatea contractantă întrucât este supus unui proces de transformare în energie termică. Întrucât acest produs va fi supus unui proces de transformare ce are ca scop obținerea energiei necesare încălzirii, se poate concluziona că prin prezenta procedură autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze o materie primă. Necesitatea autorității contractante, stabilită în cuprinsul caietului de sarcini, constă în achiziționarea de „*combustibil utilizat pentru producerea agentului termic necesar încălzirii cazărmilor și apei calde menajere, precum și pentru prepararea hranei*”.

În consecință, în prezenta procedură de atribuire, combustibilul ce se dorește a fi achiziționat se circumscrie noțiunii de materie primă, autoritatea contractantă având dreptul, în temeiul art. 122 lit. f) din OUG 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.

Relevantă în speță este și opinia exprimată de ANRMAP în conținutul adresei nr. 7489/MG/06.12.2007 (anexa nr. 3 la cererea de intervenție), în cadrul căreia se arată că *„punctul de referință în determinarea produselor ce pot fi achiziționate potrivit art. 122 lit. f) îl constituie definiția materiilor prime (...) produsele petroliere cum ar fi benzine, motorine, lubrifianți, combustibili de încălzire, păcură, bitum”* încadrându-se în noțiunea de materii prime auxiliare întrucât *„contribuie la fabricarea produsului dar nu se regăsesc în acesta”*.

În acest sens s-au pronunțat, definitiv, atât Curtea de Apel ..., cât și Curtea de Apel Timișoara.

Astfel, prin Hotărârea pronunțată în data de 14.08.2015 în dosarul înregistrat la Curtea de Apel ... sub nr. 4386/2/2015, constituit ca urmare a plângerii formulate de SC ... SRL împotriva deciziei nr. 1019/C6/1091/01.07.2015 prin care, într-o speță similară, Consiliul a respins contestația formulată de SC ... SRL, instanța a respins plângerea ca nefondată, menținând astfel decizia prin care Consiliu a respins critici similare.

De asemenea, prin Hotărârea pronunțată în data de 14.07.2015 în dosarul înregistrat la Curtea de Apel Timișoara sub nr. 937/59/2015, constituit ca urmare a plângerii formulate de autoritatea contractantă COMUNA SÂNMIHAIUL ROMAN împotriva deciziei nr. 842/C6/787 din 11.06.2015 (decizie invocată de SC ... SRL ca jurisprudență, în cuprinsul prezentei sale contestații), prin care Consiliul, având a se pronunța într-o speță similară pe o contestație depusă de SC ... SRL, a admis contestația și a anulat procedura de atribuire, instanța a admis plângerea și a respins în întregime contestația formulată de SC ... SRL prin care se solicita-se ... de atribuire.

În aceste condiții, Consiliul nu poate reține ca relevante nici trimiterile contestatoarei la deciziile nr. 2162/243 ...0/2508 din 17.07.2014, și nr. 706/73 ...0/803 din 21.05.2015, motivat de faptul că, așa cum s-a arătat anterior, mai multe instanțe competente, respectiv curți de apel, s-au pronunțat în sensul celor reținute în prezenta decizie.

Mai mult, Consiliul va reține că, întrucât art. 122 lit. f) din OUG nr. 34/2006 transpune în legislația națională prevederile art. 31 alin. (2) lit. c) din Directiva 2004/18/CE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, potrivit căroră *“Autoritățile contractante pot atribui contractele de achiziții publice printr-o procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în următoarele cazuri: (...) 2. în cazul contractelor de achiziții publice de bunuri: (...) (c) pentru bunurile cotate și achiziționate la o **bursă de materii prime**”,* intenția legiuitorului comunitar a fost ca autoritatea contractantă să aibă dreptul de a achiziționa prin negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare bunurile cotate și achiziționate la o **bursă de materii prime**, indiferent dacă acestea sunt sau nu materii prime.

Pentru considerentele de fapt și de drept anterior menționate, Consiliul apreciază că procedura de atribuire desfășurată de autoritatea contractantă se încadrează în situația de excepție reglementată de art. 122 lit. f) din OUG 34/2006 și art. 31 alin. (2) lit. c) din Directiva 2004/18/CE, critica privind acest aspect fiind neîntemeiată iar, pe cale de consecință, urmând a admite cererea de intervenție formulată de SCSA.

Referitor la specificațiile tehnice aferente produsul care urmează a fi achiziționat, Consiliul va reține că, potrivit prevederilor art. 35 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006, „caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, **specificații tehnice**” iar „specificațiile tehnice reprezintă **cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică** ce **permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității autorității contractante**”.

Potrivit prevederilor alin. (6) al normei juridice anterioare, „fără a aduce atingere reglementărilor tehnice naționale obligatorii, în măsura în care acestea sunt compatibile cu dreptul comunitar, autoritatea contractantă are obligația de a defini specificațiile tehnice (...) prin referire, de regulă în următoarea ordine de prioritate, la standarde naționale care adoptă standarde europene, la omologări tehnice europene, la standarde internaționale sau la alte referințe de natură tehnică elaborate de organisme de standardizare europene; în cazul în care acestea nu există, atunci specificațiile tehnice se definesc prin referire la alte standarde, omologări sau reglementări tehnice naționale privind utilizarea produselor sau proiectarea, calculul și execuția lucrărilor”.

Din analiza caietului de sarcini, parte a documentației de atribuire, transmisă de autoritatea contractantă la dosarul cauzei, Consiliul va reține că, pentru produsul care urmează a fi achiziționat prin prezenta procedură autoritatea contractantă a precizat următoarele specificații tehnice:

- Denumire produs: „combustibil pentru încălzire tip M”
- coduri asociate: „NC: 27101943÷47”;
- U/M: „tone”;
- cantitate: „5.535”.

Codurile asociate menționate de către autoritatea contractantă în cadrul caietului de sarcini sunt reglementate de Anexa nr. 1 „Nomenclatura combinată” la Regulamentul de punere în aplicare (UE) nr. 1101/2014 al Comisiei din 16 octombrie 2014 de modificare a anexei I la Regulamentul (CEE) nr. 2658/87 al Consiliului privind Nomenclatura tarifară și statistică și Tariful vamal comun, disponibil online la adresa oficială

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R1101&qid=1428302504207&from=RO> (regulament care, potrivit art. 288 din Tratatul CEE, se aplică direct în legislația internă, excluzând orice măsură

de receptare națională sau tot ceea ce ar putea disimula natura și efectele sale). Codurile 27101943 - 27101947 indicate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini desemnează produsele:

„Motorină: (...)

Destinată altor utilizări:

2710 19 43: Cu un conținut de sulf de maximum 0,001 % în greutate

2710 19 46: Cu un conținut de sulf de peste 0,001 % dar de maximum 0,002 %

2710 19 47: Cu un conținut de sulf de peste 0,002 % dar de maximum 0,1 %”.

Totodată, Consiliul va reține că autoritatea contractantă a elaborat și anexat caietului de sarcini documentul intitulat „*Specificație tehnică*”, în cuprinsul căruia a detaliat „*condiții tehnice minime: conform STAS 177 – 89, tipul M, cu următoarele precizări:*

- *conținut de sulf max. 0,1%;*
- *distilare:*
 - o *distilă la 250°C: max. 65%;*
 - o *distilă la 350°C: min. 85%;*
- *vâscozitate cinematică – se acceptă și vâscozitate la 40°C: max. 4,5 cSt;*
- *conținut de biocomponent: 0 (...).*

Consiliul reține faptul că în cadrul STAS 177-89 indicat de către autoritatea contractantă este definit produsul necesar autorității contractante, respectiv „*combustibil pentru încălzire tip M*” ca fiind „*constituit din **fracțiuni, din intervalul de distilare a motorinei***”, noțiune care la rândul ei este definită în cadrul HG nr. 470/2007 art. 4 lit. a) în sensul că prin *motorină* se înțelege „*orice combustibil lichid derivat din petrol, (...) **din care mai puțin de 65% în volum, inclusiv pierderile, se distilează la 250°C și cel puțin 85% în volum, inclusiv pierderile, se distilează la 350°C**, determinate prin metoda ASTM D 86*”.

Față de aceste aspecte, Consiliul reține că raportat la definiția produsului necesar autorității contractante, respectiv „*combustibil pentru încălzire tip M*” coroborat cu definiția motorinei formulată de legiuitor în cadrul HG nr. 470/2007, autoritatea contractantă în mod corect a coroborat prevederile STAS 177-89 cu cele ale actului normativ în vigoare.

Astfel, referitor la criticile formulate de contestator cu privire la specificația tehnică aferentă conținutului de sulf, de max. 0,1%, pentru produsul „*combustibil pentru încălzire tip M*”, și care este constituit din fracțiuni, din intervalul de distilare a **motorinei** (și nu a altui tip de combustibil lichid derivat din petrol), Consiliul va reține incidența prevederilor HG nr. 470/2007 privind limitarea conținutului de sulf din combustibilii lichizi, care transpune Directiva nr. 1999/32/CE a Consiliului din 26 aprilie 1999 privind reducerea conținutului de sulf din anumiți combustibili lichizi și de modificare a Directivei 93/12/CEE, art. 6 alin. (2)

care dispune că „se admite utilizarea de la 1 ianuarie 2008 **numai a motorinei**, (...) în care **conținutul de sulf nu depășește 0,1% în masă**”.

Aceste prevederi legale au ca scop, potrivit art. (2) coroborat cu art. (1) HG nr. 470/2007 **„reducerea emisiilor de dioxid de sulf, rezultate din arderea anumitor combustibili lichizi derivați din petrol”** reducere care se **„realizează prin impunerea unor valori limită pentru conținutul de sulf din combustibilii respectivi, ca o condiție pentru utilizarea acestora pe teritoriul României”**, în vederea **„diminuării efectelor negative ale acestor emisii asupra sănătății populației și mediului”**.

Mai mult, combustibilul având ca destinație producerea agentului termic și prepararea hranei, necesar autorității contractante, nu se regăsește printre excepțiile enumerate explicit și imperativ la art. 3 din HG nr. 470/2007, excepții care sunt de strictă interpretare și aplicare potrivit principiului *„exceptio est strictissimae interpretationis et applicationis”* și *„nemo ignorare legem censetur”* potrivit căruia nimeni nu se poate apăra invocând necunoașterea legii, rezultă că, pentru a fi utilizat de către unitățile militare din subordinea MINISTERULUI APĂRĂRII NAȚIONALE, combustibilul care urmează a fi achiziționat prin procedura care face obiectul prezentelor contestații trebuie să respecte prevederile HG nr. 470/2007, sub sancțiunea contravențională prevăzută la art. 22 din același act normativ, respectiv trebuie să aibă un conținut de sulf care să se încadreze în limitele stabilite de legiuitorul comunitar prin Directiva 1999/32/CE, transpusă în dreptul național prin acest act normativ.

Consiliul nu va lua în considerare susținerile contestatorilor, potrivit cărora standardul STAS 177 – 89 ar fi unicul act care definește caracteristicile combustibilului tip M și că, prin acesta nu se impun limite pentru conținutul de sulf, deoarece acest STAS trebuie aplicat prin coroborarea cu prevederile HG nr. 470/2007 care reglementează conținutul de sulf acceptabil în conținutul carburanților lichizi utilizați pe teritoriul României sunt obligatorii, nerespectarea lor constituind contravenție și se sancționează cu amendă.

Alegația contestatorului din cadrul adresei nr. 1355/23.10.2015 înregistrată la CNSC sub nr. 20659/26.10.2015 cu privire la faptul că *„se maschează intenția de a cumpăra motorină în loc de păcură (sau combustibil de încălzire tradițional)”* nu poate fi reținută în soluționarea prezentei contestații motivat de faptul că în STAS-ul 177-89, așa cum s-a reținut anterior *„combustibilul pentru încălzire tip M”*, este definit ca fiind constituit din fracțiuni, din intervalul de distilare a **motorinei** (și nu a altui tip de combustibil lichid derivat din petrol, cum ar fi păcura) motiv pentru care autoritatea contractantă a fost obligată să respecte fracțiile de distilare aferente motorinei și nu ale păcurii, fracții stabilite în cadrul HG nr. 470/2007.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă a elaborat, în mod corect, specificațiile tehnice din cuprinsul caietului de sarcini, ținând cont atât de prevederile STAS 177-89 cât și de prevederile HG nr. 470/2007, criticile contestatorilor privind acest aspect urmând a fi respinse.

În ceea ce privește criticile aferente specificației tehnice *„conținut de biocomponent: 0”*, Consiliul urmează a le respinge ca nefondate deoarece:

- nici în cuprinsul STAS 177 – 89 și nici în HG nr. 470/2007 nu este prevăzută posibilitatea combinării fracțiilor petroliere cu biocarburant;

- astfel cum s-a reținut anterior, *„combustibilul lichid pentru uz neindustrial (...) tip M”* se obține, potrivit standardului STAS 177 – 89, *„din fracțiuni petroliere de la distilarea primară a țițeiului și prelucrarea secundară a unor distilate”* și, respectiv, este *„constituit din fracțiuni, din intervalul de distilare a motorinei”*, sintagmă care exclude existența oricărui biocomponent.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată că autoritatea contractantă a respectat prevederile standardului STAS 177 – 89, precizând, pentru produsul care urmează a fi achiziționat, *„conținut de biocomponent: 0”*.

Referitor la încadrarea tarifară 27101943÷47 indicată de autoritatea contractantă în cadrul caietului de sarcini, Consiliul constată că aceasta, reprezintă, potrivit Regulamentului de punere în aplicare (UE) nr. 1101/2014 al Comisiei din 16 octombrie 2014 de modificare a anexei I la Regulamentul (CEE) nr. 2658/87 al Consiliului privind Nomenclatura tarifară și statistică și Tariful vamal comun, caracteristicile *„Motorinei: (...) Destinată altor utilizări:*

2710 19 43: Cu un conținut de sulf de maximum 0,001 % în greutate

2710 19 46: Cu un conținut de sulf de peste 0,001 % dar de maximum 0,002 %

2710 19 47: Cu un conținut de sulf de peste 0,002 % dar de maximum 0,1 %”, astfel combustibilul care reprezintă necesitatea autorității contractante detaliată în cuprinsul caietului de sarcini, respectă fracțiile de distilare definite la art. art. 4 lit. a) din HG nr. 470/2007 și conținutul de sulf stabilit la art. 6 alin. (2) din același act normativ, potrivit căroră *„se admite utilizarea, de la 1 ianuarie 2008, numai a motorinei, inclusiv a motorinei marine, în care conținutul de sulf nu depășește 0,1% în masă”*.

Aplicarea *„ut singuli”* a prevederilor standardului STAS 177 - 89 nu se poate face cu încălcarea de prevederi legale în vigoare care transpun directive europene.

În caietul de sarcini, care reprezintă necesitatea autorității contractante este precizat în mod expres că se dorește achiziționarea *„combustibilului utilizat pentru producerea agentului termic necesar*

încălzirii cazărmilor și apei calde menajere, precum și pentru prepararea hranei”.

Autoritatea contractantă a descris, în mod obiectiv, în cadrul caietului de sarcini care este necesitatea sa, astfel produsele solicitate au următoarele caracteristici *„conținut de sulf max. 0,1%; distilare: distilă la 250°C: max. 65%; distilă la 350°C: min. 85%; vâscozitate cinematică – se acceptă și vâscozitate la 40°C: max. 4,5 cSt; conținut de biocomponent: 0 (...)”.*

Potrivit prevederilor art. 35 alin. (1) și (2) coroborat cu alin. (5) din OUG nr. 34/2006 caietul de sarcini trebuie să conțină în mod obligatoriu specificațiile tehnice, caracteristicile de natură tehnică care să permită fiecărui produs să fie descris în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesităților autorității contractante și să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, precum și caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. a) și art. 4 alin. (3) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

În raport cu prevederile legale antemenționate, rezultă fără putință de tăgadă faptul că autoritatea contractantă nu dorește achiziționarea oricărui combustibil lichid, deoarece necesitatea ei constă în achiziționarea unui combustibil care să fie utilizat pentru *„producerea agentului termic necesar încălzirii cazărmilor și apei calde menajere, precum și pentru prepararea hranei”*, cu respectarea atât a prevederilor comunitare, transpusă în dreptul național prin HG nr. 470/2007 cât și a STAS-ului 177-89.

Niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și, cu atât mai mult, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Astfel fiind, autoritatea contractantă nu are vreo obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care comercializează produse având anumite caracteristici și care nu se încadrează în necesitatea autorității contractante expres detaliată în cadrul caietului de sarcini.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul caietului de sarcini nu au fost impuse participanților anumite specificații tehnice aparține autorității

contractante, aceasta fiind pasibilă de sancționarea sa contravențională de către organele abilitate în domeniu.

Consiliul nu va reține susținerile celor doi contestatori, potrivit cărora încadrarea tarifară 27101943÷47 ar fi restrictivă, respectiv că ar exista o singură societate comercială care produce combustibilul cu încadrarea tarifară 27101943÷47 deoarece, contrar principiului de drept conform căruia „*actori incumbit probatio*” – „*sarcina probei incumbă, în mod exclusiv, reclamantului*”, principiu transpus în dreptul autohton în cadrul dispozițiilor art. 249 cpc, potrivit cărora, referitor la sarcina probei, „*cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege*”, cei doi contestatori se limitează la simple susțineri nedovedite de forma „*singura societate de profil din România care produce combustibili cu încadrare tarifară în categoria motorinelor este Steaua Română Câmpina*”.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondate contestațiile formulate de către SC ... SRL și SC ... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă MINISTERUL APĂRĂRII NAȚIONALE – (UM), urmând ca, pe cale de consecință, să admită cererea de intervenție formulată de SCSA.

În temeiul prevederilor art. 278 alin. (6) va dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea celor decise anterior.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

....

MEMBRU COMPLET

...

Redactat în 10 (zece) exemplare originale, conține 32 (treizecișidouă) pagini.