CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. ...., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...., formulată de ..., cu sediul social în comuna ...., împotriva documentației de atribuire elaborată de ..., cu sediul în ...., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate de atribuire a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „...”, s-au solicitat următoarele:

- obligarea autorității contractante la eliminarea condiției restrictive ca ofertantul să fie antrepozit fiscal;
- obligarea autorității contractante la introducerea unei formule de ajustare a prețului neechivocă, conform prevederilor legale;
- eliminarea cerinței privind indicarea unui cod tarifar unic.

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

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub numărul de mai sus, ... critică documentația de atribuire elaborată de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate de atribuire a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „...”, contestatorul menționând că, prin cerința ca ofertantul să dețină

calitatea de antrepozit fiscal, este restricționată concurența, iar interesul său legitim este vătămat.

De asemenea, subliniază că beneficiază de scutire de acciză, însă legea permite două variante: scutire directă (atunci când se cumpără de la un antrepozit fiscal) și scutire indirectă (atunci când se cumpără de la distribuitori).

În susținerea celor de mai sus, autorul contestației invocă jurisprudența Consiliului și a .....

Totodată, învederează că autoritatea contractantă solicită menținerea unui preț ferm pentru tot contractul, fără a se preciza dacă este vorba de prețul contractului sau prețul unitar.

Față de acest aspect, contestatorul apreciază că obligația menținerii unui preț ferm (pentru 13 luni) este una abuzivă, întrucât produsele petroliere sunt cotate bursier, iar prețul variază zilnic.

Referitor la solicitarea ... de a se oferta un produs de încălzire având codul .... (motorină), ... apreciază că aceasta este una restrictivă, de natura să elimine concurența, deoarece pe piață există .... care dețin și alte coduri tarifare. În acest sens, contestatorul solicită înlăturarea acestei cerințe privind indicarea unui cod tarifar unic.

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

Prin punctul de vedere nr. .... subliniază următoarele: <<anunțul simplificat nr. ...., termenul de contestație este de 5 zile, conform Legii nr. 101/2016 art. 8, deci ..... Contestatorul a depus contestația către CNSC București cu nr. de înregistrare ...., după termenul legal. Contestația o considerăm tardivă. Din acest motiv, vă rugăm respectuos să respingeți contestația formulată de contestatarul ... formulată împotriva autorității contractante ...>>.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. ...., Consiliul a solicitat autorității contractante să precizeze care este rezultatul evaluării ofertei ....

Prin adresa nr. ....., ... a transmis punctul său de vedere pe fond, menționând că a efectuat toate demersurile pentru achiziționarea unui produs conform prevederilor legale în materia achizițiilor publice, fără a insera condiții restrictive, dând posibilitate tuturor operatorilor economici interesați de a participa la procedură, considerând nefondate și nejustificate susținerile contestatorului.

Totodată, a învederat că acest tip de produs l-a achiziționai atât în anul 2017, cât și în anul 2018 de la antrepozite fiscale, centrala termică funcționând în condiții optime.

De asemenea, afirmă că deține autorizație de utilizator final doar pentru codul ....., fiind în imposibilitatea achiziționării altor produse scutite de la plata accizelor.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „...”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat, în SICAP, anunțul de participare simplificat nr. ....., criteriul de atribuire stabilit fiind „Prețul cel mai scăzut”. Valoarea estimată a contractului de achiziție publică de furnizare este de .... lei, fără TVA.

Nemulțumită fiind de conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP, ... a formulat contestația de față, solicitând: obligarea autorității contractante la eliminarea condiției restrictive ca ofertantul să fie antrepozit fiscal; obligarea autorității contractante la introducerea unei formule de ajustare a prețului neechivocă, conform prevederilor legale; eliminarea cerinței privind indicarea unui cod tarifar unic.

Ca urmare a solicitării Consiliului a fost depusă și Recipisa de consemnare a cauțiunii, în valoare de ..... lei, emisă de ...., din data de .....). Exemplarul original al Recipisei de consemnare a fost înaintat, spre păstrare, pe durata soluționării contestației, ...

Văzând excepția tardivității contestației depuse de ..., invocată de autoritatea contractantă, Consiliul dă întâietate analizei acesteia, conform obligației rezultând din dispozițiile alin. (1) al art. 26 din Legea nr. 101/2016: *Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură şi de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei.*

În susținerea excepției invocate, autoritatea contractantă arată că ”anunțul sus menționat s-a publicat în data de 06.03.2019, termenul de contestație este de 5 (cinci) zile conform Legii nr. 101/2016 art. 8 lit. b), deci .... Contestatorul a depus contestația către ..., după termenul legal. Contestația o considerăm tardivă”.

Or, conform prevederilor art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016: *Persoana care se consideră vătămată de un act al autorităţii contractante 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, în termen de:*

b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică/sectorial sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care

este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii.

În același timp, conform art. 16 din același act normativ:

(1) Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât şi autorităţii contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.

(5) Toate actele procedurale se transmit prin poştă, fax şi/sau mijloace electronice, cu confirmare de primire.

Din documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că ... a transmis contestația nr. ..... și documentele care o însoțesc, către CNSC, prin firma de curierat rapid ....

Luând în considerare faptul că *actul atacat* este, în fapt, documentația de atribuire, publicată în SICAP la data de .... și având în vedere dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 (evocate), se constată că, în speță, contestația ... a fost transmisă, la Consiliu, în cadrul termenului legal.

Astfel, Consiliul va respinge, ca neîntemeiată, excepția tardivității prezentei contestații, invocată de autoritatea contractantă.

Pe fondul cauzei, Consiliul reține că, prin demersul său, ... critică, în primul rând, cerința documentației de atribuire (fișei de date a achiziției) cu privire la *deținerea autorizației de antrepozit fiscal,* despre care susține că are ca efect restrângerea concurenței.

În acest sens, Consiliul reține că, în cuprinsul caietului de sarcini la *Cap.1. OBIECTUL ACHIZITIEI*, s-a specificat și: *Ofertantul trebuie sa faca dovada ca este antrepozit fiscal. Unitatea noastra este autorizata ca si utilizator final in scopul prevazut de Codul fiscal la art. 399 alin. (1) lit k) , Motorina cu un continut de sulf de peste 0,002% in greutate dar, de maximum 0,1 %, care nu contine biodisel (Motorina), Cod vamal NC 27101947, Motorina E430 nemarcata, Cod CPV 09100000-0 – combustibil lichid pentru incalzire.*

(...)

Cap. 3 MODALITATI DE PLATA

(...)

3.2. Oferta financiara

Pretul este cel din oferta castigatoare. Pretul unitar de achizitie, in regim de scutire de accize, va fi exprimat in lei (fara TVA), (lei/kg unitatea de masura din autorizatia de utilizator final) si va include pe langa pretul efectiv al combustibilului si cheltuielile conexe (transport, manipulare, etc.) pentru livrarea produsului petrolier combustibil tip M la destinatia beneficiarului, a se efectua o analiza corecta a pretului final la receptia produsului.

Oferta are caracter ferm si obligatoriu din punct de vedere al continutului, pe toata perioada de valabilitate stabilita de catre autoritatea contractanta.

La pct. IV.4.2 *Modul de prezentare al propunerii financiare*, din fișa de date a achiziției, se menționează că: *(...) • Preţul ofertei (fără TVA) se va exprima astfel : Pretul total al ofertei fără TVA în RON și va rămâne neschimbat pe toată perioada de valabilitate a ofertei.*

În soluționare, Consiliul urmează a se raporta la prevederile art. 399 alin. 1 lit. k) din Codul 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 pusă în aplicare la data de 13.01.2016 prin Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal din 06.01.2016, după cum urmează: „*106. În situația prevăzută la 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****. Scutirea de la plata accizelor se acordă direct și în cazul furnizării gazului natural prevăzut la art. 355 alin. (3) lit. f) din Codul 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. Se determină că scutirea de la plata accizelor pentru produsele energetice utilizate drept combustibil pentru funcționarea centralei termice a ..., se poate realiza atât direct (prin intermediul unui antrepozit fiscal), cât și indirect (pe bază de restituire), potrivit prevederilor evocate.

Câtă vreme prevederile de mai sus permit două variante de scutire de la plata accizelor pentru produsele energetice, direct, respectiv indirect, fără condiționări, este firesc ca și achizitoarea să le accepte pentru a se asigura promovarea concurenței între operatorii economici, scop al legislației în materia achizițiilor publice.

Consiliul are în vedere 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 cerința, 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 Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal [*Prin urmare, văzând dispozițiile legale anterior menționate, se constată că scutirea de la plata accizelor pentru produsele energetice utilizate drept combustibil pentru încălzirea spitalelor se poate realiza direct (prin intermediul unui antrepozit fiscal) dar și indirect (prin restituire).*

Cerința restrictivă impusă de autoritatea contractantă constând în acceptarea doar a formei directe de scutire de la plata accizelor este nelegală, necorespunzând principiului egalității de tratament între participanții la procedură și, limitând, astfel, nejustificat accesul liber la o atare procedură de licitație. În condițiile în care prevederile legale enunțate anterior permit două variante de scutire de la plata accizelor pentru produsele energetice, autoritatea contractantă nu are temei legal pentru a nu accepta ambele modalități de scutire, un punct de vedere contrar fiind în opoziție cu dispozițiile generale de art. 41 din OUG nr. 34/2006 și art. 179 alin. 2 din același act normativ.

Nu pot fi primite nici susținerile intimatei-autoritatea contractantă prin care se invocă rațiuni de ordin economic ce au determinat-o la stabilirea acestei cerințe restrictive, de vreme ce însăși normele fiscale permit ambele variante de scutire de la plata accizelor, fără condiționări.] și, prin urmare, critica dedusă judecății, de către contestator, va fi reținută ca fiind una întemeiată.

Pe de altă parte, trebuie avut în vedere că, indiferent de varianta de scutire de plată a accizelor adoptată pentru produsul pe care intenționează să-l achiziționeze, contractul va fi atribuit ofertantului cu prețul cel mai scăzut, conform criteriului de atribuire stabilit.

Prin urmare, în acord cu legislația existentă se consideră necesară modificarea documentației de atribuire (caietul de sarcini), pentru acceptarea în procedură și a operatorilor economici care acordă scutirea de la plata accizelor, în mod indirect, prin restituire.

Referitor la susținerea contestatorului că *obligația menținerii unui preț ferm (pentru 13 luni) este una abuzivă, întrucât produsele petroliere sunt cotate bursier, iar prețul variază zilnic,* Consiliul constată că este neîntemeiată.

Astfel, este de reținut că, potrivit pct. II.3 *Ajustarea prețului contractului*, din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a precizat, că acesta NU se ajustează. Și în cuprinsul modelului de acord-cadru publicat în SICAP, la clauza IV.1.3 *Informatii privind un acord-cadru sau un sistem dinamic de achizitii*, se menționează că:

Ofertele trebuie depuse pentru: Acord-cadru

Acord cu un singur operator

Durata acordului cadru: 13 luni.

În acest sens, Consiliul constată că relevante în speță, sunt prevederile art. 164 alin. (8) din HG nr. 395/2016 potrivit cărora: *Autoritatea contractantă este obligată să includă clauze de ajustare/revizuire a preţului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele care se derulează pe o perioadă ce depăşeşte 24 luni*. Or, având în vedere că durata acordului - cadru ce urmează a fi încheiat este de 13 luni, potrivit clauzei 3.1 din modelul de acord publicat în SEAP, nu există obligația includerii unei clauze de ajustare/revizuire a prețului, așa cum în mod eronat, susține contestatorul.

În ce privește susținerea contestatorului vizând restrictivitatea cerinței de a se oferta un produs de încălzire având codul vamal .... (motorină), Consiliul constată că este neîntemeiată.

Astfel, este de reținut că în cuprinsul Autorizației de utilizator final de produse accizabile, emisă de ...., este specificat clar, faptul că aceasta permite achiziționarea doar a produsului având *codul .....* În aceste condiții, apare ca fiind evident că autoritatea contractantă nu poate achiziționa un alt tip de motorină, având un alt cod vamal, având alte caracteristici tehnice pentru respectivul produs, pentru care nu are autorizație de utilizator final de produse accizabile.

În sensul celor de mai sus evocate, constatând imposibilitatea adoptării măsurilor de remedire a documentației de atribuire atacate, datorită continuării procedurii, prin deschiderea ofertei primite de autoritatea contractantă, Consiliul va anula procedura de atribuire, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016: *În cazul admiterii contestaţiei, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliul dispune anularea procedurii de atribuire*.

Pentru toate acestea, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de ... și va dispune anularea procedurii de atribuire.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., și dispune anularea procedurii de atribuire, pentru imposibilitatea continuării ei prin modificarea documentației de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la

cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.