# CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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


**În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea**

## DECIZIE

**Nr. .../.../...**
**Data: ....**

Prin contestaţia nr. ..../16.09.2016, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ..../19.09.2016, formulată de S.C. ....S.R.L., cu sediul în ...., ...., și punctul de lucru în ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ...., având Cod Unic de Înregistrare ...., reprezentată convenţional prin avocat ...., împotriva documentaţiei de atribuire, elaborată de către ...., cu sediul în ...., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin negociere fără publicarea unui anunţ de participare, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Achiziție de bonuri valorice pentru carburant”, cod CPV: 09132000-3, s-a solicitat anularea procedurii de atribuire.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ..../30.09.2015, ...., cu sediul în ....., reprezentată de ....., cu sediul în ..... a transmis „Cerere de intervenţie”, prin care solicită admiterea cererii de intervenție, respingerea ca inadmisibilă și lipsită de interes a contestației formulate de Standard Heating Oil, anularea contestației precum și respingerea contestației ca neîntemeiată, cu plata tuturor cheltuielilor de judecată generate de prezentul litigiu.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia nr. ..../16.09.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. .../19.09.2016, prin care ofertantul S.C. ....S.R.L., contestă documentaţia de atribuire, elaborată de către ...., în cadrul procedurii de atribuire, prin negociere fără publicarea unui anunţ de participare, organizată în vederea atribuirii contractului de

furnizare având ca obiect „Achiziție de bonuri valorice pentru carburant”, solicitând cele menţionate în partea introductivă a deciziei.

În fapt, contestatorul arată că documentaţia de atribuire a fost publicată pe site-ul ..... în baza Ordin Inițiator nr. 405/2016, autoritatea contractantă intenţionând să achiziţioneze combustibili auto.

Contestatorul învederează că în data de 15.04.2015 prin adresa nr. ...., ANAP a menţionat faptul că, un combustibil auto nu este materie primă şi nu poate fi achiziţionat prin burse private, în baza procedurii de negociere fără publicare de anunţ prealabil.

În acest sens, contestatorul menţionează că şi Curtea de Apel Bucureşti a decis într-o speţă asemănătoare că procedurile de achiziţii carburanţi prin Bursa Română de Mărfuri sunt nelegale, întucât carburanţii nu sunt materii prime.

De asemenea, contestatorul precizează că legislaţia achiziţiilor publice prevede că autorităţile contractante pot achiziţiona prin această procedură doar materii prime de pe pieţele de mărfuri.

Astfel, Bursa Română de Mărfuri nu este o piaţă de mărfuri, întrucât realizează tranzacţii având doar un unic cumpărător, respectiv statul român, prin autorităţile contractante.

Noile prevederi legislative sunt fără echivoc şi nu lasă loc la interpretări, în acest sens menţionând art. 104 din Legea nr. 98/2016, art. 93, art. 94 din H.G. nr. 395/2016, precum şi art. 50 din Directiva U.E. nr. 24/2014.

Contestatorul precizează că organizarea procedurii încalcă principiul eficienţei utilizării fondurilor.

Se menţionează în contestaţie, faptul că nu i s-a permis accesul la licitaţii publice, încălcându-se astfel principiul nediscriminării şi al tratamentului egal.

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

Prin adresa nr. ..../27.09.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. ..../27.09.2016, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestaţie, solicitând respingerea ca nefondată.

În conţinutul punctului de vedere, autoritatea contractantă, referindu-se la adresa ANAP nr. .../15.04.2015, arată că aceasta se află în contradicție cu o adresă precedentă a ANRMAP, respectiv adresa nr. .../2007 în care se afirmă explicit că produsele petroliere (benzine, motorine, combustibil de încălzire, păcură) intră în categoria materiilor prime.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că și Ministerul Economiei a clarificat speţa, furnizând prin intermediul adresei nr. .../27.04.2010 o listă completă de mărfuri fungibile care sunt considerate, în opinia sa, ca produse de bursă.

Pentru a elimina orice fel de interpretare cu privire la calitatea de materie prima a benzinelor, motorinelor, combustibililor de încălzire, etc, ..... s-a adresat ... care prin adresa nr. ..../01.10.2014 a concluzionat că aceste produse intra în categoria materiilor prime.

Autoritatea contractantă menționează că și doamna conf.univ.dr. ....., șef de lucrări la ....., din cadrul ....., a exprimat o opinie similară.

Acest punct de vedere a fost susținut și de doamna expert tehnic judiciar – petrolchimie Natalia Călinescu prin intermediul raportului de expertiză tehnică extrajudiciară din data de 06.08.2015.

Autoritatea contractantă arată că, Legea nr. 98/2016 nu conține nici o definiție derogatorie, înțelesul noțiunii de „materie primă” trebuie raportat la sensul comun.

În acest sens, menționează că își fundamentează punctul de vedere pe baza unor documente oficiale emise de cele mai înalte foruri de expertiză în domeniu, astfel:

*„a) Academia Română, cea mai înaltă autoritate ştiinţifică din România, care s-a exprimat clar în sensul că benzina, motorina şi celelalte produse petroliere derivate sunt materii prime (...);*

*b) Opinia Academiei Române este coroborată, între altele, de către definiţiile general acceptate ale termenului de materie primă (...);*

*c) Un Expert cu 30 de ani vechime ştiinţifică din cadrul Universităţii de Petrol şi Gaze, Facultatea Tehnologia Prelucrării Petrolului, a întărit punctul de vedere oficial al Academiei Române (...)”*

Astfel, combustibilii nu sunt folosiţi ca atare, ci sunt supusi unor transformări urmare a unor procese fizico - chimice. Includerea lor in lege la categoria produse energetice defineşte destinatia acestora (i.e. producerea de energie termica, mecanica, electrica, etc.) prin transformare, deci nu au cum sa fie produse finite.

Deşi termenul de materii prime nu este definit din punct de vedere juridic, se precizează că legislaţia existentă indică în mod clar apartenenţa produselor în cauză (benzină, motorină, combustibili de încălzire) în această categorie.

Astfel, art. $206^{16}$ din Codul Fiscal încadrează aceste produse în categoria produse energetice, acest lucru definind substanţele care prin procesare generează energie, fie ea termică, electrică sau mecanică. Dat fiind că rolul acestor compuşi este de a genera, prin transformare, alt produs, devine clar că rolul acestora este acela de materii prime.

Acelaşi articol al Codului Fiscal plasează în una şi aceeaşi categorie atât combustibilii de încălzire cât şi cei de transport, neexistând nicio diferenţiere a acestora în funcţie de utilitatea lor finală. Prin urmare, singura clasificare juridică a acestor compuşi chimici plasează toate tipurile de combustibili sub aceeaşi categorie juridică de produse energetice, adică de compuşi care prin prelucrare generează diverse tipuri de energie.

Conform definiţiilor existente, combustibilii sunt consideraţi drept substante/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 procesaţi prin ardere, fiind transformaţi într-unul sau mai multe produse finale (energie electrică, energie termică, energie cinetică).

Faptul că substanţa respectivă este supusă unei procesări şi că aceasta constituie doar unul dintre ingredientele necesare procesării infirmă în mod clar teza conform căreia aceste substanţe ar putea fi considerate ele însele produse finite, demonstrând faptul că ele se încadrează în categoria materiilor prime.

În continuare, autoritatea contractantă menționează diferenţele dintre materii naturale, materii prime şi produs finit.

Referitor la afirmația „CURTEA DE APEL BUCUREŞTI a decis într-o speţă identică”, autoritatea contractantă pentru edificare cu privire la ponderea soluţiilor favorabile ..... cu privire la încadrarea benzinei, motorinei și combustibililor de încălzire în categoria materiilor prime, prezintă o lista cu litigiile existente între S.C. ....S.R.L., S.C..... S.R.L. și S.C. ..... S.A.

Referitor la afirmațiile potrivit cărora „actuala legislație a achizițiilor publice prevede că autoritățile pot achiziționa prin această procedură doar materii prime de pe piețele de mărfuri” și că „.... nu este o piață de mărfuri”, autoritatea contractantă menționează că aceste afirmații nu au nici un suport, deoarece:

Prin adresa nr. ..../19.09.2016, ..... a confirmat faptul că autoritățile contractante, entitățile contractante au dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, pentru achiziționarea unor produse cotate, cum ar fi benzina, motorina, etc, prin intermediul burselor de mărfuri, dacă sunt îndeplinite cumulativ mai multe condiții.

S.C. .... S.A. administrează o piață de mărfuri, în conformitate cu prevederile Legii nr. 357/2005 privind bursele de mărfuri, având mai multe ringuri.

În ceea ce privește prevederile noii directive și la impactul acestora cu privire la procedura negocierii fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, autoritatea contractantă precizează că, noua legislație în domeniul achizițiilor publice reconfirmă recunoașterea legalității tranzacționării produselor petroliere prin bursele de mărfuri.

Referitor la pretinsa încălcare a principiului utilizării eficiente a fondurilor, autoritatea contractantă arată că, contestatorul se află într-o evidentă confuzie, generată probabil de insuficienta aprofundare a noii legislaţii în materia achiziţiilor publice, legislaţie în cuprinsul căreia nu se mai regăseşte principiul mai sus amintit.

În concluzie, față de motivele expuse mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate ca nefondată.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..../30.09.2016, ...., a formulat cerere de intervenţie, prin care a solicitat cele menţionate în partea introductivă a deciziei.

Intervenientul precizează rolul și activitatea ....., relațiile cu membrii afiliați, situația societății ....S.R.L., afiliată ..... S.R.L., precum și o succintă expunere a procedurii.

Referitor la admisibilitatea cererii de intervenție principală, intervenientul menționând art. 61 din Codul de Procedură Civilă, arată că dreptul de a achiziţiona produse bursiere prin .... a fost conferit autorităţilor contractante în baza art. 104 din Legea nr. 98/2016.

Întrucât ....a contestat chiar dreptul ....de a organiza procedura derulată de ....., prin formularea cererii de intervenție s-a protejat dreptul propriu. Nerecunoaşterea dreptului de a organiza proceduri de achiziţie pe piaţa la disponibil ar presupune afectarea directă a obiectului

de activitate şi, totodată, pierderi patrimoniale generate de neîncasarea comisioanelor.

În ipoteza în care s-ar considera că cererea de intervenţie principală formulată de ..... nu ar fi admisibilă, aceasta solicită încuviinţarea unei cereri de intervenţie accesorie în favoarea autorităţii contractante.

Astfel, interesul subscrisei de a interveni în litigiul având drept obiect solicitarea de anulare a procedurii organizate de .... pentru atribuirea contractului având drept obiect „Combustibil pe bază de bonuri valorice" este dat de faptul că această procedură urma să fie realizată prin platforma ....., aspect ce aduce beneficii patrimoniale acesteia prin plata unui comision de către furnizorul câştigător.

Totodată, nerecunoaşterea dreptului de a organiza procedura de achiziţii ar afecta în mod direct activitatea Bursei Române de Mărfuri, al cărei obiect de activitate constă şi în asigurarea platformei de tranzacţionare pentru piaţa la disponibil.

Prin această cerere de intervenţie, .... a solicitat respingerea contestației formulate de către S.C. ....S.R.L. ca inadmisibilă, raportându-se la prevederile art. 6 alin. (1), art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 și art. 7 alin. (1) lit. b), coroborate cu art. 144 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. În acest sens, se arată că S.C. ....S.R.L. nu a parcurs procedura prealabilă raportat la data formulării contestației.

Totodată, s-a invocat excepția lipsei de interes, menționând că, .... nu are calitatea de membru afiliat al ..... Astfel, prin adresa nr. ..../03.04.2015, ..... a arătat că aceasta nu îndeplineşte condiţiile de eligibilitate prevăzute în hotărârea nr. ..../23.03.2015. ....nu a mai formulat nicio altă cerere de acordare a calităţii de membru afiliat al .....

Drept urmare, atâta vreme cât eventuala admitere a contestaţiei nu aduce ....vreun beneficiu născut, actual şi concret, .... solicită respingerea acesteia ca lipsită de interes, în temeiul art. 33 C.pr.civ.

De asemenea, raportându-se la prevederile art. 10 lit. f), art. 11 alin. (1) a Legii nr. 101/2016, intervenientul solicită anularea contestației pentru neindicarea motivelor de fapt și drept în cuprinsul contestației.

Intervenientul precizează că, combustibilii se încadrează în categoria „produselor cotate și achiziționate pe o piață de mărfuri”, astfel posibilitatea autorităţii de a organiza pe platforma ..... proceduri de atribuire având ca obiect furnizarea de combustibil pe bază de bonuri valorice rezultă explicit din lege, respectiv art. 104 alin. (5) lit. c) din Legea nr. 98/2006, precum și adresa nr. .../19.09.2016 emisă de .....

În opinia intervenientului, argumentațiile contestatorului din cuprinsul contestației sunt fundamentate pe prevederile vechii legislații, care se raporta în mod direct la terminologia de „materii prime”, cu omiterea cerinţelor ca produsele pentru care se organizează licitaţia să fie cotate şi achiziţionate pe o piaţă de mărfuri. Condiţia existenţei unei pieţe de mărfuri pe care să fie cotate şi achiziţionate produsele ce fac obiectul licitaţiei, primează.

Redând înțelesul noțiunii de „materie primă”, intervenientul susține că argumentația contestatorului nu se susține. Raportat la definiţii, se arată că orice combustibil se înscrie în sfera noţiunii de „materie primă". Indiferent de utilizarea lor, combustibilii sunt materii prime consumabile

care contribuie, prin ardere, la producerea altui produs: energie termică, respectiv gaze de ardere C02 şi energie mecanică.

Invocarea de către .... unei adrese ANRMAP purtând nr. .../15.04.2015 nu validează susţinerile contestatorului. De altfel, prin adresa nr. ..../2007, ANRMAP a emis un punct de vedere contrar, în care afirma explicit că produsele petroliere (benzine, motorine, combustibili de încălzire, păcură) intră în categoria materiilor prime.

În sensul susținerii celor afirmate anterior, intervenientul menționează jurisprudența inițiată de CNSC și confirmtă prin practica curților de apel.

În drept, intervenientul menționează art. 68 al Legii nr. 101/2016, art. 61, art. 62 și art. 63 C.pr. civ., iar în probaţiune anexează înscrisuri.

Prin adresa nr. ....., Consiliul a invitat .... să consulte documentele aflate în dosarul cauzei nr. 2015/2016.

Ulterior studierii dosarului achiziției publice la sediul Consiliului, S.C. .... a formulat concluzii scrise, în data de 06.10.2016 prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ..../07.10.2016, prin care reiterează și detaliază, totodată, solicitările și argumentele din cuprinsul cererii de intervenție.

Din documentele depuse de părţi şi din susţinerile acestora, Consiliul constată următoarele:

...., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin negociere fără publicare de anunţ prealabil, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Achiziție de combustibili auto pe baza bonurilor valorice”, prin publicarea pe site-ul ....S.A. a Ordinului Iniţiator nr. 405/2016.

În conformitate cu prevederile art. 64 şi art. 66 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, Consiliul califică cererea de intervenție, formulată de ...., ca fiind accesorie în interesul autorității contractante și o va analiza împreună cu contestația formulată de S.C. ....S.R.L.

În continuare, Consiliul va analiza cu prioritate excepțiile invocate de intervenient, potrivit art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În ceea ce privește excepția inadmisibilității contestației, Consiliul o va respinge având în vedere următoarele:

Potrivit dispoziţiilor art. 7 alin. (1) lit. b), coroborate cu cele ale art. 144 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, publicarea anunţului de participare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene este obligatorie în situaţia în care valoarea estimată a contractului de achiziţie publică de servicii este mai mare sau egală cu pragul valoric de 600.129 lei.

Potrivit prevederilor fişei de date a achiziţiei, valoarea estimată, fără TVA, a contractului este de 333.333,33 lei, respectiv sub pragul valoric legal sus-amintit.

Ca atare, termenul legal de formulare a notificării prealabile este cel prevăzut de art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, respectiv 5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în speţă, documentaţia de atribuire publicată pe pagina oficială de internet a .....

Aşadar, termenul legal de formulare a notificării prealabile era de 5 zile începând cu 06.09.2016, data publicării documentaţiei de atribuire pe pagina oficială de internet a ...., respectiv 12.09.2016.

....a formulat notificarea prealabilă la data de 09.09.2016, transmisă prin poștă la aceeași dată, deci în termenul legal prevăzut de Legea nr. 101/2016.

Ca atare, notificarea prealabilă formulată de ....nu este tardivă, deci contestația nu este inadmisibilă.

Consiliul respinge excepția lipsei de interes a contestației, invocată de intervenient, deoarece:

Conform art. 2 din Legea nr. 101/2016:

*(1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.*

Conform art. 8 din Legea nr. 101/2016:

*(1) Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum şi oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim.*

Având în vedere prevederile legale de mai sus, orice operator economic poate depune contestație la procedurile organizate de BRM, chiar dacă nu este membru afiliat al bursei.

De asemenea, afirmația intervenientului potrivit căreia, „contestația ....este nulă pentru neindicarea motivelor de fapt și de drept”, nu este întemeiată, deoarece:

- Consiliul a analizat contestația depusă și a constatat că au fost respectate dispozițiile art. 10 din Legea nr. 101/2016;
- în caz contrar, Consiliul ar fi pus în aplicare prevederile art. 11 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Totodată, contrar celor afirmate de intervenient, contestatorul a anexat la contestație dovada notificării prealabile a autorității contractante.

Împotriva documentaţiei de atribuire, S.C. ....S.R.L. a depus, în termen legal, prezenta contestaţie.

Analizând criticile formulate de S.C. .... S.R.L., Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care autoritatea contractantă a întocmit documentaţia de atribuire în discuţie. Astfel, S.C. ... S.R.L. este nemulţumită de procedura de atribuire prin „negociere fără publicare de anunț prealabil”, organizată de ...., prin intermediul ....S.A., în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „combustibil (motorină euro 5 și benzină) pe bază de bonuri valorice”, susţinând că este una

nelegală, deoarece se încalcă prevederile art. 104 din Legea nr. 98/2016, respectiv:
*(5) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare pentru atribuirea contractelor de achiziţii publice de produse într-unul din următoarele cazuri:*
*c) pentru produsele cotate şi achiziţionate pe o piaţă de mărfuri, cum ar fi produsele agricole, materiile prime şi bursele de energie, în cazul în care structura multilaterală de tranzacţionare reglementată şi supravegheată garantează în mod natural preţurile pieţei*, ori combustibilii auto, în opinia contestatorului, nu sunt materii prime, ci produse finite.

S.C. ..... S.R.L. solicită anularea procedurii *„pe motiv de nelegalitate*".

Referitor la fondul cauzei, Consiliul va proceda la soluţionarea contestaţiei formulate, analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat documentaţia de atribuire, cu luarea în considerare a legislaţiei în vigoare în domeniul achiziţiilor publice şi a argumentelor transmise de către petenţi.

Datele speţei pe scurt sunt următoarele:

Obiectul contractului supus procedurii de atribuire în cauză îl constituie, astfel cum a fost specificat în cadrul Ordinului iniţiator nr. 405/2016, achiziţionarea a 80.000 de litri de carburant (60% motorină, 40% benzină).

Aşadar, problema ce se impune a fi dezlegată este aceea dacă procedura aleasă de către autoritatea contractantă de „negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare", ţinând seama de obiectul contractului ce se va încheia, a fost aleasă în acord cu prevederile legale, ori autoritatea contractantă avea obligaţia de a uza de una dintre procedurile competitive (licitaţie deschisă, licitaţie restrânsă sau negocierea competitivă).

În soluţionare, Consiliul se va raporta la următoarele prevederi legale incidente în cauză:
- art. 104 din Legea nr. 98/2016, în considerarea cărora contestatorul apreciază că procedura organizată nu este una legală;
- art. 93 din HG nr. 395/2016, conform căruia:
*Înainte de iniţierea procedurii de negociere fără publicare prealabilă, autoritatea contractantă are obligaţia de a verifica întrunirea condiţiilor prevăzute la art. 104 din Lege şi să justifice încadrarea într-una dintre situaţiile respective.*
- art. 94 din HG nr. 395/2016, potrivit căruia:
*Iniţierea procedurii de negociere fără publicare prealabilă se realizează prin transmiterea unei invitaţii de participare la negocieri, însoţită de documentaţia de atribuire, către unul sau, ori de câte ori este posibil, către mai mulţi operatori economici.*

În respectarea art. 93 din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă a întocmit nota nr. ..../10.08.2016 privind alegerea procedurii și adresa nr. ..../11.08.2016 (Strategie de contractare) prin care justifică alegerea procedurii.

În respectarea art. 94 din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă menționează în adresa nr. ..../20.09.2016, transmisă contestatorului, că la procedură au fost invitați ....., câștigător fiind Rompetrol.

Totodată, prin adresa nr. …./14.09.2016 ….. informează autoritatea contractantă de faptul că la procedurile organizate de bursă a mai participat și …...

Din lecturarea prevederilor legale mai sus enunţate, rezultă că autorităţile contractante pot încheia contracte utilizând procedura de *„negocire fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare*", prin intermediul bursei de mărfuri, atunci când obiectul contractului ce se va încheia constă în achiziţionarea de „*materii prime*".

Prin urmare, este necesar să se stabilească dacă produsul pe care doreşte autoritatea contractantă să-l achiziţioneze, respectiv „motorină Euro 5 și benzină", se circumscrie noţiunii de „materie primă", controversă ce stă la baza prezentului litigiu şi de a cărei lămurire atârnă legalitatea procedurii organizate.

Raţionamentul conturat de societatea contestatoare potrivit căruia *„ANAP (fost ANRMAP) a decis în data de 15.04.2015 prin adresa nr. ..... că un combustibil auto nu este materie primă şi nu poate fi achiziţionat prin burse private, în baza procedurii de negociere fără publicare de anunţ prealabil*", nu este judicios în cauză şi nu va fi reţinut de Consiliul în soluţionare ca fiind relevant din următoarele considerente:

- este demn de reţinut în soluţionare Punctul de vedere al ....., înregistrat sub nr. .../01.10.2014, elaborat la solicitarea ....S.A. de a prezenta o opinie referitoare la noţiunea de „materie primă", din cuprinsul căruia, Consiliu reţine următoarele aspecte:

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

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

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

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

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

*Generic, materiile prime sunt incluse în categoria factorilor de producţie, alături de muncă şi capital.*

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

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

*În concluzie, termenul de « materie primă» se referă la factorii de producţie extraşi/preluaţi din natură, iar actul de extragere/preluare este un prim proces de muncă. (...)*
*Didactic, astăzi materiile prime desprinse din natură sau rezultat al industriilor extractive intră în circuitul comercial şi ulterior sunt transformate prin industria prelucrătoare.*
*De obicei, asupra bunurilor din natură omul acţionează o singură dată, iar asupra celorlalte materii prime el poate acţiona succesiv de mai multe ori, prin procese de prelucrare distincte, independente, în cadrul fiecăruia intrările/imputurile putând fi considerate şi denumite materii prime.*
*Materiile prime pot fi: **de bază** – care se regăsesc din punct de vedere material în corpul noului produs finit (metalul sub formă de fontă sau oţel, care reprezintă materie primă pentru obţinerea diverselor maşini, utilaje, instalaţii etc, lemnul de mobilă etc); auxiliare – care sunt consumate de mijloacele de muncă (uleiuri, lubrifianţi), care se adaugă produselor finite pentru anumite transformări (vopsele, substanţe chimice) sau sunt necesare pentru crearea condiţiilor de desfăşurare a proceselor de prelucrare a unor bunuri sau pentru anumite servicii (combustibil, energie electrică).*
*În practica economică, de regulă, materiile auxiliare sunt incluse în materiile prime iar unele materii prime sunt incluse la combustibili.*
*Din punct de vedere al stadiului de prelucrare prin care au trecut, există **materii prime primare** – care au parcurs un singur proces de muncă (produse ale industriei extractive şi ale agriculturii); **materii prime derivate** – care sunt rezultatul unor prelucrări succesive ale materiilor prime (materii prime industriale minerale – petrol, cărbune, sare; materii prime industriale sintetice – fire şi fibre sintetice, mase plastice, cauciuc sintetic; materii prime agricole vegetale şi animale). (...)*
*În literatura economică, există variate abordări ataşate conceptului de materii prime, prezentându-se inclusiv evoluţia temporară a unor definiţii. De pildă, Christian Petersen (Conjecture Corporation, 2014) arată că termenul de materii prime este utilizat uneori pentru a descrie numai acele materiale care se regăsesc în natură, dar în realitate materiile prime industriale reprezintă orice tip de materiale de bază utilizate pentru a produce un produs sau a furniza un serviciu. (...)*
*Cel mai des utilizată grupare este în 2 categorii: **consumabile**, cum ar fi combustibilii specifici diferitelor industrii şi **apa şi materiale**, care se convertesc total sau parţial în produse, cum ar fi lemnul, cerealele etc.*
***Materiile prime consumabile, reprezintă una din categoriile importante de materii prime**. Toate industriile au nevoie de energie pentru funcţionarea diferitelor maşini şi fabrici. Cărbunele, gazul natural, electricitatea, păcura, combustibilii de încălzire şi în unele cazuri lemnul de foc, fac parte din această categorie. Industria oţelului, de exemplu, utilizează cantităţi importante de cărbune pentru furnalele lor, în timp ce alte industrii, cum ar fi cele de producere a ceramicii, consumă lemn în cuptoare. Lemnul este utilizat ca şi carburant de multe restaurante, distilării şi producătorii de mangal, pentru că acesta reprezintă nu numai un combustibil ci şi un material care se converteşte în produs final. **Combustibilii precum benzina şi motorina sunt utilizaţi la***

***motoarele cu ardere internă pentru transformarea în energie termică, iar acesta la rândul său în energie cinetică, ca de exemplu la mijloacele de transport****, în timp ce combustibilii de încălzire sunt transformaţi în energie termică. (...).*

- opinia … este îmbrăţişată şi de d…., în calitate de ….., care a elaborat un punct de vedere referitor la solicitarea ....S.A. referitor la încadrarea unor produse petroliere din cuprinsul căruia, Consiliul reţine următoarele aspecte:

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

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

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

*(...)*

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

*În concluzie, derivatele de produse petroliere: benzina, motorina şi unii combustibili lichizi (păcură, combustibil tip M, combustibil lichid uşor tip III) prin utilizarea lor drept carburanţi în motoarele auto şi respectiv drept combustibili pentru centrale termice devin din produse finite materii prime, atunci când sunt destinate a fi supuse unor transformări chimice aşa cum sunt reacţiile de ardere ce duc la obţinerea de gaze de ardere şi energie mecanică sau termică”*;

- acest punct de vedere a fost "validat" și de doamna expert tehnic judiciar - petrochimie ..... prin intermediul raportului de expertiză tehnică extrajudiciară nr. .... din data de 07.08.2015, în care se menționează:

*„Obiectivul expertizei: Dacă produsele benzină și motorină se pot încadra în categoria materiilor prime.*

*Benzina si motorina se utilizeaza:*

- *drept combustibili/carburanti auto;*
- *motorina este intrebuintata mai ales - drept combustibil pentru motoare si instalatii termice cu injectoare;*
- *cantitati mari de benzina ca materie prima se folosesc in industria petrochimica, in vederea obţinerii diverşilor compuşi derivaţi (ex. etena, propilena,etc);*
- *ca materie prima, motorina se foloseste la cracarea termica si catalitica împreuna cu pacura si petrolul lampant, in vederea obţinerii benzinei de sinteza (pe langa benzina de distilare);*

- *degresant la spalarea pieselor de la maşini;*
- *diluant/dizolvant la vopsele ;*
- *solvent pentru extractia uleiurilor alimentare;*
- *lubrifiant pentru maşini frigorifice;*
- *component lichid pentru fabricarea unsorilor, etc.*

*Noţiunea de materie prima este definita in diverse dicţionare, complexitatea acestui concept fiind descrisa de catre ..... prin adresa .... Se pot distinge doua categorii de materii prime:*

- *materii prime directe - sunt cele incorporate direct in produsul final, regasindu-se parţial sau integral;*
- *materii prime indirecte - sunt consumate in timpul procesului de producţie / procesului de transformare, neregasindu-se in produsul finit (ex. combustibili, lubrifianti, energie electrica, apa, etc.).*

*Materiile prime pot fi considerate acele produse naturale sau semifabricate care sunt destinate:*

- *prelucrării, sau*
- *supuse unei transforman chimice ulterioare, pentru producerea unui alt bun.*

*Se subliniaza faptul ca materiile prime si resursele naturale sunt noţiuni distincte.*

*Produsul finit - acel bun care de preferinţa este consumat si nu este folosit la producerea unui alt bun. Se foloseste ca atare mai departe, fara a suferi transformări chimice (de exemplu o pereche de pantofi, sunt purtati fara a mai suferi schimbări de compoziţie sau transforman chimice). Un produs finit / subprodus poate deveni materie prima intr-un alt proces tehnologic, daca ulterior suferă transformări chimice ce duc la obţinerea unui alt produs.*

*Asupra bunurilor din natura, omul actioneaza de obicei o singura data, iar asupra celorlalte materii prime industriale poate acţiona succesiv de mai multe ori, prin procese de prelucrare distincte / independente, in cadrul fiecaruia, acestea fiind considerate si denumite materii prime.*

*Materiile prime sunt grupate adesea in doua categorii:*

- *consumabile - categorie importanta, toate industriile avand nevoie de energie (ex. combustibili specifici diferitelor industrii, inclusiv benzina si motorina);*
- *apa si materiale - care se convertesc total sau parţial in produse.*

*In motorul auto, se formeaza un amestec de gaz combustibil cu aer care se aprinde de la o scânteie, si are loc un process chimic (arderea) ce se propaga prin tot volumul gazului.*

*Procesul chimic ce are loc in motorul auto este următorul:*

*Benzina/Motorina + $O_2$ reacție de oxidare totală $CO_2$ + $H_2O$ + energie mecanica (caldura).*

*Daca arderea nu este totala, in funcţie de raportul molar dintre Hidrocarburi (benzina, motorina) : Oxigen pot rezulta si carbon (C), monoxid de carbon (CO), ca produse secundare (de ardere).*

*Energia mecanica (căldură) obtinuta, se transforma in lucru mecanic, datorita caruia functioneaza motorul (se deplaseaza autovehiculul). Ca urmare,* ***benzina si motorina sunt materii prime atunci cand sunt utilizate drept carburanţi in motoarele auto cu aprindere prin***

***scânteie sau prin compresie, deoarece sunt supuse unor procese chimice / transformari in timpul procesului de combustie****.*

*Conform legii conservării masei si principiului intai al termodinamicii, benzina si motorina se vor regăsi sub forma de bioxid de carbon, apa, gaze de ardere si lucru mecanic (obtinut prin conversia căldurii de reacţie) necesar funcţionarii motoarelor.*

***Argumente privind faptul ca benzina si motorina sunt materii prime:***

*- cărbunele (utilizat in motoarele cu aburi ale locomotivelor de epoca) este materie prima, prin transformarea sa in energie cinetica; similar, benzina si motorina (utilizate in motoarele auto) sunt materii prime prin transformarea lor in bioxid de carbon, apa, gaze de ardere si lucru mecanic (obtinut prin conversia căldurii de reacţie);*

*- gazul petrolier lichefiat (GPL), utilizat drept combustibil in motoarele auto, este materie prima; similar, benzina si motorina (utilizate in motoarele auto) sunt materii prime prin transformarea lor in bioxid de carbon, apa, gaze de ardere si lucru mecanic (obtinut prin conversia căldurii de reacţie);*

*- benzina si motorina sunt materii prime de baza in industria petrochimica, unde prin diverse procese tehnologice (ex. piroliza) se obţin produse organice (etena, propilena, etc...);*

*- benzina si motorina sunt materii prime in industrie prin utilizarea lor ca solvent, diluant, ele intrând in diverse procese tehnologice, suferind transformări sau pot fi utilizate ca si materiale auxiliare;*

*- benzina si motorina sunt materii prime fiind utilizate pentru obţinerea unui anumit tip de energie, urmând un proces de transformare.*

*- Legea 571/2003 privind Codul fiscal, secţiunea 4(alin. 4 si 5) stipulează că „produsele energetice sunt supuse unei accize daca sunt destinate a fi utilizate, puse in vânzare ori utilizate drept combustibil pentru încălzire sau combustibil pentru motor... ", cu alte cuvinte combustibilii de motor nu sunt separaţi de cei de încălzire.*

*Materiile prime cat si produsele finite sunt definite in standarde tehnice de calitate, prin anumite caracteristici, proprietati fizico-chimice, condiţii tehnice determinate prin analize conforme cu STAS-urile in vigoare. Acest lucru insa, nu face diferenţa intre materii prime si produse finite.*

*Fiecare tip de benzina sau motorina este caracterizat si insolit de un normativ de calitate / specificaţie tehnica referentiala / declaraţie de conformitate, emise de producător pentru vanzarea lor si sunt in conformitate cu STAS-urile naţionale / europene in vigoare, respectiv:*

*- SR EN 228/2004 pentru benzine;*

*- SR EN 590/2004 pentru motorine.*

*Benzina, respectiv motorina, pentru rafinaria care le-a produs, reprezintă produse finite pentru vanzare.*

*Ele devin materii prime atunci cand sunt utilizate in industrie, inclusiv atunci cand sunt utilizate drept combustibili / carburanţi in motoarele auto.*

*Cap.3. CONCLUZII*

*3.1. Combustibilii benzina si motorina, utilizati drept carburanţi la motoarele auto, sunt materii prime ce se transforma printr-un proces*

*chimic (reacţie de oxidare totala) in alti produşi: bioxid de carbon, apa, gaze de ardere si lucru mecanic (obtinut prin conversia căldurii de reacţie).*
*3.2. Normativele de calitate referenţiale, specificaţiile tehnice (ST) si declaraţiile de conformitate ale producătorilor de benzina si motorina definesc aceste produse pentru vanzarea lor, urmând ca acestea sa reintre in diverse procese chimice / tehnologice / transformări, ca si materii prime consumabile.*
*3.3. Expertiza considera ca simplu enunţ al conceptului de materie prima din legislaţia care reglementează achiziţiile publice este insuficient (nefiind definit) si poate conduce la interpretări eronate*."
Anap
- prin adresa nr. ..../19.09.2016, ..... a confirmat faptul că autorităţile contractante/entităţile contractante au dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare/procedura de negociere fără invitaţie prealabilă la o procedură concurenţială de ofertare, pentru achiziţionarea unor produse cotate, cum ar fi benzina, motorina, etc, prin intermediul burselor de mărfuri. În această adresă se menționează:
*„Art. 104 alin. (5) lit. c) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice şi art. 117 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale conferă dreptul unei autorităţi/entităţi contractante de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare pentru achiziţionarea de produse cotate şi achiziţionate pe o piaţă de mărfuri, cum ar fi produsele agricole, materiile prime şi bursele de energie, în cazul în care structura multilaterală de tranzacţionare reglementată şi supravegheată garantează în mod natural preturile pieţei.*
*O primă condiţie pentru a fi aplicabile prevederile art. 104 alin. (5) lit. c) din Legea nr. 98/2016 sau cele ale art. 117 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, o constituie îndeplinirea în mod cumulativ următoarele condiţii:*
*a) să existe o piaţă de mărfuri sau tranzacţionarea să se realizeze prin intermediul unei pieţe de mărfuri;*
*b) produsele tranzacţionate să fie cotate;*
*c) structura multilaterală de tranzacţionare este reglementată şi supravegheată, şi garantează în mod natural preţurile pieţei".*

Or, SC ..... SA administrează o piaţă de mărfuri, în conformitate cu prevederile Legii nr. 357/2005 privind bursele de mărfuri, având mai multe ringuri (produse petroliere, energie electrică, gaze naturale, cereale, mărfuri generale, materiale de construcţii, certificate C02).

Toate produsele ce se tranzacţionează pe ringuri sunt cotate (cotaţiile sunt publice, fiind postate pe site-ul www.brm.ro) - art. 1 alin. (6) din Legea nr. 357/2005 prevede că „*Bursele de mărfuri difuzeaza in Romania si in alte tari informaţii privind preţul de piaţa pentru mărfuri si derivatele acestora*."

SC ..... SA este o structură multilaterală de tranzacţionare reglementată şi supravegheată care garantează în mod natural preţurile pieţei (este o piaţa foarte transparentă, pe care preţul se formează natural, ca urmare a cererii şi ofertei).

Tot în această adresă, se menționează:

*„O a două condiţie pentru aplicarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare este cea prevăzută de recitalul (50) din Directiva 2014/24/UE, respectiv recital (61) din Directiva 2014/25/UE, care indică faptul că procedurile de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare ar trebui utilizate doar în circumstanţe excepţionale, având în vedere efectele negative asupra concurenţei. Astfel, o procedură de achiziţii nu este utilă în cazul în care produsele sunt achiziţionate direct de pe o piaţă de mărfuri, inclusiv de pe platforme de tranzacţionare pentru mărfuri, cum ar fi produsele agricole, materiile prime şi bursele de energie, în cazul în care structura multilaterală de tranzacţionare reglementată şi supravegheată garantează în mod natural preţurile pieţei.*

*Pe cale de consecinţă, autorităţile/entităţile contractante au dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare pentru achiziţionarea, prin intermediul burselor de mărfuri, de produse cotate, cum ar fi benzina, motorina etc., în măsura în care situaţia existentă se încadrează în excepţia reglementată de fiecare din cele doua prevederi legale mai sus menţionate”.*

- Comisia Europeană, prin adresa (2015)6020087 din 23.12.2015, cu referire la interpretarea art. 31 (2) din Directiva 2004/18/EC, confirmă legalitatea tranzacţiilor în ringul produselor petroliere al pieţei la disponibil organizată de ..... SA, respectiv a procedurilor realizate la ordinul inițiator al autorităților contractante, astfel:

*„Conform articolului 31 (2)(c) din Directiva 2004/18/EC si conform articolului 32(3)(e) din Directiva 2014/24/EU, este posibilă folosirea procedurii de negociere fără publicare prealabilă a unui anunţ de participare în cazul în care produsele sunt cotate şi achiziţionate pe o "piaţă de mărfuri" ("commodities market", în engleză "bourse des matières premières" în franceză).*

*Având în vedere că reprezintă o derogare de la principiul general al transparenţei consacrat de directivele din domeniul achiziţiilor publice, această prevedere este de strictă interpretare, excluzând orice extindere a sferei de aplicare a acesteia la alte categorii de bunuri care nu se încadrează, în mod tradiţional, în categoria bunurilor cotate si achiziţionate pe o piaţă de materii prime.*

*Pentru a permite achiziţiile pe o piaţă de materii prime, conform directivelor în vigoare în materia achiziţiilor publice, trebuie îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiţii:*

- *bunurile sunt cotate şi tranzacţionate în mod tradiţional pe o piaţă de materii prime;*
- *preţurile bunurilor achiziţionate sunt rezultatul concurenţei şi al dinamicii deschise a pieţelor;*
- *preţurile se formează independent de necesităţile în materie de achiziţii ale guvernelor naţionale sau ale autorităţilor contractante, întrucât, în general, pieţele au un caracter internaţional şi nu există riscul discriminării.*

*Considerentul 50 din Directiva 2014/24/EU, deşi nu are un echivalent în Directiva 2004/18/EC, poate servi ca argument în cazul de faţă, având in vedere că prevederile privind posibilitatea achiziţionării de produse cotate*

*şi achiziţionate pe o piaţă de materii prime sunt similare în cadrul ambelor directive. În plus, în cazul situaţiilor menţionate de dumneavoastră şi supuse analizei Comisiei, vor fi incidente prevederile noilor directive.*
*Considerentul 50 din Directiva 2014/24/EU oferă indicii cu privire la bunurile care pot fi achiziţionate în mod direct de pe o piaţă de materii prime, referindu-se la bursele de energie şi alte platforme unde se tranzacţionează produse agricole şi diverse materii prime. În aceste cazuri, structura multilaterală de tranzacţionare reglementată şi supravegheată garantează în mod natural preţurile pieţei.*
*Materii prime de bază precum porumbul, grâul, petrolul, gazele naturale, electricitatea, sunt tranzacţionale în mod obişnuit pe aceste pieţe. În cazul în care există platforme de tranzacţionare consacrate pentru motorină, benzină sau păcură care garantează formarea preţurilor în condiţii de concurentă deplină, considerăm că autorităţile contractante ar putea folosi aceste structuri pentru a-şi procura necesarul de resurse, în conformitate cu directivele europene în materia achiziţiilor publice".*

Prin urmare, atât directiva anterioară (2004/18/EC) cât şi cea aplicabilă la acest moment (2014/24/EU), transpusă în legislaţia naţională prin Legea nr. 98/2016 şi Legea nr. 99/2016, au consacrat dreptul autorităţilor contractante de a achiziţiona materii prime prin intermediul pieţelor de mărfuri, utilizând procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare.

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

*„În contextul creat de prevederile mai sus invocate, punctul de referinţă în determinarea tipurilor de produse ce pot fi achiziţionate potrivit prevederilor articolelor în cauză ar trebui să-l constituie definiţia materiilor prime.*
*Potrivit lucrărilor de specialitate în domeniul tehnologiei industriale, **materiile prime** pot fi considerate acele produse naturale extrase dintr-o anumită resursă.*

*<u>În raport cu produsul obţinut, acestea (n.n. materiile prime) pot fi **de bază**, regăsindu-se în componenţa produsului mai mult sau mai puţin transformate, sau **auxiliare,** ce contribuie la fabricarea produsului, dar nu se regăsesc în acesta, cum ar fi produsele petroliere de genul **benzine**, motorine, lubrifianţi, combustibili de încălzire, păcură, bitum.</u>*
*În funcţie de proveniența lor, materiile prime pot fi naturale, respectiv vegetale, animale şi minerale, obţinute prin exploatarea unor resurse naturale, ca de exemplu cereale, cartofi, animale în viu şi carcase, lapte, minereuri de fier, cărbuni (lignit, huilă), ţiţei, gaze naturale, nisip, pietriş, sare, lemn, sau **semifabricate**, respectiv produse ale unui alt proces de fabricaţie realizat anterior, utilizate acum ca materii prime, de exemplu făină, derivatele primare ale lemnului (cheresteaua, conglomeratele), fibrele textile, cimentul, criblura etc."*

Constatând asigurarea cerinţei mediului concurenţial, de către bursele de mărfuri, se înlătură definitiv posibilitatea unor interpretări

contrare, sens în care s-a statuat că achiziţia de produse petroliere poate avea loc pe piaţa la disponibil organizată de o bursă de mărfuri, având în vedere că bursa este o structură care asigură derularea tranzacţiilor într-un mediu concurenţial, transparent, dinamic, eficient, conform legii, de natură a satisface imperativul realizării exclusiv a intereselor legitime ale agenţilor economici care practică o concurenţă onestă.

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

Urmând acest proces de transformare, Consiliul apreciază că nu se mai poate considera că ne aflăm în faţa achiziţionării unui produs finit, aşa cum în mod eronat susţine societatea contestatoare, ci în faţa achiziţionării unei materii prime.

Este adevărat că produsul „motorina Euro 5 și benzină” poate fi considerat produs finit, însă această calitate o are în raport cu procesul de producţie din care a rezultat, iar nu în raport cu procesul în care îl va utiliza autoritatea contractantă. Cu alte cuvinte, combustibiliul în discuţie poate fi considerat produs finit sau materie primă în raport cu ceea ce s-a dorit a se obţine în procesul de transformare, respectiv Motorină Euro 5/benzină sau tipul de energie pe care doreşte autoritatea contractantă să-l obţină.

Cum în prezenta procedură combustibilul ce se doreşte a fi achiziţionat se circumscrie noţiunii de materie primă, rezultă că autoritatea contractantă are dreptul, în lumina dispoziţiilor art. 104 alin. 5 lit. (c) din Legea nr. 98/2016, de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare pentru achiziţionarea de materii prime cotate la bursele de mărfuri, achiziţia acestora realizându-se ca urmare a tranzacţiilor de pe piaţa de mărfuri.

Susţinerile societăţii contestatoare vizavi de faptul că în cuprinsul adresei nr. .../15.04.2015 emisă de ANRMAP (ANAP), se menţionează printre alte aspecte faptul că combustibilii auto sunt produse finite, nu pot fi reţinute de Consiliu ca fiind relevante în soluţionare, atâta vreme cât, aşa cum a fost mai sus reţinut, punctul de vedere al acestei instituţii s-a aliniat la opiniile de specialitate ale instituţiilor competente în furnizarea unor răspunsuri vizavi de încadrarea combustibililor auto în categria materiilor prime.

În esenţă, nu există nicio raţiune pentru care să se considere combustibilul lichid pentru încălzire ca asimilat unei materii prime auxiliare semifabricate, iar combustibilii auto să nu fie consideraţi la fel, de vreme ce sunt deopotrivă „combustibili” şi sunt folosiţi la obţinerea unor diverse tipuri de energii.

Sunt juste argumentele menţionate de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere formulat, care au stat la bauza deciziei de aplicare a dispoziţiilor art. 104 lit. (c) din Legea nr. 98/2016, respectiv:
*„Conform definiţiilor existente, combustibilii sunt consideraţi drept substante/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 procesaţi prin ardere, fiind transformaţi într-unul sau mai multe produse finale (energie electrică, energie termică, energie cinetică).*
*Faptul că substanţa respectivă este supusă unei procesări (ea având tocmai acest rol) şi că aceasta constituie doar unul dintre ingredientele necesare procesării (celălalt fiind comburantul) infirmă în mod clar teza conform căreia aceste substanţe ar putea fi considerate ele însele produse finite, demonstrând faptul că ele se încadrează în categoria materiilor prime.*
*Diferenţa dintre materii naturale, materii prime şi produs finit*
*1. Produse naturale sau materii prime primare = materii care se regăsesc în starea lor naturală, produse ale industriei extractive şi ale agriculturii (ex. ţiţei, zahăr brut, seminţe de consum)*
*Sunt incluse în categoria materiilor prime*
*Nu toate materiile prime sunt materii naturale*
*2. Materii prime derivate = produsul unor transformări succesive ale materiilor prime (ex. fibre sintetice, benzină), care pot fi supuse unei procesări pentru a genera un produs aflat mai departe pe lanţul de producţie*
*Întrebarea în funcţie de care decelăm dacă o substantă este materie primă = este procesată în continuare sau este folosită ca atare? Altfel spus, se află această substanţă la finalul lanţului de producţie?*
*În cazul combustibililor, rolul acestora este tocmai de a fi procesaţi, prin ardere, în diverse forme de energie.*
*Combustibilii au o utilitate economică doar atunci când nu sunt procesaţi prin ardere. Ei sunt prin excelenţă o materie primă derivată.*
*Includerea combustibililor în categoria materiilor prime este o chestiune ontologică, nu teleologică. Ţine de structura şi utilitatea acelui material şi de măsura în care poate fi procesat, nu de scopul pentru este procesat sau de produsul rezultat în urma procesării.*
*3. Produsele finite rezultate în urma procesării combustibililor:*
*În cazul combustibilului de încălzire - energie termică folosită pentru încălzire*
*În cazul combustibilului de transport -*
*i. energie cinetică, folosită pentru deplasare*
*ii. energie termică, folosită pentru încălzirea habitaclului sau, în cazul generatoarelor auxiliare, pentru generare de agent termic*
*iii. energie electrică, folosită pentru sistemele electrice ale vehiculului sau, în cazul generatoarelor auxiliare, pentru iluminat etc.*
*Observăm aşadar că atât combustibilul de încălzire cât şi cel de transport generează, prin procesare, energie termică. În egală măsură, atât acţiunea de încălzire cât şi cea de deplasare în spaţiu sunt produse finite care au drept cauză eficientă combustibilii, generate deliberat ca urmare a procesului de procesare a acestora din urmă şi având utilitate economică explicită.*
*Indiferent de forma sa, energia constituie un bun material cu utilitate economică, adică un produs care este rezultat în urma procesării unor materii prime (în acest caz, carburant + comburant). Ontologia combustibilului ca materie primă nu poate fi stabilită în funcţie de tipul de*

*energie produsă, întrucât toate tipurile de energie sunt produse economice si bunuri materiale.*
*În cele din urmă, produsul finit = produsul care este folosit ca atare, nemaifiind supus unei procesări. Putem vorbi de obiecte de consum ca produse finite (furculiţa, pahar, calculator, etc.).*
*In mod evident, combustibilii nu sunt folosiţi ca atare, ci sunt supusi unor transformari urmare a unor procese fizico - chimice. Includerea lor in lege la categoria produse energetice defineşte destinatia acestora (i.e. producerea de energie termica, mecanica, electrica, etc.) prin transformare, deci nu au cum sa fie produse finite.*
*În cazul de faţă, constatăm că nici măcar produsele rezultate în urma procesării combustibililor nu sunt în mod necesar produse finite. Spre exemplu, căldura rezultată în urma arderii combustibililor poate fi folosită pentru prelucrarea sticlei, fiind aşadar o materie primă fără de care un pahar sau sticlă nu ar putea fi realizată, sau in alte numeroase procese industriale (industria chimica) sau producţia de energie. Atâta timp cât nici produsele rezultate în urma procesării carburanţilor nu sunt, in general, produse finite, este cu atât mai clar că aceste tipuri de substanţe nu pot fi nici ele subsumate acestei categorii".*

Motorina reprezintă un produs finit pentru rafinăria producătoare. Motorina devine materie primă atunci când este utilizată drept carburant în motoarele auto cu aprindere prin scânteie sau prin compresie, deoarece, în motoarele auto, este supusă unor transformări chimice în procesul de combustie. Conform legii conservării masei și principiului I al termodinamicii, motorina utilizată drept carburant se va regăsi sub formă de gaze de ardere și lucru mecanic necesar funcţionării motoarelor.

Motorina face parte din categoria materiilor prime, cotate la bursele de mărfuri, iar tranzacția s-a desfășurat pe piaţa de mărfuri a BRM, în raport de prevederile art. 104 alin. 5 lit. c) din Legea nr. 98/2016 și art. 93, art. 94 din H.G. nr. 395/2016.

În considerarea celor antemenţionate sunt relevante în soluţionare şi prevederile Codului Fiscal, ce confirmă opiniile de specialitate mai sus reţinute.

Deşi termenul de materii prime nu este definit din punct de vedere juridic, trebuie precizat că legislaţia existentă indică în mod clar apartenenţa produselor în cauză (benzină, motorină) în această categorie.

Astfel, art. 206[16] al Codului Fiscal încadrează aceste produse în categoria produse energetice, acest lucru definind substanţele care prin procesare generează energie, fie ea termică, electrică sau mecanică. Dat fiind că rolul acestor compuşi este de a genera, prin transformare, alt produs, devine clar că rolul acestora este acela de materii prime.

Acelaşi articol al codului Fiscal plasează în una şi aceeaşi categorie atât combustibilii de încălzire cât şi deci de transport, neexistând nicio diferenţiere a acestora în funcţie de utilitatea lor finală. Prin urmare, singura clasificare juridică a acestor compuşi chimici plasează toate tipurile de combustibili sub aceeaşi categorie juridică de produse energetice, adică de compuşi care prin prelucrare generează diverse tipuri de energie.

Mai mult, conform definiţiei motoarelor termice din Dicţionarul Tehnic, combustibilul împreună cu carburantul, în cazul de faţă oxigen, se

transformă în carburant, acesta la rândul său transformându-se în energie. Rezultă în mod clar faptul că un combustibil, în cazul de faţă motorina, nu se foloseşte ca atare, ci se transformă în carburant, deci ea însăşi nu poate fi considerată în niciun caz ca produs finit, fiind supusă transformării în carburant, şi apoi în energie şi neavând nicio utilitate în starea în care se află.

Conform definiţiilor existente, combustibilii sunt consideraţi drept substanţe/materiale care reprezintă un izvor de energie, indiferent dacă prin procesarea acestora rezultă energie calorică, energie electrică sau energie cinetică. Combustibilii, împreună cu un carburant sunt procesaţi prin ardere, fiind transformaţi într-unul sau mai multe produse finale (energie electrică, energie termică, energie cinetică).

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

În speţa de faţă, nu prezintă relevanţă argumentul contestatorului constând în invocarea unor decizii anterioare ale Consiliului, care au susținut că acestea, în mare parte, fiind atacate cu plângeri la instanţele de control judiciar și modificate combustibilii nu sunt considerați materii prime.

În sensul celor de mai sus, s-a pronunțat și Curtea de Apel București prin Decizia nr. 3887/2015 din 14.08.2015, cu privire la Decizia CNSC nr. 1024/C2/1090 din 03.07.2015, menționând:

*2. Argumentele pentru care CNSC a considerat că motorina Euro 5, pentru achiziţionarea căreia C.N. Aeroporturi Bucureşti S.A. a demarat procedura de achiziţie publică potrivit prevederilor art. 122 lit.f din OUG nr.34/2006, reprezintă materie primă, nu se raportează la definiţia materiei prime, însuşită de toate părţile, ci se raportează la poziţia acestei substanţe în lanţul de producţie, esenţială fiind utilitatea ce urmează a-i fi conferită de achizitor.*

*Or, atâta vreme cât motorina Euro 5 urmează a fi folosită ca şi carburant (licitaţia fiind organizată pentru achiziţionarea de combustibili auto), pentru producerea unui anumit tip de energie, urmând un proces de transformare, pentru autoritatea contractantă produsul în discuţie reprezintă materie primă, chiar dacă pentru rafinăria care l-a produs reprezintă produs finit.*

*În consecinţă, autoritatea contractantă avea dreptul, în conformitate cu prevederile art.122 lit.f respectiv art.252 lit. f din OUG nr.34/2006, să utilizeze, pentru achiziţionarea motorinei euro 5, procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare, achiziţia combustibilului realizându-se ca urmare a tranzacţiilor de pe piaţa la disponibil.*

Contrar celor susținute de S.C. ....S.R.L., beneficiile patrimoniale ale ....rezultă din plata unui comision de către ofertantul câștigător, nicidecum de către autoritatea contractantă, după cum se precizează în cererea de intervenție.

Vizavi de cererea intervenientului de obligare a contestatorului la plata sumei de 10.683,36 lei reprezentând contravaloarea cheltuielilor avansate de intervenient în depunerea cererii de intervenție, Consiliul constată că, în cadrul procedurii, ..... a prezentat cheltuieli reclamate în sumă de 10.683,36 lei ce reprezintă servicii de asistență juridică prestate de .... şi facturate cu factura fiscală nr. .....

Astfel fiind, raportat la admiterea în parte a cererii de intervenție, la gradul relativ scăzut de complexitate a aspectelor reclamate în această cerere de intervenție şi la documentele întocmite, Consiliul urmează a reduce cuantumul sumei de 10.683,36 lei pretinse cu titlu de onorariu corespunzător serviciilor de asistență juridică și reprezentare în cadrul dosarului nr. ....., faţă de care contestatorul va fi obligat la plată către intervenient.

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

**CONSILIUL DECIDE:**

În temeiul dispoziţiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, Consiliul respinge ca nefondată contestaţia formulată de S.C. ....S.R.L., în contradictoriu cu .....

Pe cale de consecinţă, dată fiind soluţia pe fondul cauzei, Consiliul admite, în parte, cererea de intervenţie, formulată de .....

Respinge ca neîntemeiate, excepțiile invocate de intervenient.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite cererea intervenientului de obligare a contestatorului la plata, către ..... a sumei de ..... lei, reprezentând cheltuieli de judecată, efectuate în vederea depunerii cererii de intervenție.

**PREŞEDINTE,** **MEMBRU,** **MEMBRU,**
**.....** **.....** **.....**