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. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 3544 din 16.02.2017, înregistrată la Consiliu sub nr... din 16.02.2017, formulată de către SC ... SRL, cu sediul în sat ..., și cu sediul de comunicare ales în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO..., împotriva documentației de atribuire, elaborată în cadrul procedurii aferentă OI nr. 68/2017, publicată pe site-ul BRM în data de 10.02.2017, organizată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de negociere fără publicarea prealabilă unui anunț de participare, desfășurată prin ..., cu sediul în ..., în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „...”, s-a solicitat admiterea contestației și anularea procedurii.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația înregistrată sub numărul mai sus precizat, SC ... SRL contestă prevederi ale documentației de atribuire aferentă procedurii de negociere fără publicarea prealabilă unui anunț de participare, publicată pe site-ul BRM în data de 10.02.2017 de către ..., în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „..., și solicită admiterea contestației și anularea procedurii.

În fapt, SC ... SRL contestă solicitarea autorității contractante de depunere a tuturor documentelor de calificare, fără a admite prezentarea DUAE (Document Unic de Achiziție European) la deschiderea ofertelor,

susținând că astfel se încalcă prevederile art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Un alt aspect contestat de către SC ... SRL vizează solicitarea autorității contractante cu privire la scutirea directă de acciză, pe care o apreciază ca fiind restrictivă, având în vedere că scutirea directă de acciză se poate acorda doar de antrepozitul fiscal autorizat, conform pct. 106 lit. a) din normele de aplicare a Codului Fiscal, care prevede că *„în situația prevăzută la art. 399 alin. (1) lit. k) din Codul fiscal, scutirea de la plata accizelor se acordă după cum urmează:*

a) direct, atunci când beneficiarii se aprovizionează cu produse energetice de la un antrepozit fiscal”.

De asemenea, menționează contestatorul, în conformitate cu normele de aplicare a Codului Fiscal (HG nr. 1/2016) această scutire se acordă și în mod indirect, conform pct. 106 lit. b): *„în situația prevăzută la art. 399 alin. (1) lit. k) din Codul fiscal, scutirea de la plata accizelor se acordă după cum urmează:*

b) indirect, prin restituire, atunci când beneficiarii se aprovizionează cu produse energetice, altele decât gazul natural, de la operatori economici care nu dețin calitatea de antrepozitari autorizați”.

În susținere, contestatorul invocă Decizia nr. 4410 din 24.09.2014, pronunțată de Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, care a reținut că cerința de calificare prin care s-a solicitat operatorilor economici autorizația de antrepozit fiscal este restrictivă, nelegală, nu corespunde principului egalității de tratament între participanții la procedură și limitează nejustificat accesul liber la procedura de licitație, precum și practica anterioară a CNSC, respectiv Decizia nr. 2167/C4/2527 din 09.12.2016.

Mai mult, susține contestatorul, prin această solicitare, autoritatea contractantă limitează accesul operatorilor economici la procedură, fiind incidente prevederile art. 49 coroborate cu prevederile art. 2 alin. (2) litera a) și b) din Legea nr. 98/2016, referitoare la nediscriminare și tratament egal.

În drept, ... SRL invocă prevederile legale prezentate în cuprinsul contestației.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, înscrisuri.

Prin adresa nr. 18359 din 23.02.2017, înregistrată la CNSC sub nr. ... din 28.02.2017, autoritatea contractantă a transmis punct de vedere referitor la contestație, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată, și admiterea continuării procedurii de achiziție publică, din următoarele considerente:

1. Cu privire la solicitarea de depunere a documentelor de calificare la data deschiderii ofertelor, ... precizează că, în conformitate cu prevederile art. 104 alin. (5) lit. c) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru atribuirea

contractelor de achiziții publice pentru produsele cotate și achiziționate pe o piață de mărfuri, cum ar fi produsele agricole, materiile prime și bursele de energie, în cazul în care structura multilaterală de tranzacționare reglementată și supravegheată garantează în mod natural prețurile pieței. Astfel cum prevede și Directiva europeană nr. 24/2014 în considerentul (50) din preambulul său, o procedură de achiziții, alta decât negocierea fără publicare prealabilă, nu este utilă în cazul în care produsele sunt achiziționate direct de pe o piață de mărfuri, inclusiv de pe platforme de tranzacționare pentru mărfuri, cum ar fi produsele agricole, materiile prime și bursele de energie, în cazul în care structura multilaterală de tranzacționare reglementată și supravegheată garantează în mod natural prețurile pieței.

Totodată, arată autoritatea contractantă, în conformitate cu Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2016/7 al Comisiei, din 05.01.2016, de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic, pentru procedura de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare nu este obligatorie solicitarea DUAE, întrucât ar constitui o sarcină administrativă inutilă sau ar fi inadecvată din alte puncte de vedere (art. 32 alin. 3 lit. c și art. 50 din Directiva 2014/25/UE).

2. Referitor la eliminarea din documentația de atribuire a cerinței de antrepozit fiscal și cea de achiziționare a produselor în regim de scutire directă de plată a accizelor, autoritatea contractantă susține că nu poate accepta solicitarea contestatarei, deoarece:

- nu are posibilitatea de imobilizare, pentru o anumită perioadă de timp, a unei anumite sume de bani publici din bugetul instituției pentru plata accizei, până la restituirea acesteia, în condițiile în care are beneficiul legal al neplății respectivei sume;
- acceptarea solicitării ar presupune întreprinderea unor demersuri suplimentare, cu întindere apreciabilă în timp, pentru restituirea accizei, respectiv a cererii de restituire de accize;
- acceptarea solicitării ar expune-o la riscul de admitere, în parte, la respingerea cererii de restituire sau la obținerea unui cuantum al accizei de restituit sub nivelul plătit, caz în care bugetul acesteia va fi prejudiciat.

În drept, autoritatea contractantă își întemeiază punctul de vedere pe dispozițiile Legii nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de negociere fără publicarea prealabilă unui anunț de participare, în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „...”, prin publicarea invitației de participare nr. 89 din 10.02.2017 pe site-ul ..., prin care derulează procedura.

... a emis Ordinul Inițiator nr. 68/2017 pentru cumpărare a 78.000 l combustibil lichid termic pentru încălzit, contractul având durata până la 31.06.2017 (4 luni).

Criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar ședința de tranzacționare se va desfășura în data de 17.02.2017, cu începere de la ora 12:30, la sediul ...

Împotriva unor prevederi din documentația de atribuire, SC ... SRL a depus, în termen legal, prezenta contestație, după parcurgerea procedurii prealabile.

Examinând susținerile părților, probatoriul administrat și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Într-un prim aspect, SC … CO SRL critică cerința potrivit căreia ofertanții trebuie să depună toate documentele de calificare, și nu DUAE.

Consiliul reține că în cauză se află o procedură organizată prin Bursa Română de Mărfuri, în baza Ordinului initiator nr. 68/2017, căreia nu îi sunt aplicabile în mod obligatoriu dispozițiile Legii nr. 98/2016 pe care contestatorul le invocă, în susținere, analiza criticii susmenționată urmând a se face numai prin prisma respectării principiilor care guverenează materia achizițiilor publice.

Astfel, Consiliul constată că respectivele principii, cu referire în special la principiul transparenței și cel al tratamentului egal, sunt respectate prin impunerea obligației de depunere a documentelor care fac dovada îndeplinirii criteriilor de calificare.

Mai mult decât atât, reține Consiliul faptul că respectivul contestator nu face dovada vreunui prejudiciu care i se creează prin impunerea respectivei cerințe, astfel încât cererea acestuia de anulare a procedurii de atribuire să fie justificată, sub acest aspect

Față de cele prezentate, Consiliul determină că sunt nefondate criticile contestatorului privind obligația susmenționată, referitoare la depunerea documentelor de calificare, impusă prin Ordinul initiator nr. 68/2017.

O altă critică vizează solicitarea autorității contractante privind "*scutirea direct de acciză*", despre care contestatorul susține că are ca efect restrângerea concurenței.

Consiliul reține că în caietul de sarcini s-a prevăzut, referitor la aspectul analizat, astfel: "*Prețul va fi prezentat în propunerea financiară, preț/l* ***fără acciză*** *și TVA, conform formularului pentru oferta financiară*". Corelativ, s-a prevăzut și că ofertantul "*trebuie să dețină autorizație de antrepozit fiscal vizată în termen și să livreze combustibil în regim de scutire de acciză, conform Codului fiscal*".

În soluționare, Consiliul urmează a se raporta la prevederile art. 206^{60} alin. 1 din Cod fiscal, în conformitate cu care "*Sunt scutite de la plata accizelor: (…) k) orice produs energetic utilizat drept combustibil pentru încălzire de către spitale, sanatorii, aziluri de bătrâni, orfelinate și alte instituții de învățământ și lăcașuri de cult*", dispoziție legală care se

regăsește și la art. 399 alin. 1 lit. k) din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal.

Consiliul are în vedere că în aplicarea dispozițiilor art. 399 alin. 1 lit. k) din Legea susmențională, Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 227/2015 actualizate, prevăd după cum urmează: "*În situația prevăzută la art. 399 alin. (1) lit. k) din Codul fiscal, scutirea de la plata accizelor se acordă după cum urmează:* a) ***direct****, atunci când beneficiarii se aprovizionează cu produse energetice de la un antrepozit fiscal (...); b)* ***indirect****, prin restituire, atunci când beneficiarii se aprovizionează cu produse energetice, altele decât gazul natural, de la operatori economici care nu dețin calitatea de antrepozitari autorizați*".

Rezultă, din dispozițiile legale precitate, că, prin impunerea, de către autoritatea contractantă, a condiției privind scutirea direct de acciză, se obstrucționează participarea la procedură a operatorilor economici care nu dețin calitatea de antrepozitari, măsură care nu are nicio justificare legală, ba mai mult, încalcă principiile tratamentului egal și proporționalității, statuate la art. 2 alin. 2 din Legea nr. 98/2016.

Nu pot fi reținute, în soluționare, apărările autorității contractante potrivit cărora a prevăzut astfel în caietul de sarcini pentru a preveni imobilizarea unei sume de bani pentru o anumită perioadă de timp, pentru plata accizei, până la restituirea acesteia, de asemenea, pentru a evita demersurile suplimentare pe care le presupune restituirea sumelor aferente accizei, precum și susținerile potrivit cărora există riscul nerecuperării în totalitate a sumei respective, deoarece toate aceste motivări au un caracter subiectiv, prezumtiv, nefondat pe dispoziții legale și nu pot complini nerespectarea principiilor despre care s-a făcut vorbire în cele ce preced.

Consiliul are în vedere, cu privire la cele invocate de către autoritatea contractantă în apărări, faptul că restituirea accizei este reglementată expres în Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 227/2015, prin urmare nu este un eveniment aleatoriu, care să constituie un impediment pentru participarea tuturor potențialilor ofertanți, indiferent dacă dețin sau nu calitatea de antrepozitari autorizați.

Față de cele de mai sus, Consiliul determină că cerinţa, în forma în care a fost impusă, respectiv acceptarea doar a formei directe de scutire de la plata accizelor, este restrictivă, sens în care s-a pronunțat prin Decizia nr. 4410 din 24 septembrie 2014, Curtea de Apel Ploieşti, Secţia a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscal și, prin urmare, critica dedusă judecății, de către contestator, va fi reținută ca fiind una întemeiată.

Având în vedere faptul că, din documentele aflate la dosarul cauzei reiese că ofertele în cadrul procedurii au fost depuse, data limită pentru depunerea acestora fiind 17.02.2017, Consiliul constată că nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere, deoarece stadiul procedurii nu permite o astfel de măsură.

Pentru toate acestea, în temeiul art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestaţia formulată de SC ... urmând să anuleze procedura de atribuire, în integralitatea ei.

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art. 28 alin. 1 din Legea susmenționată.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de către SC ..., în contradictoriu cu ... și anulează procedura de atribuire.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Președinte complet, **Membru,** **Membru,**
... **...** **...**

Redactată în 4 exemplare originale, conține 6 pagini.