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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul ...., județul ..... și punct de lucru/corespondență în ....., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., CUI ....., reprezentată prin ..... – Administrator, împotriva documentației de atribuire, elaborată de ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., ..., județul ....., în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare combustibil pentru încălzire, cod CPV 09100000-0 Combustibil (Rev. 2), s-a solicitat .....

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

Prin contestația formulată, SC ..... SRL este nemulțumită de conținutul documentației de atribuire, apreciind că prin cerința ca ofertantul să dețină calitatea de antrepozit fiscal interesul său legitim este vătămat.

Arată 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, importatori).

Contestatoarea invocă jurisprudența Consiliului și prevederile art. 399 din Codul fiscal.

Totodată, se menționează că și alte autorități contractante, ce derulează în prezent proceduri similare permit deschiderea concurenței prin introducerea celor două posibilități de scutire directă și indirectă.

Autoarea contestației mai arată că a solicitat autorității eliminarea cerinței prin adresa nr. 2898/01.11....., dar răspunsul acesteia din urmă a fost unul negativ.

În punctul de vedere, cu privire la contestație, nr. 48300/06.11....., înregistrat la Consiliu sub nr. 46047/07.11....., autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată.

Sunt invocate prevederile art. 399 alin. (1) lit. k) din Codul Fiscal și arată că nu își poate asuma responsabilitatea plății accizei datorită faptului că bugetul de cheltuieli este limitat și recuperarea accizei este de durată, iar prețurile practicate de producătorii sau importatorii direcți care dețin autorizație de antrepozit fiscal sunt mai mici.

Cu referire la prevederile art. 31 din HG nr. 395/....., autoritatea contractantă susține că nu a restricționat participarea datorită faptului că autorizația de antrepozit fiscala prezintă relevanță în raport cu natura contractului.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă a organizat procedura simplificată pentru atribuirea contractului de furnizare combustibil pentru încălzire, cod CPV 09100000-0 Combustibil (Rev. 2), prin publicarea anunțului de participare simplificat nr. ...../.....

Prin demersul său, SC ..... SRL critică 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.

Consiliul reține că, în anunțul de participare simplificat și în fișa de date a achiziției, la cap. III.1.1.b) *Capacitatea de exercitare a activității profesionale* s-a prevăzut, referitor la aspectul analizat, astfel: „*Cerinta nr. 2* ***Autorizatie de antrepozit fiscal emisa de Comisia pentru autorizarea operatorilor de produse supuse accizelor armonizate din cadrul Ministerului Finantelor Publice*** *(copie lizibila conform cu originalul)*

Modalitatea de indeplinire si aplicabilitatea în cadrul procedurii: ***Autorizatie de antrepozit fiscal emisa de Comisia pentru autorizarea***

operatorilor de produse supuse accizelor armonizate din cadrul Ministerului Finantelor Publice*, valabila, in conformitate cu prevederile din Legea nr. 227/2015, Codul Fiscal al Romaniei, cu modificarile si completarile ulterioare. 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****. 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;*

Se achizitioneaza combustibil pentru incalzire in conformitate cu art. 399 alin (1) litera k din Codul Fiscal, de la producatori, importatori sau distribuitori in regim de scutire directa de la plata accizelor: Legea 227/2015, art.399.-(1)Sunt scutite de la plata accizelor: k) orice produs energetic utilizat drept combustibil pentru încălzire de către spitale, sanatorii, aziluri de bătrâni, orfelinate și de alte instituții de asistență socială, instituții de învățământ și lăcașuri de cult; (completare DUAE),

NOTA : Documentele justificative care probeaza indeplinirea celor asumate prin complectarea DUAE urmeaza a fi prezentate, la solicitarea autoritatii contractante, doar de catre ofertantul clasat pe locul 1.".

Relativ la această cerință, SC ..... SRL a cerut, prin intermediul adresei nr. 47829/02.11....., eliminarea ei motivat de faptul că, potrivit Codului fiscal, aprovizionarea se poate face fie de la un antrepozit fiscal, caz în care scutirea de la plata accizei se acordă în mod direct, fie de la orice operator economic urmând ca scutirea să se acorde indirect prin recuperare.

Autoritatea și-a motivat refuzul de a elimina cerința prin aceea că instituția sa este scutită de plata accizelor în conformitate cu prevederile art. 399 alin. (1) lit. k) din Legea nr. 227/2015 și că nu își poate asuma responsabilitatea plății accizei datorită faptului că bugetul de cheltuieli este limitat.

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 încălzirea centrelor din cadrul DGASPC ..... se poate realiza atât direct (prin intermediul unui antrepozit fiscal), cât și indirect (pe bază de restituire), potrivit prevederilor evocate.

Câtă vreme prevederile mai sus evocate 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.

Nu pot fi reținute, în soluționare, apărările autorității contractante potrivit cărora aceasta *nu își poate asuma responsabilitatea plății accizei datorită faptului că bugetul de cheltuieli este limitat și recuperarea accizei este de durată*, 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 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 contestatoare, 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 (anunțul de participare simplificat și fișa de date a achiziției), pentru acceptarea în procedură și a operatorilor economici care acordă scutirea de la plata accizelor, în mod indirect, prin restituire.

Având în vedere că data limită pentru depunerea ofertelor este 15.11....., Consiliul constată că mai pot fi dispuse măsuri de remediere, stadiul procedurii permițând o astfel de măsură.

Pentru toate acestea, Consiliul va admite contestația formulată de SC ..... SRL și va obliga autoritatea contractantă la adoptarea măsurilor de remediere în sensul celor mai sus expuse.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația depusă de către SC ..... SRL, în contradictoriu cu ..... Obligă autoritatea contractantă la modificarea documentației de atribuire (anunțul de participare simplificat și fișa de date a achiziției), în sensul acceptării în procedură și a operatorilor economici care acordă scutirea de la plata accizelor, în mod indirect, prin restituire, în termen de cel mult cincisprezece zile de la data primirii prezentei decizii.

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

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

PREȘEDINTE,	MEMBRU,	MEMBRU,
……	……	……

Redactată în patru exemplare, conține șase pagini