



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleus nr.6 Sector 3, București, 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 alin. (2) 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. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ..., depusă de către SC ..., cu sediul în ..., ..., județul ..., având Număr de Înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva fișei de date a achiziției, elaborată de S...A, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., ..., județul ..., în cadrul procedurii de cerere de oferte online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „COMBUSTIBIL TERMIC LICHID 2015”, cod CPV 09100000-0, s-a solicitat: obligarea autorității contractante la eliminarea condițiilor restrictive din cadrul documentației de atribuire.

În baza dispozițiilor legale aplicabile,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 278 alin. (2), alin. (4) și alin. (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, admite contestația formulată de SC ... în contradictoriu cu S...A.

Dispune anularea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru autoritatea contractantă, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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:

SC ... a formulat contestație împotriva fișei de date a achiziției, elaborată de S...A, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de cerere de oferte online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „COMBUSTIBIL TERMIC LICHID 2015”, cod CPV 09100000-0, solicitând: obligarea autorității contractante la eliminarea condițiilor restrictive din cadrul documentației de atribuire.

Contestatorul consideră că au fost încălcate prevederile art. 2 alin. (1) lit. b) și alin. (2) lit. a) și b) din OUG nr. 34/2006, în sensul că s-a aplicat un tratament discriminator și inegal între operatorii economici, unii fiind favorizați în detrimentul altora.

În opinia contestatorului solicitarea autorității contractante ca operatorul economic să dețină calitatea de antrepozit fiscal, întrucât din speță sunt aplicabile prevederile art. 260⁶⁰ alin. (1) lit. k) din Legea 571/2007 privind Codul fiscal, nu este întemeiată.

Contestatorul precizează că legiuitorul acordă anumite facilități fiscale unor categorii de instituții (spitale, cămine de bătrâni, aziluri etc.), dar în aceeași măsură, pentru a nu crea tratamente inegale între operatorii economici, a prevăzut în Normele Metodologice de aplicare a Codului fiscal procedura și modalitățile prin care atât antrepozitele fiscale (producătorii în speță), cât și alți operatori economici (distribuitori, precum societatea sa, importatori etc.) să poată acorda scutire directă sau indirectă de la plata accizelor, în conformitate cu textul de lege amintit.

Astfel, contestatorul arată că la art. 113.7 alin. (1) pct. 15, 16, 16 (1), 16 (2), 16 (3) și 17 din Normele metodologice de aplicare a Codului fiscal se prevăd modalitățile prin care o autoritate contractantă (precum S...A) beneficiază de aceeași scutire de acciză, prin restituire, în situația în care achiziționează produse energetice și de la alți operatori economici.

În sprijinul susținerilor sale, contestatorul anexează un document pe care-l consideră „clarificator”, emis de...

Având în vedere cele prezentate, contestatorul apreciază că societatea sa a fost discriminată și tratată inegal, comparativ cu alți competitori, deși poate acorda aceleași facilități fiscale.

În sprijinul contestației, contestatorul depune următoarele mijloace de probă:

- adresa de clarificare nr. 8662/16.10.2009, emisă de...;
- deciziile CNSC nr. ..., precum și decizia nr. ... a Curții de Apel Ploiești.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ..., S...A, în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC

Autoritatea contractantă arată că a obținut Autorizație de utilizator final, cu scopul de a beneficia de facilitatea acordată de legislația în vigoare (art. 260⁶⁰ alin. (1) lit. k) din Legea 571/2007), de a fi scutită direct de la plata accizei, fiind asigurat un circuit rapid al verificării documentelor privind aprovizionarea, cât și o mai mare siguranță a calității combustibilului.

Astfel, autoritatea contractantă solicită Consiliului să aibe în vedere că cerința din caietul de sarcini ca ofertanții să fie operatori economici producători astfel încât spitalul să poată beneficia de prevederile articolului 206⁶⁰ din Codul Fiscal, nu a fost una restrictivă, ci pentru că situația i-o impune.

În continuare, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

- unitatea sa dispune de două rezervoare pentru combustibil, unul cu combustibil folosit la încălzire și celălalt pentru asigurarea apei calde (ACM);
- nu poate risca să amestece combustibilul existent cu alt tip de combustibil (posibil incompatibil cu arzătoarele automate din dotare);
- are experiența iernii 2012-2013, când contractul a fost atribuit unui agent economic, ale cărui documente au corespuns cu cerințele din caietul de sarcini, mai puțin combustibilul care i-a fost livrat, unitatea sa neavând posibilitatea de a verifica calitatea produsului, cel mai apropiat laborator fiind la 200 km distanță;
- folosind acel combustibil, centrala termică a fost foarte des în revizie, necesitând înlocuirea pompelor, curățarea filtrelor, etc.
- în acea perioadă unitatea sa a asigurat încălzirea cu radiatoare electrice, pe care a fost nevoită să le achiziționeze, în acest fel dublându-se cheltuielile, care și așa erau foarte mari;
- zona în care funcționează o obligă să asigure cel puțin șapte luni pe an agent termic;
- de-a lungul anilor a experimentat mai multe tipuri de combustibil, dar acest tip de combustibil termic lichid s-a dovedit a fi compatibil din toate punctele de vedere cu instalația pe care o deține, acest fiind motivul pentru care dorește să-l achiziționeze, nu de la un anumit furnizor;
- nu dorește să restricționeze participarea comercianților de combustibil, ci dorește ca pacienții să nu aibe de suferit, măcar din acest punct de vedere.

Totodată, autoritatea contractantă arată că la procedura în cauză s-au înscris două societăți, ..., depunând ofertă doar

Analizând documentația depusă de ..., comisia de evaluare a validat oferta acestuia în data de 27.10.2015.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că în data de 29.10.2015 a suspendat procedura până la comunicarea deciziei luate de CNSC, acest fapt fiind comunicat unicului ofertant

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

S...A, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de cerere de oferte online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „COMBUSTIBIL TERMIC LICHID 2015”, cod CPV 09100000-0. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP invitația de participare nr. .../..., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

În Procesul-verbal de deschidere a ofertelor nr. 4715/27.10.2015 s-a

consemnat înscrierea a doi operatori economici, ..., dintre care doar SC ... SA a depus ofertă.

Împotriva documentației de atribuire, SC ... a depus contestația care formează obiectul dosarului nr. .../2015.

Pe fondul contestației depuse, analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează a admite contestația formulată de către SC ..., pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Consiliul reține că în contestația depusă SC ..., consideră ca fiind discriminatorie și inegală condiția din fișa de date privind demonstrarea calității de Antrepozit Fiscal.

Se reține în soluționare faptul că, în fișa de date a achiziției, la punctul III.2.1.b) „Capacitatea de exercitare a activității profesionale”, s-a solicitat ca *„ofertanții trebuie să fie operatori economici producători, importatori sau distribuitori astfel încât spitalul să poată beneficia de prevederile art. 260⁶⁰ din Codul Fiscal”*, fiind precizat că *„Spitalul deține autorizație de utilizator final, care permite achiziționarea în regim de scutire directă de la plata accizelor, în scopul prevăzut de Codul Fiscal la art. 260⁶⁰ alin. (1) lit. k)”*.

De asemenea, se rețin în soluționare următoarele dispoziții legale:

1. Art. 206⁶⁰ alin. (1) lit. k) din Codul fiscal: *„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”*;

2. Pct. 113.7 din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 571/2003: *„În situația prevăzută la art. 206⁶⁰ alin. (1) lit. k) din Codul fiscal, scutirea se acordă direct atunci când aprovizionarea se efectuează de la un antrepozit fiscal. Scutirea se acordă direct și în cazul furnizării gazului natural.*

(2) Scutirea se acordă în baza autorizației de utilizator final emise de autoritatea vamală teritorială, mai puțin în cazul gazului natural, pentru care nu este obligatorie deținerea acestei autorizații.

(3) Autorizația de utilizator final se eliberează la cererea scrisă a beneficiarului, însoțită de fundamentarea cantităților de produse energetice ce urmează a fi achiziționate în regim de scutire de la plata accizelor. Cererea se depune la autoritatea vamală teritorială.

(4) Autoritatea vamală teritorială atribuie și înscrie pe autorizația de utilizator final un cod de utilizator.

(5) Modelul autorizației de utilizator final este prezentat în anexa nr. 34.

(6) Autorizațiile de utilizator final se emit în două exemplare, cu următoarele destinații:

a) primul exemplar se păstrează de către utilizatorul final. Câte o copie a acestui exemplar va fi transmisă și păstrată de către operatorul economic furnizor al produselor energetice în regim de scutire;

b) al doilea exemplar se păstrează de către autoritatea vamală teritorială emitentă.

(7) Autorizația de utilizator final are o valabilitate de 3 ani de la data emiterii. Cantitatea de produse accizabile înscrisă într-o autorizație de utilizator final poate fi suplimentată în situații bine justificate, în cadrul aceleiași perioade de valabilitate a autorizației.

(8) Deținătorii de autorizații de utilizator final au obligația de a transmite on-line autorității vamale teritoriale emitente a autorizației, trimestrial, până la data de 15 inclusiv a lunii imediat următoare trimestrului pentru care se face raportarea, o situație privind achiziția și utilizarea produselor energetice, care va cuprinde informații, după caz, cu privire la: furnizorul de produse energetice, cantitatea de produse achiziționată, cantitatea utilizată și stocul de produse energetice la sfârșitul perioadei de raportare, potrivit modelului prevăzut în anexa nr. 35. Neprezentarea situației în termenul prevăzut atrage aplicarea de sancțiuni contravenționale potrivit prevederilor Codului fiscal.

(9) Cantitățile de produse scutite de plata accizelor înscrise într-o autorizație vor fi estimate pe baza datelor determinate în funcție de perioada de utilizare a combustibilului pentru încălzire și de parametrii tehnici ai instalațiilor pe o durată de 3 ani.

(10) Autoritățile vamale teritoriale vor ține o evidență a operatorilor economici care au obținut autorizații de utilizator final prin înscrierea acestora în registre speciale. De asemenea, vor asigura publicarea pe pagina de web a autorității vamale a listei cuprinzând acești operatori economici, listă care va fi actualizată lunar până la data de 15 a fiecărei luni.

(11) În situația în care achiziționarea produselor energetice se efectuează de la un antrepozit fiscal în regim de scutire directă, livrarea produselor se face la prețuri fără accize, iar deplasarea acestora este obligatoriu însoțită de exemplarul tipărit al documentului administrativ electronic prevăzut la pct. 91.

(12) La sosirea produselor energetice utilizatorul final autorizat trebuie să înștiințeze autoritatea vamală teritorială și să păstreze produsele în locul de recepție maximum 24 de ore pentru o posibilă verificare din partea acestei autorități, în condițiile prevăzute prin ordin al președintelui Agenției Naționale de Administrare Fiscală. După expirarea termenului de 24 de ore, utilizatorul final autorizat poate proceda la recepția produselor energetice primite.

(12¹) În toate situațiile de scutire directă livrarea produselor se face la prețuri fără accize, iar deplasarea și primirea produselor accizabile spre/de un utilizator final autorizat se supun prevederilor secțiunii a 9-a «Deplasarea și primirea produselor accizabile aflate în regim suspensiv de accize», cap. I1 de la titlul VII din Codul fiscal.

(13) În situația în care nu se respectă prevederile alin. (11) și (12), operațiunea respectivă se consideră eliberare pentru consum și după expirarea termenului de 5 zile acciza devine exigibilă. [...]

(15) În cazul produselor energetice achiziționate de la importatori sau de la alți operatori economici, scutirea de la plata accizelor se acordă indirect, prin restituire.

(16) Pentru restituirea accizelor, beneficiarul scutirii va depune la

autoritatea fiscală teritorială cererea de restituire de accize, însoțită de:

a) copia facturii de achiziție a produselor energetice;

b) dovada cantității utilizate în scopul pentru care se acordă scutirea.

(16¹) Autoritatea fiscală teritorială va transmite cererea și documentația depuse de către beneficiar autorității vamale teritoriale, care în urma analizei va decide asupra dreptului de restituire a accizelor prin emiterea unei decizii de admitere, în totalitate sau în parte, ori de respingere a cererii de restituire. În cazul admiterii cererii, autoritatea vamală stabilește cuantumul accizei de restituit.

(16²) Autoritatea vamală teritorială va transmite decizia prevăzută la alin. (16¹) autorității fiscale teritoriale.

(16³) În cazul în care decizia este de admitere în totalitate sau în parte, autoritatea fiscală teritorială procedează la restituirea accizelor în condițiile art. 117 din Codul de procedură fiscală.

(17) Modelul cererii de restituire de accize va fi aprobat prin ordin al ministrului finanțelor publice, la propunerea președintelui Agenției Naționale de Administrare Fiscală”.

Având în vedere cele mai sus reținute, Consiliul constată că scutirea de la plata accizelor pentru produsele energetice utilizate drept combustibil pentru încălzirea spitalelor se poate realiza atât direct, prin intermediul unui antrepozit fiscal, cât și indirect, pe bază de restituire, potrivit prevederilor evocate.

Prin urmare, cerința de calificare în forma în care a fost impusă în documentația de atribuire, cu acceptarea doar a formei directe de scutire de la plata accizelor, în opinia Consiliului este restrictivă, întrucât, pe de o parte, prevederile mai sus evocate permit două variante de scutire de la plata accizelor pentru produsele energetice, direct, respectiv indirect, fiind firesc ca și achizițoarea să le accepte pentru a se asigura promovarea concurenței între operatorii economici, scop al legislației în materia achizițiilor publice. Ori, deși legea fiscală prevede această dublă posibilitate (alternativă), nu poate fi aleasă de autoritatea contractantă doar una din cele două situații, în mod discreționar.

Pentru asigurarea unei concurențe reale, autoritatea contractantă trebuia să permită participarea în procedură a diferiților furnizori, fără să manifeste preferință pentru statutul juridic/fiscal al vreunuia dintre aceștia. Astfel, cerința de calificare în dispută este contrară prevederilor art. 179 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, fiind disproporționată față de natura achiziției, conducând și la încălcarea dreptului general statuat la art. 41 din același act normativ: „Orice operator economic are dreptul de a participa, individual sau într-un grup de operatori, la procedura de atribuire”.

Prin urmare, în acord cu legislația existentă, se consideră necesară modificarea documentației de atribuire (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.

Însă, având în vedere stadiul procedurii, respectiv faptul că deși contestația în cauză a fost depusă în data de 20.10.2015, termenul de depunere a ofertelor fiind stabilit în data de 26.10.2015, autoritatea contractantă nu a suspendat procedura de atribuire, procedând la

deschiderea ofertelor în data de 27.10.2015, Consiliul constată faptul că se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a)-f) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2), alin. (4) și alin. (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de SC ... în contradictoriu cu S...A și va dispune anularea procedurii de atribuire.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET ...

...