



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 +4 021 890 07 45 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 FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. ... înaintată de ... cu sediul în comuna ... județul ... înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI ... și adresă de corespondență în localitatea ... reprezentată convențional prin Avocat ... formulată împotriva documentației de atribuire elaborate de ... cu sediul în ... județul ... în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Combustibil termic lichid”, anunț de participare nr. ... publicat în SEAP la 26.07.2014, s-a solicitat Consiliului obligarea autorității contractante la eliminarea condițiilor restrictive din documentația de atribuire și la extinderea cadrului concurențial (limitat în prezent doar la un singur ofertant), prin acceptarea la procesul de achiziții și a altor categorii de operatori economici.

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

DECIDE

Admite contestația formulată de ... și dispune continuarea procedurii, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, prin

modificarea documentației de atribuire, în sensul acceptării în procedură și a operatorilor economici care acordă indirect scutirea de la plata accizelor pentru produsul care se va achiziționa, prin postarea unei erate și stabilirea unui nou termen de depunere a ofertelor, de minim 10 zile de la publicarea măsurilor de remediere. 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 FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. atacă una din condițiile impuse prin fișa de date a achiziției întocmite de ... în procedura de atribuire mai sus arătată, considerându-le discriminatorii și inegale. Astfel, contestatoarea arată că solicitarea autorității contractante ca operatorul economic ofertant să dețină calitatea de antrepozit fiscal, încalcă dispozițiile art. 2 alin. (1) lit. b) și alin. (2) lit. a) și b) din OUG nr. 34/2006.

Este adevărat 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, importatori, etc.) să poate acorda scutire indirectă de la plata accizelor, în conformitate cu dispozițiile art. 260⁶⁰ alin. (1) lit. k) din Legea nr. 571/2007.

Astfel, prevederile art. 113.7 alin. (1) punctele 15, 16, 16(1), 16(2), 16(3), 17 din Normele Metodologice de Aplicare a Codului Fiscal, prevăd, fără echivoc, modalitățile prin care o autoritate contractantă beneficiază de aceeași scutire de acciză, prin restituire, în situația în care achiziționează produse energetice și de la alți operatori economici.

În aceste condiții, contestatoarea arată că și ea poate acorda aceleași facilități fiscale.

Totodată, contestatoarea susține că este distribuitor autorizat al produsului solicitat, respectiv Combustibil Termic Lichid, marca proprie a producătorului Petrom OMV, prețurile practicate de ea, în calitate de dealer fiind cu mult mai mici față de cele practicate de producător.

În opinia contestatoarei, menținând o astfel de cerință, autoritatea contractantă nu realizează economii, din contră, va cumpăra

combustibil la un preț mai mare față de cel pe care îl poate oferi un dealer – distribuitor, iar cuantumul accizei, de 15 euro/to, este nesemnificativ (care fără echivoc, este restituit autorității contractante) în raport cu discountul pe care îl acordă un dealer.

În consecință, contestatoarea solicită admiterea cererii sale de obligare a autorității contractante la eliminarea cerinței restrictive contrară unui cadru concurențial.

Prin adresa nr. 4141/08.08.2014, înregistrată la CNSC sub nr. 24912/11.08.2014, autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată.

Raportându-se la criticile formulate de contestatoare, autoritatea contractantă precizează că există o reglementare alternativă, respectiv: scutirea de accize directă sau indirectă.

Principalele izvoare de drept fiscal sunt Codul Fiscal și normele metodologice de aplicare a Codului Fiscal. Codul Fiscal este redat prin Legea nr. 571/2003, iar Normele Metodologice de Aplicare sunt redată de HG nr. 44/2004. Ambele acte normative prevăd că autoritatea contractantă beneficiază de scutire de accize. Diferența constă în faptul că, în timp ce în normele de aplicare este prevăzută și modalitatea scutirii indirecte, prin restituire, implicând alte instituții de stat, cum ar fi Autoritatea Fiscală, Codul Fiscal tranșează eficient această problemă, în care este prevăzută expres metoda scutirii directe de accize, dacă produsul este achiziționat de la antrepozitul fiscal (art. 206 alin. (1)⁶⁰ lit. k), nu art. 260 din Legea nr. 571/2007, cum greșit arată contestatoarea). De aici derivă întrebarea retorică: care normă juridică este mai eficientă și care normă juridică oferă o modalitate mai bună/pragmatică în vederea atribuirii contractului? Este firesc ca, în contextul în care o astfel de normă fiscală există, să fie inserată în fișa de date a achiziției, scutirea directă fiind mult mai eficientă. Efectiv, legea a prevăzut două modalități alternative, autoritatea contractantă redând-o pe cea mai eficientă dintre ele.

De altfel, dispozițiile art. 113.7 alin. (2) stabilesc ce condiții trebuie să îndeplinească unitatea pentru o astfel de modalitate de scutire, respectiv „autorizația de utilizator final” pe care o deține autoritatea contractantă. Chiar normele la care face referire contestatoarea prevăd acest aspect.

În condițiile în care autoritatea contractantă a urmărit, prin documentația de atribuire achiziționarea produsului prin scutire directă de la plata accizelor, modalitatea de scutire indirectă nu respectă ceea ce s-a urmărit în acest caz (prin raționamentul *per a contrario*). Prin modul în care autoritatea contractantă a solicitat

antrepozit fiscal, aceasta a stabilit implicit și modalitatea de scutire de la plata accizelor pentru achiziționarea produsului combustibil.

În aceste condiții, autoritatea contractantă apreciază că afirmațiile referitoare la discriminare și restrângerea cadrului concurențial sunt lipsite de orice suport, însăși denumirea contractului „combustibil termic lichid” nefiind de natură a împiedica participarea acesteia la procedura de atribuire. Cerințele de calificare au fost explicit consemnate în documentația de atribuire, acestea fiind opozabile atât autorității contractante cât și participanților la procedura de atribuire, contestatoarea putând întocmi oferta cu respectarea art. 170 din OUG nr. 34/2006.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă apreciază ca fiind premature afirmațiile contestatoarei referitoare la prețurile propuse de potențialii ofertanți, ori la realizarea vreunei economii.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de furnizare având ca obiect „Combustibil termic lichid”, cod CPV 09211800-9 *Uleiuri minerale și preparate din petrol (Rev. 2)*, ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, licitație deschisă, cu etapă finală de licitație electronică, prin publicarea în SEAP, la 26.07.2014, a anunțului de participare nr. ... precum și a documentației de atribuire.

Considerând discriminatorie și inegală condiția din fișa de date privind demonstrarea calității de Antrepozit Fiscal, ... a înaintat Consiliului prezenta contestație (însoțită de dovada constituirii garanției de bună execuție în valoare de 8.911,3 lei), solicitând obligarea autorității contractante la eliminarea ei.

În acest sens, Consiliul are în vedere următoarele dispoziții legale:

- 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”;

- 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 achiziționate, 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 parametri 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”.

În aceste condiții, Consiliul determină 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, prin prezentarea de către ofertant a autorizației de antrepozit fiscal, cu acceptarea doar a formei directe de scutire de la plata accizelor, este considerată de Consiliu

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 achizițtoarea 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.

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 autoritatea contractantă, contractul va fi atribuit ofertantului cu prețul cel mai scăzut al produsului, conform criteriului de atribuire stabilit.

Ori, pentru asigurarea unei concurențe reale, autoritatea contractantă trebuie 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 ...”.

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.

Faptul că autoritatea contractantă deține autorizație de utilizator final nr. RO01184350104/31.10.2013, care permite achiziționarea în regim de scutire directă de la plata accizelor pentru produsele cu codul NC 27079999, astfel cum rezultă din documentele aflate la dosarul cauzei, nu ar trebui să împiedice achiziționarea produselor în regim de scutire indirectă, câtă vreme legislația permite acest lucru.

Având în vedere stadiul procedurii, termenul inițial de depunere a ofertelor fiind 15.09.2014, Consiliul consideră necesar ca, în temeiul dispozițiilor de la art. 50¹, 80 și 256¹ alin. (3) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, odată cu măsurile de modificare a documentației de atribuire, ce vor fi postate în SEAP, autoritatea contractantă să stabilească un nou termen limită de depunere a ofertelor, ce va ține cont de perioada necesară întocmirii ofertelor.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept, în baza art. 278 alin. (2), (4) și (6) din OUG nr. 34/2006, Consiliul admite contestația formulată de ... și obligă autoritatea contractantă la

modificarea cerinței impuse în documentația de atribuire, în sensul acceptării în procedură și a operatorilor economici care acordă indirect scutirea de la plata accizelor pentru produsul care se va achiziționa, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei. În cadrul aceluiași termen modificarea efectuată se va aduce la cunoștința operatorilor economici interesați, prin publicarea acesteia în SEAP.

La punerea în aplicare a acestei măsuri de remediere, autoritatea contractantă va avea în vedere dispozițiile coroborate ale art. 50¹ alin. (3) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, ce o obligă la publicarea unei erate și la asigurarea unui termen rezonabil de elaborare a ofertelor de cel puțin 10 zile de la publicarea măsurilor amintite.

De asemenea, părțile vor avea în vedere că această decizie este obligatorie, conform art. 280 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, precum și că au dreptul de a o ataca cu plângere, în concordanță cu art. 281 din același act normativ.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

...