



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

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

Data: ...

Prin contestația nr.214/28.04.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr.13197/29.04.2016, depusă de către ..., cu sediul în ...și sediul de corespondență în sat ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr...., având C.U.I. RO..., reprezentată convențional prin avocat ..., împotriva documentației de atribuire elaborată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin negociere fără publicarea unui anunț de participare, a contractului de furnizare având ca obiect „...”, s-a solicitat anularea procedurii de atribuire întrucât nu pot fi luate măsuri de remediere și obligarea autorității contractante să respecte termenele procedurale.

Prin cererea de intervenție în favoarea ...nr.2705/12.05.2016, înregistrată la C.N.S.C. cu nr.14604/13.06.2016, ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr...., având C.U.I. ... reprezentată legal de director general ..., a solicitat încuviințarea, în principiu, a cererii de intervenție în interesul autorității contractante, iar, pe fondul cauzei, a solicitat, în principal, respingerea contestației pentru neconstituirea garanției de bună conduită potrivit art.271¹, alin.1 din O.U.G. nr.34/2006, iar, în subsidiar, respingerea contestației ca neîntemeiată.

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

DECIDE:

Respinge contestația depusă de către ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ca urmare a neconstituirii garanției de bună conduită.

Respinge cererea de intervenție în favoarea ..., formulată de ..., cu sediul în

Obligatorie.

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 înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, ... critică documentația de atribuire elaborată de către ..., în cadrul procedurii de atribuire, prin negociere fără publicarea unui anunț de participare, a contractului de furnizare având ca obiect „...”, solicitând anularea procedurii de atribuire întrucât nu pot fi luate măsuri de remediere și obligarea autorității contractante să respecte termenele procedurale.

În motivarea contestației, ... arată că, prin Ordinul Inițiator 197/2016, autoritatea contractantă a publicat intenția de a achiziționa combustibili auto, în cantitate de 2900 tone, deși potrivit art.122, lit.f din O.U.G. nr.34/2006, achiziția prin intermediul bursei de mărfuri este permisă doar pentru materii prime, nu și pentru combustibili auto, aspect reținut atât de ANRMAP prin comunicarea nr.8022/15.04.2015, cât și de Consiliu, prin decizia nr.706/73/C10/803/21.05.2015, rămasă definitivă prin hotărârea nr.3861/20.07.2015 a Curții de Apel București.

Pe de altă parte, contestatorul precizează că, în Nomenclatorul de produse național, motorina folosită drept materie primă, față de cea folosită drept carburant pentru propulsia vehiculelor, este încadrată distinct, iar pentru clarificarea suplimentară a acestui efect, din punct de vedere juridic și tehnic, s-a apelat la sprijinul unui expert judiciar, care a întocmit o expertiză tehnică extrajudiciară, ce a stabilit fără echivoc că motorina auto nu este materie primă.

Într-o altă critică, contestatorul susține că a fost încălcat principiul eficienței utilizării fondurilor, „fiind de notorietate faptul că bursele private percep comisioane procentuale din valoarea contractului, achitate tot de bugetul public”, sens în care invocă dispozițiile art.2 din O.U.G. nr. 34/2006.

Pe de altă parte, ... susține că societatea sa este discriminată prin faptul că Bursa Română de Mărfuri nu permite tuturor operatorilor economici accesul la licitație, aceasta eliminând, în mod discreționar și abuziv, societățile „incomode”, unul dintre motive fiind prețurile mici de vânzare practicate, fapt ce duce la scăderea comisionului bursier.

În continuare, ... formulează aprecieri cu privire la activitatea ilegală pe care o desfășoară Bursa Română de Mărfuri, pe piața bursieră neexistând o competiție privată între vânzare și cumpărare, astfel că nu există cu adevărat un ring bursier.

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

Prin punctul de vedere nr.5946/13.05.2016, înregistrat la C.N.S.C. cu nr.14996/17.05.2016, ... a solicitat respingerea contestației formulată de ... ca nefondată și „inacceptabilă” justificat de următoarele:

Procedura de atribuire a fost organizată în temeiul prevederilor art.122, lit.f din O.U.G. nr.34/2006, Ordinul de cumpărare nr.197/2016 fiind lansat în Ringul Produselor petroliere administrat de ..., în vederea achiziționării a 2.900 tone motorină Euro 5.

Publicarea procedurii de atribuire s-a făcut și prin transmiterea de către BRM, în data de 21.04.2016, a invitației de participare nr.143/20.04.2016 către potențialii ofertanți.

Baza legală pentru desfășurarea procedurii de atribuire a fost art.122, lit.f, lit.c din O.U.G. nr.34/2006, art.59 din H.G. nr.925/2006, Regulamentul BRM și Legea nr.357/2005.

Relativ la contestația formulată de ..., autoritatea contractantă invocă, în prealabil, „inacceptabilitatea” contestației, motivat de faptul că acesta nu a constituit garanția de bună conduită conform art.271¹ din O.U.G. nr.34/2006.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă apreciază că ... a formulat cu rea-credință contestația având în vedere argumentele contestatorului privind activitatea și modul de organizare al BRM S.A., în condițiile în care activitatea Burselor de Mărfuri este stabilită prin Legea nr.359/2005.

În ceea ce privește baza legală de organizare a procedurii de atribuire, se arată că utilizarea pieței la disponibil pentru achiziționarea de către autoritățile contractante a produselor fungibile (materii prime/produse standardizate ce se înlocuiesc unele cu altele indiferent de sursa de aprovizionare/ produse, cotate, în mod uzual, la bursele de mărfuri) este clar prevăzută de art.122, lit.f din ordonanță, iar modul de realizare și derulare a procedurii este clar prevăzut de art.59 din H.G. nr.925/2006.

Referitor la punctele de vedere ale ANRMAP cu privire la noțiunea de produse fungibile, autoritatea contractantă apreciază că acestea sunt contradictorii având în vedere că, în unele puncte de vedere combustibilul pentru încălzire este considerat materie primă, iar în altele nu, iar pe de altă parte, în opinia sa, punctele de vedere ale ANRMAP, Deciziile CNSC și Hotărârile Curților de Apel Timișoara și Suceava nu sunt izvor de drept în condițiile în care resping categoric motivarea contestatorului.

Invocând prevederile art.122, lit.f din O.U.G. nr.34/2006, art.59 din H.G. nr.925/2006, autoritatea contractantă susține că aprecierile contestatorului sunt eronate, sens în care prezintă, pe larg, argumente.

În drept, se invocă prevederile O.U.G. nr.34/2006, Legea nr.357/2005.

Ca mijloc de probă, a fost depus, în copie, dosarul achiziției publice.

Prin cererea de intervenție nr.2705/12.05.2016, înregistrată la C.N.S.C. cu nr.14604/13.06.2016, ... a solicitat încuviințarea, în principiu, a cererii de intervenție în interesul autorității contractante, iar, pe fondul cauzei, a solicitat, în principal, respingerea contestației pentru neconstituirea garanției de bună conduită potrivit art.271¹, alin.1 din O.U.G. nr.34/2006, iar, în subsidiar, respingerea contestației ca neîntemeiată.

Promovarea cererii de intervenție este justificată, după cum se susține, de interesul BURSEI ROMÂNE DE MĂRFURI de a se constata deopotrivă, legalitatea și temeinicia modului în care autoritatea contractantă a inițiat procedura de negociere fără publicarea prelabilă a unui anunț de atribuire, în temeiul prevederilor art.122, lit.f din O.U.G. nr.34/2006, cu atât mai mult cu cât una dintre criticile formulate de contestator vizează împrejurarea că motorina nu poate fi achiziționată, prin intermediul BURSEI ROMÂNE DE MĂRFURI, întrucât nu este materie primă.

Invocând dispozițiile art.63 din C.proc.civ. și literatura juridică, intervenientul precizează că interesul său în promovarea cererii este dat de faptul că această procedură se realizează prin platforma BRM, aspect ce îi aduce beneficii patrimoniale prin plata unui comision de către câștigătorul procedurii.

În acest sens, intervenientul arată că principala linie de afaceri a BRM rămâne piața la disponibil (singura din țară) prin care sunt tranzacționate, mărfuri fungibile, o pondere deosebită având-o produsele petroliere, iar în ultimii ani, piața en detail de energie electrică a cunoscut, la rândul ei, o expansiune semnificativă. După apariția platformei SEAP, autoritățile contractante au continuat să tranzacționeze prin platforma BRM aceste categorii de produse bursiere, fapt datorat timpului redus al procedurilor precum și economiilor substanțiale permise de procesul competitiv și transparent al tranzacționării pe piața la disponibil.

De altfel, intervenientul precizează că dreptul de a achiziționa produse bursiere prin Bursa Română de Mărfuri este conferit autorităților contractante în baza art.122, lit.f din O.U.G. nr.34/2006.

În ceea ce privește neconstituirea garanției de bună conduită, BURSA ROMÂNĂ DE MĂRFURI precizează că, așa cum reiese din cuprinsul contestației, ... nu a înțeles să constituie garanția de bună conduită, în conformitate cu prevederile art. 271¹ alin.1 din O.U.G. nr.34/2006.

Pe fondul cauzei, BURSA ROMÂNĂ DE MĂRFURI prezintă argumente potrivit cărora produsul motorină euro 5 se încadrează în categoria materiilor prime și își fundamentează poziția pe baza unor documente oficiale emise de Academia Română și a punctului de vedere al unui expert din cadrul Universității de Petrol și Gaze, Facultatea Tehnologia Prelucrării Petrolului.

În ceea ce privește deciziile invocate de contestator în apărare, BURSA ROMÂNĂ DE MĂRFURI precizează că decizia C.N.S.C. nr.706/73/C10/803 din 21.05.2015 nu este legală întrucât a fost soluționată cu nesocotirea dispozițiilor 271¹ alin.1 din O.U.G. nr.34/2006,

contestatorul neconstituind garanția de bună conduită, în practică existând numeroase decizii atât ale Consiliului cât și ale Curților de Apel care au soluționat chestiunea legată de încadrarea motorinei ca și materie primă.

Referitor la adresa ANRMAP nr.8022/15.04.2006, arată intervenientul, Consiliul a reținut în decizia nr.1019/C6/1091/01.07.2015, că „nu poate fi primit în soluționare răspunsul ANRMAP deoarece contravine punctului de vedere anterior nr.7489/MG/06.12.2007 al aceleiași instituții, care a fost în acord cu punctele de vedere exprimate de Academia Română și de dr.ing.Ileana Cameniță”.

În ceea ce privește afirmațiile calomnioase formulate de contestator, intervenientul precizează că acestea nu au niciun suport real, motiv pentru care societatea sa își rezervă dreptul de a întreprinde demersurile necesare atragerii răspunderii persoanelor vinovate.

Nici afirmația contestatorului potrivit căreia este „discriminată în această procedură” nu are, în opinia intervenientului, niciun suport real, în condițiile în care contestatorul nu prezintă niciun argument în sprijinul acesteia.

Referitor la pretinsa încălcare a principiului eficienței utilizării fondurilor publice, BURSA ROMÂNĂ DE MĂRFURI invocă dispozițiile art.5, alin.1 din H.G. nr.925/2006, solicitând respingerea criticii.

Relativ la chestiunea legată de prezentarea unei expertize tehnice extrajudiciare care concluzionează că motorina auto nu este materie primă, intervenientul invocă un alt raport de expertiză tehnică extrajudiciară, întocmit de expertul tehnic judiciar Natalia Călinescu, care concluzionează că motorina și benzina sunt materii prime.

În probațiune, s-au depus, în copie, înscrisuri.

Constatând că la dosarul cauzei nu se regăsește dovada constituirii garanției de bună conduită, Consiliul, în considerarea art.271¹ alin.3 și art.275 alin.1 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, a solicitat ..., prin adresa nr. 6109/1091/C6/26.06.2015, să prezinte, în termen de cel mult 3 zile de la primirea respectivei adrese, dovada constituirii garanției de bună conduită. Totodată, s-a solicitat și prezentarea confirmării transiterii sau depunerii originalului dovezii la autoritatea contractantă, potrivit art.271¹ alin.3 din ordonanță.

Prin aceeași adresă, Consiliul a indicat contestatorului valoarea estimată a contractului, de 12.494.911 lei, fără TVA, valoare care rezultă din nota justificativă privind estimarea valorii contractului nr.4859/18.04.2016, transmisă de autoritatea contractantă la dosarul cauzei, care nu a fost cunoscută de contestator, nefiind făcută public.

... a depus la dosar adresa nr.254/20.05.2016, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.15670/23.05.2016, prin care a precizat că renunță la jurisdicția specială în favoarea instanței de judecată, conform Legii nr.544/2004.

De asemenea, contestatorul a arătat că autoritatea contractantă nu a respectat prevederea legală de a publica valoarea estimată a contractului odată cu publicarea anunțului de licitație, fapt ce face

inaplicabilă prevederea legală privind constituirea garanției de bună conduită, nota justificativă nr.4869/18.04.2016, fiind, în opinia sa, un act „pro causa”.

Invocă contestatorul, în sensul susținerii sale de mai sus, decizia Curții de Apel București din dosarul nr.3531/2/2015, concluzionând că, față de intenția Consiliului de a sprijini autoritatea contractantă, care ar rezulta din efectuarea demersului neprevăzut de lege de a afla valoarea estimată a contractului, consideră că se află în fața unei proceduri de judecată subiectivă, în interesul autorității contractante, motiv pentru care dorește judecarea conform regulilor de drept comun.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Cu prorităate față de alte aspecte, având în vedere că, până la data prezentei, ... nu a prezentat dovada solicitată, Consiliul va proceda la respingerea contestației, în considerarea dispozițiilor art.271¹ alin.1 și 2 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, conform cărora:

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

*(2) **Contestația va fi respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii garanției prevăzută la alin.1.”***

Din conținutul normei expuse, rezultă că persoana vătămată care sesizează C.N.S.C. cu o contestație, trebuie să prezinte, obligatoriu, dovada constituirii garanției de bună conduită, în copie, dovadă pe care ... nu a prezentat-o, deși i-a fost solicitată în mod expres.

Consiliul nu va primi în soluționare alegerile contestatorului din răspunsul la adresa nr.15210/926/C6/18.05.2016, deoarece dispozițiile art.271¹ alin.1 și 2 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare nu instituie vreo excepție de la aplicare, astfel că obligația contestatorului de a constitui garanția de bună conduită la depunerea contestației subzistă indiferent de situație.

Dincolo de acest aspect, nu există nicio dovadă că nota justificativă nr.4869/18.04.2016 este un înscris întocmit „pro causa”, și chiar de ar fi așa, acest fapt ar fi lipsit total de relevanță.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.271¹ alin.2 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul respinge contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., ca urmare a neconstituirii garanției de bună conduită.

Cererea de intervenție formulată de ... va fi respinsă față de caracterul accesoriu al acesteia în raport cu contestația, lipsa cadului procesual determinată de neconstituirea garanției de bună conduită făcând inutilă chiar discutarea admisibilității în principiu a cererii.

Fără pronunțare asupra aspectelor legate de fondul cauzei.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 280 alin. (3) din același act normativ.

PREȘEDINTE COMPLET,

....

MEMBRU,

...

MEMBRU,

....

....