CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestaţia nr.3942/25.07.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.30646/26.07.2017, depusă de SC .....SRL, cu sediul în ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr.., având CUI . reprezentată legal prin administrator ....., lider al Asocierii formată din SC .....SRL și SC .....SRL, împotriva rezultatului parțial privind analiza documentelor de calificare, comunicat prin adresa nr.20666/12.07.2017, de către ...., cu sediul în ...., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată – într-o singură etapă, desfășurată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect *„Modernizare/reabilitare de străzi din ....”,* cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), s-a solicitat:
„1. Anularea rezultatului parțial privind analiza documentelor de calificare, comunicat prin adresa nr. 20666/12.07.2017;
2. Anularea actelor care au stat la baza întocmirii lui în sensul reevaluării ofertei subscrisei întrucât nu se justifică excludere acesteia din procedură, precum și anularea actelor subsecvente acestuia;
3. Obligarea autorității contractante la a reanaliza documentele de calificare prezentate de către societatea noastră în susținerea DUAE cu constatarea caracterului ofertei noastre de a fi conformă și admisibilă”.

În luarea deciziei asupra cauzei de faţă,
Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor
reţine următoarele:

Prin contestaţia înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, depusă de SC .....SRL, lider al Asocierii formată din SC .....SRL și SC .....SRL, împotriva rezultatului parțial privind analiza documentelor de calificare, comunicat prin adresa nr. 20666/12.07.2017", de către ...., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată – într-o singură etapă, desfășurată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect *„Modernizare/reabilitare de străzi din ...."*, s-a solicitat:
„1. Anularea rezultatului parțial privind analiza documentelor de calificare, comunicat prin adresa nr. 20666/12.07.2017;
2. Anularea actelor care au stat la baza întocmirii lui în sensul reevaluării ofertei subscrisei întrucât nu se justifică excludere acesteia din procedură, precum și anularea actelor subsecvente acestuia;
3. Obligarea autorității contractante la a reanaliza documentele de calificare prezentate de către societatea noastră în susținerea DUAE cu constatarea caracterului ofertei noastre de a fi conformă și admisibilă".

În motivarea contestației, SC .....SRL menționează că, prin adresa nr.20666/12.07.2017, a fost încunoștiințat cu privire la rezultatul parțial referitor la analiza documentelor de calificare prezentate în susținerea celor menționate în DUAE, potrivit căruia oferta asocierii este neconformă și inacceptabilă, pentru neîndeplinirea cerinței nr.2 de la Cap. III.2.1.a) și a cerinței nr.1 de la Cap.III.2.1b), ambele din fișa de date a achiziției, precum și pentru motivul formulării unui răspuns neconcludent la solicitările de clarificări ce vizau aceste cerințe.

SC .....SRL precizează că, față de această decizie a autorității contractante, a formulat, în termenul legal, Notificare prealabilă, însă autoritatea nu a dispus măsuri de remediere.

Criticând caracterul nefondat al celor reținute de către autoritatea contractantă în actul atacat, autorul contestației argumentează punctual astfel:
1. Cerința nr.2 privind neîncadrarea în situațiile prevăzute de art.165 din Legea nr.98/2016 de la Cap.III.2.1.a) din fișa de date a achiziției este îndeplinită, SC .....SRL neavând datorii curente neachitate către ANAF.

Creanța în cuantum de 3.465.473 lei, existentă în certificatul de atestare fiscală nr.812753/12.06.2017, emis de către Administrația Fiscală pentru Contribuabilii mijlocii – DGRFP București, prezentat în cadrul ofertei, din care 2.452.288 lei reprezintă obligații principale și 1.012.185 lei – accesorii, nu este o creanță curentă, după cum se susține, ci o creanță născută anterior deschiderii procedurii de insolvență a SC .....SRL, creanță ce se regăsește în tabelul definitiv corectat al creanțelor debitorului SC .....SRL, publicat în BPI 19765/31.10.2016, în care creditorul ANAF a fost înscris cu suma de 4.001.571,00, în baza

cererii expres formulate, iar această creanță va fi achitată conform programului de plăți menționat în planul de reorganizare al SC .....SRL, în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 85/2014, astfel:
a. În conformitate cu dispoziţiile art. 75 din Legea nr. 85/2014, *„De la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acţiunile judiciare, extrajudiciare sau măsurile de executare silită pentru realizarea creanţelor asupra averii debitorului",* creditorii îndreptățiți urmând a formula cereri de înscriere la masa credală;
b. Administratorul judiciar desemnat de către instanță pentru supravegherea activității SC .....SRL, a notificat toți creditorii acestuia asupra deschiderii procedurii de insolvență, depunerii cererilor de înscriere la masa credală și asupra termenelor instituite în procedura insolvenței în dosarul 29825/3/2014;
c. Pentru sumele datorate de către SC .....SRL anterior deschiderii procedurii de insolvență, ANAF a solicitat înscrierea la masa credală a SC .....SRL, cu suma de 4.001.571,00 lei;
d. În baza solicitării formulată de către creditorul ANAF, administratorul judiciar desemnat de către instanță, a înscris creditorul ANAF în tabelul de creanțe al SC .....SRL, cu întreaga creanță solicitată de ANAF, respectiv 4.001.571,00 lei.
e. Creanţa în cuantum de 3.465.473 lei, existentă în certificatul de atestare fiscală nr.812753/12.06.2017, emis de către Administraţia Fiscala pentru Contribuabili Mijlocii - DGRFP Bucureşti, fiind creanţă născută anterior deschiderii procedurii de insolventa a societății, (ce se regăsește în tabelul definitiv al creanţelor debitoarei SC .....SRL, în care creditorul ANAF a fost înscris cu suma de 4.001.571,00 lei, în baza cererii expres formulate de către ANAF), va fi achitată conform programului de plăţi menționat în planul de reorganizare al SC .....SRL, in conformitate cu dispoziţiile Legii 85/2014.

Având în vedere cele expuse, autorul contestației conchide că*, „în mod neîntemeiat, comisia de evaluare a constatat existența unor neconcordanțe în ceea ce privește suma datorată întrucât din cadrul Buletinului procedurilor de insolvență nr.19765/31.10.2016, reiese faptul că totalul de 4.001.571 lei (respectiv întreaga creanță cu care ANAF s-a înscris la masa credală), rezultă din adunarea sumei 1.007.737, cu suma de 2.993.934 lei”* și subliniază faptul că în Certificatul fiscal, la pct. III „Mențiuni relevante pentru situația fiscală a contribuabilului” se menționează, în mod expres, situația de insolvență a SC .....SRL.

Se mai subliniază faptul că, potrivit art.6 alin.3 lit.d din Ordinului nr.3654/2015, la pct. A din Certificat nu vor fi cuprinse sumele cu termene de plată viitoare datorate în contul ratelor din programele de plăți ale obligațiilor fiscale cuprinse în planul de reorganizare judiciară confirmat.

În opinia contestatorului, din coroborarea celor două aspecte menționate mai sus rezultă că, până la confirmarea planului de reorganizare (procedură în curs de realizare), sumele cu care creditorul

ANAF s-a înscris la masa credală vor apărea tot în secțiunea A din certificatul fiscal.

Având în vedere aceste aspecte, susține autorul contestației, este vădit neîntemeiată concluzia autorității contractante potrivit căreia suma de 3.465.473 lei este datorie curentă, atât prin prisma valorii care niciodată nu s-ar putea ridica la un asemenea nivel pe parcursul perioadei de observaţie, dar mai ales în raport de faptul că, dacă această sumă ar fi fost datorie curentă, suma datorată ANAF și înscrisă în certificatul fiscal ar trebui să reprezinte totalul dintre suma născută anterior procedurii plus datoria curentă, situație în care nu se află societatea.

În concluzie, suma de 3.465.473 lei înscrisă în cadrul certificatului de atestare fiscală nu este o creanţă curentă, ci o creanţa născută anterior deschiderii procedurii de insolventa a SC .....SRL, se regăsește în tabelul definitiv corectat al creanţelor debitorului SC .....SRL, publicat în BPI 19765/31.10.2016, în care creditorul ANAF a fost înscris cu suma de 4.001.571,00 lei, (conform extras BPI 19765/31.10.2016 - filele 8, 12, 17) în baza cererii expres formulată, iar această creanţă va fi achitata conform programului de plăţi menționat în planul de reorganizare al SC .....SRL, în conformitate cu dispoziţiile Legii 85/2014.

2. Referitor la sumele cuprinse in certificatul de atestare fiscala nr.327-17-01904/16.06.2017, contestatorul consideră că, și în acest caz, comisia de evaluare nu a analizat, în mod concret, documentele transmise odată cu răspunsul la clarificări.

Astfel, autorul contestației susține că, din răspunsul său, rezultă, fără dubiu, că nu are datorii curente neachitate către DITL Sector 6, astfel cum rezultă din chiar cuprinsul certificatului de atestare fiscală nr.327-17-01904/16.06.2017, în care se află consemnat „creanțe curente – 0”, întrucât creanța în cuantum de 118.302 lei + 48.022,43 lei, deținută de DGILT Sector 6 este născută anterior deschiderii procedurii de insolvență a SC .....SRL, se regăsește în tabelul definitiv al creanțelor debitoarei SC .....SRL, publicat în BPI 19765/31.10.2016, în care creditorul DGITL Sector 6 a fost înscris cu suma de 175.172,91 lei, (conform extras BPI 19765/31.10.2016 – fila 11), în baza cererii formulate expres, iar această creanță va fi conform programului de plăţi menționat în planul de reorganizare al SC .....SRL, în conformitate cu dispoziţiile Legii 85/2014.

Se arată că, deși în cadrul comunicării rezultatului procedurii sunt indicate mențiuni S.C. .....S.R.L., autoritatea contractantă conchide, în mod neîntemeiat, că nu s-a probat, în mod cert faptul că sumele respective nu reprezintă datorii exigibile.

3. În ceea ce privește cel de-al treilea motiv de excludere din procedură, petentul susține că nu subzistă niciun motiv de excludere din procedură potrivit art.164 din Legea nr. 98/2016, întrucât societatea sa nu a fost condamnată pentru nicio faptă penală, în aceeași situație

aflându-se și ....., al cărui mandat de administrator a încetat odată cu desemnarea administratorului special, conform art. 54 din Legea nr.85/2014.

Invocând art.23 alin.11 din Constituția României, conform căruia „Până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești de condamnare, persoana este considerată nevinovată”, dar și faptul că art. 167 alin.4 din Legea nr.98/2016 face vorbire despre aplicabilitatea alin.1 lit.c a aceluiași articol, contestatorul arată că autoritatea contractantă nu a mai dat curs celor menționate la art.167 alin.1 lit.c din Legea nr. 98/2016.

Apreciază că *„a exclude din procedura de atribuire a unui contract de achiziţie publică un operator economic împotriva căruia, la acest moment nu s-a pronunțat nici o decizie, fie ea și nedefinitivă, în sensul de a fi fost găsit vinovat pentru săvârșirea unei infracţiuni, reprezintă o gravă încălcare a dreptului constituţional de a fi considerat nevinovat, încălcare care nu va mai putea fi remediată la momentul la care instanța penală va pronunţa* soluţia”.

Precizează că planul de reorganizare a fost propus și aprobat de către creditori, conform procesului-verbal al Adunării Generale a creditorilor din 12.12.2016, la acest moment acest plan fiind supus analizei instanței de judecată, care a dispus în dosarul 29825/3/2014, numirea unui specialist care să întocmească și să depună, până la următorul termen acordat, raportul privind viabilitatea planului de reorganizare al SC .....SRL.

Mai mult, arată că SC .....SRL, lider al asocierii, nu este în procedura de insolvență, astfel că nu există nici un motiv pentru a concluziona că operatorul economic se afla în situația incidenţei unui motiv de excludere dintre cele prevăzute la art.167.

În drept au fost invocate prevederile legii nr. 101/2016, legii nr. 98/2016 și H.G. nr. 395/2016

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, un set de documente.

Prin punctul de vedere nr.23.335/01.08.2017, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.32204/03.08.2017, ... a solicitat respingerea contestației.

Autoritatea contractantă menționează că, în urma finalizării procesului de evaluare, comisia de evaluare a procedat la aplicarea criteriului de atribuire și, constatând că oferta Asocierii formată din SC .....SRL și SC .....SRL s-a clasat pe primul loc, a solicitat acesteia, în raportat cu art.196 alin.2 din Legea nr.98/2016, prin adresa nr.19056/29.06.2017, să prezinte documentele justificative actualizate, prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare, în conformitate cu informaţiile cuprinse în DUAE.

Arată că, întrucât din documentele prezentate de ofertant în data de 19.06.2017 nu a rezultat îndeplinirea certă a tuturor criteriilor de calificare, prin adresa nr.19056/29.06.2017, comisia de evaluare a solicitat clarificări suplimentare la care s-a răspuns prin adresa

nr.3454/04.07.2017, însă, analizând explicaţiile furnizate, comisia de evaluare a stabilit că asocierea nu a făcut dovada „îndeplinirii tuturor criteriile de excludere” stabilite prin documentaţia de atribuire, motiv pentru care s-a procedat la respingerea ofertei Asocierii formată din SC .....SRL și SC .....SRL, ca inacceptabilă.

Argumentând punctual decizia de respingerii a ofertei asocierii contestatoare, autoritatea contractantă precizează următoarele:

1. Referitor la decizia de respingere a ofertei motivat de împrejurarea că asocierea SC .....SRL – SC .....SRL nu a făcut dovada criteriului de excludere prevăzut la Cerința nr.2 de la Cap.III.2.1.a) „Situația personală a candidatului sau ofertantului” din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă menționează că, în cadrul Certificatului de atestare fiscală nr.812753/12.06.2017, prezentat de asociatul SC .....SRL, la secțiunea A se face precizarea că operatorul economic are o datorie de 3.465.473 lei, din care obligații principale în valoare de 2.452.288 lei și accesorii în valoare de 1.012.185 lei.

În mod similar, susține organizatoarea procedurii, comisia de evaluare a luat act de împrejurarea că, în cadrul Certificatului de atestare fiscală pentru persoanele juridice privind impozitele și taxele locale nr.327-17-01904/16.06.2017, emis de Direcția Generală de Impozite și Taxe Locale Sector 6, se precizează că *„la data de întâi a lunii următoare eliberării prezentului certificat de atestare fiscală figurează în evidenţele compartimentului fiscal cu următoarele creanţe de plată scadente către bugetul local, conform evidenţelor existente la data întocmirii: Rămăşiţă 118302; Majorări 48022.43; Total 166324.43”*, motiv pentru care, prin adresa nr.19056/29.06.2017 comisia de evaluare a formulat întrebarea nr.3, al cărei conținut este redat.

Față de răspunsul contestatorului, al cărui conținut este, de asemenea redat, autoritatea contractantă arată că ceea ce menționează acesta constă în faptul că sumele evidenţiate în cadrul *Certificatului de atestare fiscală* nr. 812753/12.06.2017 şi a *Certificatului de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele şi taxele locale* nr. 327-17-01904/16.06.2017, reprezintă creanţe născute anterior deschiderii procedurii de insolvenţă astfel că, raportat la prevederile Legii nr.85/2014, la momentul actual, plata acestor creanţe este suspendată, nefiind considerate creanţe exigibile/scadente.

Organizatoarea procedurii mai arată că, procedând la analiza explicaţiilor furnizate, comisia de evaluare a stabilit că acestea nu sunt concludente întrucât ofertantul nu a făcut dovada că obligaţiile înscrise în *Certificatul de atestare fiscală 812753/12.06.2017* şi *Certificatului de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele şi taxele locale* nr. 327-17-01904/16.06.2017 NU ar fi unele exigibile.

Subliniind faptul că , în materia achizițiilor publice, sarcina probei în ceea ce privește modul de elaborare a ofertelor revine exclusiv ofertanților și nu autorității contractante, autoritatea contractantă învederează Consiliului faptul că ofertantul nu a dovedit, cu mijloace de

probă edificatoare realitatea celor afirmate și prezintă punctual motivele respingerii ofertei acestuia de către comisia de evaluare, respectiv:
A. Referitor la situația obligațiilor de plată evidențiate în cadrul Certificatului de atestare fiscală nr. 812753/12.06.2017:
a. În cadrul Certificatului de atestare fiscală nr. 812753/12.06.2017, aferent ofertantului asociat SC .....SRL, la Secțiunea A: „Obligații fiscale și alte datorii bugetare" se menționează următoarele: *„Susnumitul contribuabil figurează în evidențele fiscale cu următoarele obligații fiscale și obligații bugetare individualizate în titluri executorii emise potrivit legii și existente în evidența organului fiscal central în vederea recuperării, restante la date de 31.05.2017, în valoare de 3.465.473 lei".*

În acest sens, autoritatea contractantă redă prevederile art.6 alin.2 și 3 din Ordinul nr.3654/2015.

Arată că, întrucât la Secțiunea A din cadrul Certificatului de atestare fiscală se menționează doar informații cu privire la sume de plată restante, singura concluzie care se poate desprinde din analiza documentului este aceea că ofertantul asociat SC .....SRL figurează cu obligații de plată exigibile/scadente/restante, în valoare totală de 3.465.473 lei.

În același context se susține că, în cadrul cerinței de calificare, s-a precizat explicit faptul că proba îndeplinirii acesteia se face prin prezentarea Certificatului de atestare fiscală eliberat de Administrația finanțelor publice, iar comisia de evaluare s-a raportat la conținutul acestui document.
b. Prin răspunsul de clarificare ofertantul a precizat că respectivele obligaţii de plată nu reprezintă creanţe curente, ci creanţe născute anterior deschiderii procedurii de insolvenţă, afirmație în susținerea căreia a făcut trimitere la informaţiile cuprinse în tabelul definitiv corectat al creanţelor debitoarei .....SRL, publicat în BPI 19765/31.10.2016.

Organizatoarea procedurii susține că, procedând la analiza respectivului document, comisia de evaluare nu a identificat nicio informaţie care probeze faptul că suma de 3.465.473 lei evidenţiată în cadrul *Certificatului de atestare fiscală* reprezintă o creanţă născută înainte de a fi deschisă procedura insolventei şi că obligaţia de plată pentru aceasta a fost suspendată, împrejurare în care s-a concluzionat că ofertantul nu a pus la dispoziţie informaţiile necesare pentru a se putea aprecia că suma înscrisă în Certificatul de atestare fiscală nu ar fi una scadentă/exigibilă, iar cerinţa ar fi îndeplinită.

Autoritatea contractantă subliniază că nu contestă împrejurarea că ANAF este înscrisă în tabloul creditorilor cu suma de 4.001.571 lei, însă, în opinia sa, această situaţie nu reprezintă o dovadă a faptului că suma respectivă cuprinde şi valoarea de 3.465.473 lei indicată în *Certificatul de atestare fiscală.*

Astfel, susține autoritatea contractantă, în considerarea principiului potrivit căruia *cel ce face o afirmaţie trebuie să o dovedească (actor incumbit probatio),* ofertantul avea posibilitatea de a se adresa Administraţiei Fiscale pentru Contribuabili Mijlocii - DGRFP Bucureşti pentru a obţine un document care să confirme explicaţiile furnizate în cadrul răspunsului, însă singurul document prezentat pentru îndeplinirea cerinţei de calificare este *Certificatul de atestare fiscală* nr. 812753/12.06.2017, emis de Administraţia Fiscală pentru Contribuabili Mijlocii - DGRFP Bucureşti potrivit căruia .....S.R.L. figurează cu obligaţii fiscale restante către bugetul de stat.

B. Referitor la situaţia obligaţiilor de plată evidenţiate în cadrul *Certificatului de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele şi taxele locale* nr. 327-17- 01904/16.06.2017, autoritatea contractantă învederează faptul că a avut în vedere următoarele aspecte:

a) în cadrul *Certificatului de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele şi taxele locale* nr. 327-17-01904/16.06.2017 aferent ofertantului asociat SC .....SRL, se menţionează următoarele:

„La data de întâi a lunii următoare eliberării prezentului certificat de atestare fiscală fisurează în evidenţele compartimentului fiscal cu următoarele creanţe de viată scadente către bugetul local conform evidenţelor existente la data întocmirii: Rămăşiţă 118302; Majorări 48022.43; Total 166324.43".

Organizatoarea procedurii menționează că, potrivit informaţiilor identificate pe situl Direcţiei Generale de Impozite şi Taxe Locale Sector 6 rhttp://taxelocale6.ro/diverse/dictionar) la secţiunea „Dicţionar de termeni fiscali", noţiunea de *„rămăşiţă"* este definită ca fiind *„creanţa bugetară nestinsă vână la sfârşitul anului fiscal şi evidenţiată ca atare în rolul nominal unic la închiderea anuala a acestuia; aceste creanţe busetare se înscriu în lista de rămăşiţă la data de 31 decembrie şi se evidenţiază sub această denumire în anul fiscal următor",* astfel, rămăşiţa reprezintă o datorie neachitată până la data de 31 decembrie şi care se evidenţiază şi se achită în anul fiscal următor.

Astfel, autoritatea contractantă concluzionează că, raportat la conținutul documentului prezentat, rezultă cu evidență că ofertantul asociat figurează cu datorii scadente către bugetul local al Sectorului 6.

În același sens, organizatoarea procedurii subliniază faptul că, în cadrul cerinței de calificare a precizat explicit faptul că proba îndeplinirii acesteia se face prin prezentarea Certificatului de atestare fiscală eliberat de Autoritățile Publice Locale, iar comisia de evaluare s-a raportat la conținutul acestui document.

b) .... susține că, prin răspunsul la clarificare, ofertantul a precizat faptul că respectivele obligaţii de plată nu reprezintă creanţe curente, ci creanţe născute anterior deschiderii procedurii de insolvență, afirmație în susţinerea căreia acesta a făcut trimitere la informaţiile

cuprinse în tabelul definitiv corectat al creanţelor debitoarei .....SRL, publicat în BPI 19765/31.10.2016.

Autoritatea contractantă susține că, procedând la analiza respectivului document, nu a identificat nicio informaţie care probeze faptul că suma de 166,324,43 lei, evidenţiată în cadrul *Certificatului de atestare fiscală* reprezintă o creanţă născută înainte de a fi deschisă procedura insolventei şi că obligaţia de plată pentru aceasta a fost suspendată, împrejurare în care, comisia de evaluare a concluzionat că ofertantul nu a pus la dispoziţie informaţiile necesare pentru a se putea aprecia că suma înscrisă în Certificatul de atestare fiscală nu ar fi un scadentă/exigibilă, iar cerinţa ar fi îndeplinită.

Precizând că nu contestă împrejurarea că U.A.T. Sectorul 6 este înscrisă în tabloul creditorilor cu suma de 175.172.91 lei, organizatoarea procedurii apreciază însă că această situaţie nu reprezintă o dovadă a faptului că suma respectivă cuprinde şi valoarea de 166.324,43 lei indicată în *Certificatul de atestare fiscală.*

Astfel, susține ...., în considerarea principiului potrivit căruia *cel ce face o afirmaţie trebuie să o dovedească (actor incumbit probatio),* ofertantul avea posibilitatea de a se adresa „U.A.Y.” Sector 6 pentru a obţine un document care să confirme explicaţiile furnizate în cadrul răspunsului, însă singurul document prezentat pentru îndeplinirea cerinţei de calificare este *Certificatul de atestare fiscală* nr. 812753/12.06.2017 emis de Administraţia Fiscală pentru Contribuabili Mijlocii - DGRFP Bucureşti, potrivit căruia .....SRL figurează cu obligaţii fiscale restante către bugetul de stat.

Se mai arată că, având în vedere cele mai sus menţionate şi în lipsa prezentării unor documente edificatoare care să probeze realitatea celor afirmate de contestatoare, comisia de evaluare a considerat răspunsurile ca fiind unele neconcludente, respectiv că acesta nu a făcut dovada împrejurării că nu are obligaţii exigibile/scadente de plată.

2. Referitor la decizia de respingere a ofertei motivat de împrejurarea că asocierea SC .....SRL - SC .....SRL nu a făcut dovada îndeplinirii criteriului de excludere prevăzut Cerinţa nr. 3 de la Cap. III.2.1.a) „Situaţia personala a candidatului sau ofertantului” din fişa de date a achiziţiei, autoritatea contractantă menționează că, procedând la analiza *Certificatului constatator* nr.251450/23.05.2017*,* emis de Oficiul Registrului Comerţului prezentat din partea ofertantului asociat SC .....SRL a luat act de împrejurarea că, pe de o parte, atât SC .....SRL cât şi asociatul majoritar ..... Gh. ..... sunt trimişi în judecată pentru infracţiunea de spălare de bani prevăzută de art.29 alin.1 din Legea nr.656/2002.

Având în vedere acest aspect, după cum se susține, prin adresa nr.19056/29.06.2017, comisia de evaluare a formulat întrebarea nr.4, la care s-a răspuns prin adresa nr.3454/04.07.2017.

Față de explicaţiile furnizate, arată autoritatea contractant, comisia de evaluare a stabilit că ofertantul nu a făcut dovada îndeplinirii cerinţei

de calificare, în sensul susținerii sale redând dispozițiile art.167 alin.1 lit.c, e şi alin.4 din Legea nr.98/2016, care relevă, în opinia sa, următoarele:
- autoritatea contractantă are obligația de exclude din procedura de atribuire acel operator economic care a comis o abatere gravă;
- prin „abatere gravă" legiuitorul înțelege inclusiv ipoteza în care, operatorul economic și/sau persoanele care sunt membre ale organului de administrare, de conducere sau de supraveghere sau dețin funcție de reprezentare, decizie, control, în cadrul operatorului economic sunt supuse unei proceduri judiciare de investigație în legătură cu săvârșirea infracțiunii de spălare de bani, prevăzută de art.29 din Legea nr.656/2002.

Organizatoarea procedurii menționează că, în raport cu cele expuse și luând act de prevederile art.171 alin.1 din Legea nr.98/2016, comisia de evaluare a solicitat ofertantului clarificări suplimentare referitoare la modul în care acesta înțeles să facă dovada îndeplinirii cerinței, însă în răspunsul său ofertantul s-a rezumat la a afirma că, potrivit art.3 alin.1 din Legea nr.135/2010 *„orice persoană este considerată nevinovată până la stabilirea vinovăției sale printr-o hotărâre definitivă",* motiv pentru care comisia de evaluare a apreciat că răspunsul nu este concludent întrucât, în fapt, *„prin explicațiile prezentate practic ofertantul formulează o critică împotriva normei legale".*

.... subliniază că nu este în drept să facă abstracție de o obligație legală doar pentru că aceasta, aparent, nu ar fi și echitabilă, ci are obligația de a evalua ofertele în conformitate cu regulile impuse de legiuitor.

Împrejurarea că împotriva SC .....SRL și a acționarului ..... Gh. ..... nu s-a pronunțat o hotărâre definitivă este relevantă pentru a proba neîncadrarea în dispozițiile art.164 din Legea nr.98/2016, după cum se susține, însă, în schimb, prin dispozițiile art.167 alin.1 lit.c. raportat la alin.4, legiuitorul nu prevede o condiție cumulativă în sensul că abaterea profesională gravă să fie constatată prin hotărâre definitivă, conform prevederilor legale fiind suficientă desfășurarea unei proceduri judiciare de investigație în legătură cu săvârșirea unei infracțiuni de spălare de bani.

Având în vedere cele expuse, autoritatea contractantă apreciază că a respectat întocmai regula legală și *„nu a coroborat în mod neîntemeiat dispozițiile legale",* după cum susține contestatorul.

3. Referitor la decizia de respingere motivat de împrejurarea că asocierea SC .....SRL – SC .....SRL nu a făcut dovada „îndeplinirii criteriului de excludere" prevăzut de Cerința nr. 3 de la Cap. III.2.1.a) „Situația personală a candidatului sau ofertantului" al fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă menționează că, procedând la analiza Certificatului constatator nr. 251450/23.05.2017, emis de Oficiul Registrului Comerţului , comisia de evaluare a luat act de împrejurarea că ofertantul asociat SC .....SRL se găseşte în procedura insolvenței,

motiv pentru care, prin adresa nr.19056/29.06.2017, comisia de evaluare a formulat întrebarea nr.4, la care s-a răspuns prin adresa nr.3454/04.07.2017.

Analizând explicațiile furnizate, ... menționează că nu s-a făcut dovada îndeplinirii cerinţei de calificare.

Redând dispozițiile art.167 alin.1 lit.b din Legea nr.98/2016, susține că, procedând la analiza Certificatului constatator nr.251450/23.05.2017, a luat act de faptul că SC .....SRL se găsește în procedura insolvenței și, prin urmare, unica posibilitate a nu respinge oferta din procedura de atribuire o reprezintă dovada că SC .....SRL se subscrie excepției prevăzute la art.167 alin.2 din Legea nr. 98/12017.

În opinia autorității contractante, din analiza normei legale se poate observa că autoritatea contractantă are obligaţia de a nu exclude ofertantul din procedura de atribuire dacă acesta prezintă informaţii şi documente din care rezultă întocmirea unui plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea de o manieră sustenabilă a activităţii curente. Prin urmare, sarcina probei îi revenindu-i ofertantului.

Organizatoarea procedurii subliniază faptul că, prin răspunsul de clarificare, ofertantul a precizat că, deşi planul de reorganizare a fost aprobat de creditorii SC .....SRL, totuşi, Tribunalul Bucureşti nu a confirmat planul de reorganizare şi a dispus iniţierea procedurii de intrare în faliment.

Astfel, conform excepţiei prevăzute de lege, ofertantul avea obligaţia de a face dovada că a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, însă autoritatea contractantă, deși nu contestă că SC .....SRL nu ar fi elaborat un plan de reorganizare, apreciază că, prin informaţiile şi documentele prezentate ofertantul nu a demonstrat faptul că planul de reorganizare întocmit este unul FEZABIL şi că îi permite continuarea activităţii de o manieră sustenabilă, condiţie obligatorie conform art.167 alin.2 din Legea nr.98/2016.

Dimpotrivă, arată autoritatea contractantă, Tribunalul Bucureşti a stabilit că planul de reorganizare nu este unul fezabil şi a dispus iniţierea procedurii falimentului, iar împrejurarea că această sentinţă este suspendată poate fi relevantă doar din perspectiva începerii procedurii falimentului.

Autoritatea contractantă precizează că nu poate face abstracţie de soluţia dispusă de tribunal, mai ales că aceasta se întemeiază pe o analiza amănunţită a situaţiei societăţii SC .....SRL.

Apreciază că, în aceste condiţii, simpla prezentarea a unor informaţii cu privire la stadiul procesului nu echivalează cu prezentarea unor „informaţii şi documente edificatoare” de natură să creeze prezumţia rezonabilă că planul de reorganizare va fi considerat viabil de Curtea de Apel şi că astfel ofertantul va putea continua activitatea de o manieră sustenabilă.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că nu îşi poate asuma riscul de a se angaja într-un contract de achiziţie publică cu o societate pentru care o instanţă de judecată a dispus iniţierea procedurii de faliment, chiar dacă hotărârea instanţei nu este una definitivă.

Menționează că, având în vedere acest aspect, comisia de evaluare a sancţionat lipsa de diligenţă în furnizarea unor dovezi certe pe baza cărora aceasta să poată invoca aplicabilitatea situaţiei de excepţie prevăzută la art.167 alin.2 din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește susținerea asocierii contestatoare potrivit căreia SC .....SRL, lider al asocierii, nu ar fi în procedura de insolvenţă şi astfel nu ar exista niciun motiv pentru a concluziona că operatorul economic se află în situaţia incidenţei unui motiv de excludere dintre cele prevăzute la art.167 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă învederează Consiliului următoarele: pe de o parte, potrivit art.3 alin.1 lit.gg are calitatea de ofertant orice operator economic care a depus ofertă, iar potrivit art.3 alin.1 lit.jj este considerat operator economic inclusiv asocierea temporară formată între două sau mai multe entităţi; iar, pe de alta, art.167 sancţionează orice operator economic care se găseşte în vreuna din situaţiile de excludere, nefiind stabilită vreo condiţie cumulativă în sensul că, atunci când oferta este depusă de o asociere de operatori economici, pentru a se reţine incidenţa criteriului de excludere trebuie ca toţi operatorii economici membrii ai asocierii să se găsească individual în situaţia de excludere.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Față de înscrisurile aflate la dosar, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

...., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată – într-o singură etapă, desfășurată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect *„Modernizare/reabilitare de străzi din ....”,* cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr.394851/27.10.2016.

Valoarea estimată a contractului este de 2.408.737 lei, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Au fost depuse 15 oferte, printre care se regăsește și cea a asocierii al cărei lider este contestatorul, care au fost vizualizate în SEAP la data de 24.11.2016, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.35168.

Potrivit procesului-verbal al ședinței de evaluare nr.9, având nr.20665/12.07.2017 și comunicării rezultatului parțial nr.20666/12.07.2017, oferta depusă de Asocierea formată din S.C. .....S.R.L. și S.C. .....S.R.L. a fost respinsă, ca inacceptabilă și neconformă.

Împotriva acestei decizii, după parcurgerea procedurii prealabile a notificării autorității contractante, S.C. .....S.R.L. a depus contestația de față.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Oferta depusă de asocierea având ca lider pe contestatorul S.C. .....S.R.L., a fost respinsă, ca inacceptabilă și neconformă, în baza a două motive a căror legalitate va fi analizată în cele ce urmează.

Astfel, primul motiv care a condus la respingerea ofertei constă în nerespectarea Cerinței nr.2, din cadrul Cap.III.2.1.a) – *„Situația personală a candidatului sau ofertantului”* din fișa de date a achiziției, cerință care, reține Consiliul, prezintă conținutul:

„Ofertantul sau după caz, ofertantul asociat, terțul susținător, subcontractantul declarat nu trebuie să se încadreze în situațiile prevăzute la art.165 din Legea nr.98/2016.

Se va prezenta Declarație privind neîncadrarea în prevederile art.165 din Legea nr.98/2016 (DUAE) împreună cu documentele suport aferente, respectiv Certificatul eliberat de Administrația Finanțelor Publice precum și Certificatul/certificatele eliberate de Administrațiile Publice Locale din care să rezulte faptul că operatorul economic/operatorul economic asociat nu are datorii restante către bugetul de stat sau bugetul/bugetele locale la momentul prezentării acestora.”

Relevantă în soluționare este și „Nota nr.4” din cadrul aceluiași capitol, care prezintă conținutul:

„Ofertele depuse de operatorii economici care figurează cu datorii restante vor fi excluse în conformitate cu prevederile art.165 alin.1 din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, cu excepția situațiilor prevăzute la art.165 alin.3 și art.166 alin.2 din același act normativ.”

Din documentele aflate la dosarul achiziției publice, rezultă că oferta depusă de Asocierea formată din S.C. .....S.R.L. și S.C. .....S.R.L. s-a clasat pe primul loc urmarea aplicării criteriului de atribuire după verificarea DUAE, a propunerilor tehnice și a celor financiare, astfel că, prin adresa nr.16607/09.06.2017, autoritatea contractantă a solicitat asocierii documentele justificative care probează cele declarate prin DUAE.

Documentele solicitate au fost transmise de asocierea al cărei lider este contestatorul, cu adresa nr.3176/19.06.2017, printre acestea, în vederea îndeplinirii cerinței susenunțate, fiind depuse:

- în ceea ce privește S.C. .....S.R.L.:

● certificatul de atestare fiscală nr.809051/31.05.2017, emis de Administrația Fiscală pentru Contribuabilii Mijlocii –DGRFP București;

● certificatul de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele și taxele locale și alte venituri datorate bugetului local nr.365-17-02268/14.06.2017, emis de Direcția Generală de Impozite și Taxe Locale Sector 6;

-în ceea ce privește S.C. .....S.R.L.:

● certificatul de atestare fiscală nr.812753/12.06.2017, emis de Administrația Fiscală pentru Contribuabilii Mijlocii –DGRFP București;

● certificatul de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele și taxele locale și alte venituri datorate bugetului local nr.327-17-01904/16.06.2017, emis de Direcția Generală de Impozite și Taxe Locale Sector 6.

Din certificatele prezentate de S.C. .....S.R.L., rezultă următoarele:

- certificatul de atestare fiscală nr.812753/12.06.2017, emis de Administrația Fiscală pentru Contribuabilii Mijlocii –DGRFP București, conține în cadrul secțiunii A – *„Obligații fiscale și alte obligații bugetare”*, informațiile conform cărora:

„Sus-numitul c o n t 31.05.2 0 17:

1.Ob l igații fiscale/bugeta r e p r incipale l e i ***2452288***

2.Ob l e i

3.Total l e i ***3465473***

”;

- certificatul de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele și taxele locale și alte venituri datorate bugetului local nr.327-17-01904/16.06.2017, emis de Direcția Generală de Impozite și Taxe Locale Sector 6, informațiile conform cărora:

„La data de întâi a lunii următoare eliberării prezentului certificat de atestare fiscală figurează în evidențele compartimentului fiscal cu următoarele creanțe bugetare de plată scadente către bugetul local, conform evidențelor existente la data întocmirii: Rămășiță – 118302,00; Majorări – 48022,43; Total – 166324.”

Față de cele conținute de certificatele menționate, autoritatea contractantă a transmis asocierii al cărei lider este contestatorul, adresa nr.19056/29.06.2017, prin care a solicitat:

„Referitor Cerinţa nr.2 de la punctul III.2.1.a) Situaţia personală a candidatului sau ofertantului din cuprinsul fişei de date, cu privire la documentele prezentate de asociatul S.C. .....S.R.L. clarificaţi următoarele:

-Având în vedere prevederile art.6, alin.2 din Ordinul 3654/2015, coroborat cu faptul că din cuprinsul Certificatului de atestare fiscală nr.812753/12.06.2017, prezentat în cadrul ofertei, reiese că societatea figurează conform secţiunii A cu o datorie de 3.465.473 lei, din care obligaţii principale în valoare de 2.452.288 lei şi accesorii în valoare de 1.012.185 lei, argumentaţi modul în care înţelegeți că ofertantul asociat face dovada îndeplinirii cerinţei de calificare privind "Certificatul eliberat de Administraţia Finanţelor Publice (...) din care să rezulte faptul că operatorul economic/operatorul economic asociat nu are datorii restante către bugetul de stat (...) la momentul prezentării acestora.

-Conform certificatului de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele şi taxele locale nr. 327-17-01904/16.06.2017, emis de Direcţia Generala de Impozite și Taxe Locale Sector 6, la data de întâi a lunii următoare societatea figurează cu creanţe bugetare de plată către bugetul local astfel: Creanţe curente - 0, Rămăşiţă -118.302 lei, Majorări - 48.022,43 lei, (...). Prin urmare, argumentaţi modul în care înţelegeţi că faceţi dovada faptului că ofertantul asociat nu figurează cu datorii scadente/exigibile către bugetul local al Sectorului 6;

-Având în vedere cele de mai sus, argumentaţi modul în care SC .....SRL face dovada faptului că îndeplineşte cerinţa de calificare privind neîncadrarea în situaţiile prevăzute de art.165 din Legea nr.98/2016”.

Asocierea a răspuns solicitării de clarificare, prin adresa nr.3454/04.07.2017, la care a anexat adresa nr.10201/04.07.2017, emisă de S.C. .....S.R.L., în care se precizează:

„La întrebarea nr 3, subliniem faptul ca ofertantul asociat SC .....SRL dovedeşte că îndeplineşte cerinţa de calificare privind neîncadrarea în situaţiile prevăzute de art.165 din Legea nr.98/2016 având în vedere următoarele considerente:

1) Ofertantul asociat SC .....SRL nu are datorii curente neachitate către ANAF întrucât creanţa în cuantum de 3.465.473 lei, existentă în certificatul de atestare fiscală nr.812753/12.06.2017, emis de către Administraţia Fiscală pentru Contribuabili Mijlocii - DGRFP

Bucureşti, prezentat în cadrul ofertei din care: 2.452.288 lei reprezintă obligaţii principale şi 1.012.185 lei - accesorii, nu este o creanţă curentă, ci o creanţă născută anterior deschiderii procedurii de insolvenţă a SC .....SRL, se regăseşte în tabelul definitiv corectat al creanţelor debitoarei .....SRL, publicat în BPI 19765/31.10.2016, în care creditorul ANAF a fost înscris cu suma de 4.001.571,00 lei, (conform extras BPI 19765/31.10.2016, filele 8, 12, 17) în baza cererii expres formulate de către ANAF, iar această creanţă va fi achitată conform programului de plăţi menţionat în planul de reorganizare al .....SRL, în conformitate cu dispoziţiile Legii 85/2014, astfel:

a. În conformitate cu dispoziţiile art. 75 din Legea nr. 85/2014, „ De la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acţiunile judiciare, extrajudiciare sau măsurile de executare silită pentru realizarea creanţelor asupra averii debitorului, creditorii îndreptăţiţi urmând a formula cereri de înscriere la masa credală;

b.Administratorul judiciar desemnat de către instanţă pentru supravegherea activităţii SC .....SRL, a notificat toţi creditorii .....SRL asupra deschiderii procedurii de insolvenţă a .....SRL, depunerii cererilor de înscriere la masa credală şi asupra termenelor instituite în procedura insolvenţei în dosarul 29825/3/2014;

c. Pentru sumele datorate de către SC .....SRL anterior deschiderii procedurii de insolvenţă, ANAF a solicitat înscrierea la masa credală a .....SRL cu suma de 4.001.571,00 lei.

d. În baza solicitării formulată de către creditorul ANAF, administratorul judiciar desemnat de către instanţă, a înscris creditorul ANAF în tabelul de creanţe al .....SRL, cu întreaga creanţă solicitată de ANAF, respectiv 4.001.571,00 lei.

e. Creanţa în cuantum de 3.465.473 lei existentă în Certificatul de atestare fiscală nr. 812753/12.06.2017, emis de către Administraţia Fiscală pentru Contribuabili Mijlocii - DGRFP Bucureşti pe care ANAF o deţine faţă de .....SRL, fiind creanţa născută anterior deschiderii procedurii de insolvenţă a .....SRL, ce se regăseşte în tabelul definitiv al creanţelor debitoarei .....SRL, în care creditorul ANAF a fost înscris cu suma de 4.001.571, lei, în baza cererii expres formulate de către ANAF, aceasta creanţă va fi achitată conform programului de plaţi menţionat în planul de reorganizare al .....SRL, în conformitate cu dispoziţiile Legii 85/2014.

2) Ofertantul asociat .....SRL nu are datorii curente neachitate către DITL Sector 6, astfel cum rezultă din chiar cuprinsul certificatului de atestare fiscală 327-17-01904/16.06.2017 în care se precizează „creanţe curente - 0", întrucât creanţa în cuantum de 118.302 lei + 48.022,43 lei, deţinută de DGILT Sector 6 este născută anterior deschiderii procedurii de insolvenţă a .....SRL, se regăseşte în tabelul definitiv al creanţelor debitoarei .....SRL publicat în BPI 19765/31.10.2016 în care creditorul DGITL Sector 6 a fost înscris cu suma de 175.172,91 lei, (conform extras BPI 19765/31.10.2016 - fila

11), în baza cererii expres formulate, iar această creanţă va fi achitată conform planului de plăţi menţionat în planul de reorganizare, în conformitate cu dispoziţiile Legii 85/2014, astfel:
a. În conformitate cu dispoziţiile art.75 din Legea nr.85/2014, «De la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acţiunile judiciare, extrajudiciare sau măsurile de executare silită pentru realizarea creanţelor asupra averii debitorului», creditorii îndreptăţiţi urmând a formula cereri de înscriere la masa credală;
b. Administratorul judiciar desemnat de către instanţă pentru supravegherea activităţii .....SRL, a notificat toţi creditorii .....SRL asupra deschiderii procedurii de insolvenţă a .....SRL, depunerii cererilor de înscriere la masa credală şi asupra termenelor instituite în procedura insolvenţei în dosarul 29825/3/2014;
c. Pentru sumele datorate de către .....SRL anterior deschiderii procedurii de insolvenţă. Direcţia Generală de Impozite şi Taxe Locale (DGITL) Sectorul 6 a solicitat înscrierea la masa credală a .....SRL cu suma de 175.172,91 lei.
d. în baza solicitării formulată de către creditorul ANAF, administratorul judiciar desemnat de către instanţă, a înscris creditorul DGITL - Sectorul 6 în tabelul de creanţe al .....SRL, cu întreaga creanţă solicitată de DGITL S6, respectiv 175.172.91 lei.
e. Creanţa în cuantum de 118.302 lei + 48.022,43 lei existent în certificatul de atestare fiscala 327-17-01904/16.06.2017 emis de DGILT Sector 6, fiind creanţă născută anterior deschiderii procedurii de insolvenţă a .....SRL <u>astfel cum rezultă din chiar cuprinsul certificatului de atestare fiscală în care se precizează „ creanţe curente - O</u> se regăseşte în tabelul definitiv al creanţelor debitoarei .....SRL în care creditorul DGITL S6 a fost înscris cu suma de 175.172.91 lei, în baza cererii expres formulate<u>, această creanţă va fi achitată conform planului de plăţi menţionat în planul de reorganizare, în conformitate cu dispoziţiile Legii 85/2014.</u> "

Așadar, prin răspunsurile furnizate, contestatorul arată că sumele evidenţiate în cadrul *Certificatului de atestare fiscală* nr.812753/12.06.2017 şi a *Certificatului de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele şi taxele locale* nr.327-17-01904/16.06.2017, reprezintă creanţe născute anterior deschiderii procedurii de insolvenţă a S.C. .....S.R.L., evidențiate în Buletinul procedurilor de insolvență nr.19765/31.10.2016, plata acestor creanţe urmând a se face conform planului de plăți menționat în planul de reorganizare, în conformitate cu dispozițiile Legii nr.85/2014.

Analizând răspunsul contestatorului, în ceea ce privește *Certificatului de atestare fiscală* nr.812753/12.06.2017, Consiliul constată că în mod corect autoritatea contractantă a apreciat ca fiind unul neconcludent și, pe cale de consecință, criteriul de calificare neîndeplinit, de vreme ce S.C. ..... S.R.L. nu a făcut dovada celor afirmate, respectiv nu a dovedit că obligaţiile de plată înscrise în

certificat ar fi anterioare deschiderii procedurii de insolvență și, prin urmare, nescadente, fiind suspendate de la plată.

Buletinul procedurilor de insolvență la care face contestatorul trimitere, nu poate fi primit ca o dovadă a celor afirmate, deoarece, din conținutul său, rezultă că ANAF s-a înscris în tabelul definitiv al creanțelor cu suma de 4.001.571,00 lei, sumă despre care, în lipsa unei dovezi, nu se poate reține că o cuprinde pe cea din certificat, al cărui cuantum este diferit.

Astfel fiind, în lipsa unor dovezi concludente în sensul de mai sus, contestatorul figurează cu obligații de plată restante către bugetul de stat, în valoare de 3.465.473 lei, conform *Certificatului de atestare fiscală* nr.812753/12.06.2017, situație în care cerința fișei de date a achiziției, mai sus redată, nu este îndeplinită.

Aceleași concluzii le reține Consiliul și în cea ce privește *Certificatului de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele şi taxele locale* nr.327-17-01904/16.06.2017, în care, deși în coloana *„Curen*t" apare „0", în textul ce precede tabelului în care apar *„Rămășița"* și *„Majorări"*, organul fiscal face vorbire despre faptul că S.C. .....S.R.L. *„(...) figurează în evidențele compartimentului fiscal cu următoarele* ***c r scade n t e*** *(...)"*

Prin urmare, sumele reprezentând rămășiță și majorări reprezintă creanță scadentă la plată.

De asemenea, ca și în precedent, nici informațiile din Buletinul procedurilor de insolvență la care face contestatorul trimitere, nu se poate reține ca reprezentând o dovadă a celor afirmate, deoarece DGITL Sector 6 a fost înscris în tabelul definitiv al creanțelor cu o altă sumă, respectiv 175.172,91 lei, față de cea care rezultă din certificat.

Potrivit art.6 alin.2 și 3 din Ordinul nr.3654/2015, în certificatul fiscal:

„(2) ***L î ns c r iu****:*

a) totalul obligațiilor fiscale principale și al obligațiilor fiscale accesorii restante, existente în sold în ultima zi a lunii anterioare depunerii cererii și nestinse până la data eliberării certificatului de atestare fiscală;

b) totalul obligațiilor bugetare individualizate în titluri executorii emise potrivit legii și existente în evidența organului fiscal central

competent în vederea recuperării, inclusiv amenzi datorate bugetului de stat, existente în sold în ultima zi a lunii anterioare depunerii cererii și nestinse până la data eliberării certificatului de atestare fiscală.

(3) ***La secțiunea A nu se cuprind****:*

a) obligațiile fiscale eșalonate la plată, cu excepția ratelor neachitate la termenele stabilite în graficul de eșalonare la plată;

b) sumele reprezentând creanțe fiscale stabilite prin acte administrative fiscale, a căror executare este suspendată în condițiile art.14 și 15 din Legea contenciosului administrativ nr.554/2004, cu modificările și completările ulterioare, precum și accesorii aferente acestora, individualizate în decizii comunicate anterior suspendării executării actului administrativ fiscal;

c) sumele reprezentând amenzi contravenționale pentru care s-au formulat plângeri în condițiile Ordonanței Guvernului nr.2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor, aprobat cu modificări și completări prin Legea nr.180/2001, cu modificările și completările ulterioare;

*d****) sumele cu termene de plată viitoare datorate în contul ratelor din programele de plăți ale obligațiilor fiscale, cuprinse în planul de reorganizare judiciară confirmat****.”*

Or, în condițiile în care sumele reprezentând obligații de plată fiscale către bugetul de stat și cel local se regăsesc în secțiunea A a certificatelor depuse de contestator, rezultă că acestea nu sunt dintre cele despre care face vorbire art.6 alin.3 lit.d din Ordinul nr.3654/2015.

Mai mult, dincolo de faptul că ANAF și DGITL Sector 6 s-au înscris la masa credală cu alte sume decât cele care rezultă din certificatele în discuție, planul de reorganizare judiciară a S.C. .....S.R.L., care conține programul de plăți, după cum acesta însuși afirmă în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări (răspunsul aferent întrebării nr.4), nu a fost confirmat de Tribunalul București, care a pronunțat în acest sens sentința civilă nr.437/08.02.2017. Planul de reorganizare nu este nici în prezent confirmat, instanța Curții de Apel București, după cum de asemenea arată contestatorul, desemnând un expert care să se pronunțe asupra viabilității respectivului plan.

Prin urmare, în condițiile în care sumele ce constituie obligații de plată fiscale se regăsesc în cele două certificate în discuție, Consiliul determină, ținând seama și de faptul că S.C. .....S.R.L. nu a prezentat nicio probă în sens contrar, că respectivele sume reprezintă datorii scadente la plată.

Consiliul reține, totodată, că S.C. .....S.R.L. nu se încadrează nici în situațiile de excepție de la excluderea din procedură pentru existența de datorii restante, prevăzute la art.165 și art.166 din Legea nr.98/2016.

Astfel, argumentele prezentate de contestator neputând fi reținute în soluționare, oferta asocierii al cărei lider este contestatorul intră sub incidența dispozițiilor art.137 alin.2 lit.b coroborat cu art.134 alin.5 din H.G. nr.395/2016, după cum corect a decis autoritatea contractantă.

Următorul motiv și ultimul care a condus la respingerea ofertei contestatorului constă în faptul că acesta nu a respectat cerința nr.1 de la cap.III.2.1.b) – *„Capacitatea de exercitare a activității profesionale”* din fișa de date.

În soluționare, Consiliul reține că cerința susmenționată prezintă următorul conținut:

„Se vor prezenta Documente care dovedesc forma de înregistrare a operatorului economic, respectiv Certificatul constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului în raza căruia este situat sediul ofertantului din care să rezulte cel puțin informațiile legate de structura acționarilor, reprezentanților legali, obiectul de activitate, modul de organizare și funcționare al operatorului economic. Certificatul constatator trebuie să conțină date actuale/reale la momentul prezentării.”

Față de cele constatate de comisia de evaluare din certificatul constatator depus de asociatul S.C. .....S.R.L., respectiv, pe de o parte, că atât societatea cât și asociatul majoritar ..... Gheorghe ..... sunt trimiși în judecată, în cadrul dosarului nr.193/P/2014, pentru fapte de spălare de bani conform art.29 alin.1 din Legea nr.656/2012, iar, pe de altă parte, că S.C. .....S.R.L. se află în procedură de insolvență, dosar nr.29825/3/2014, Consiliul constată că, prin adresa nr.19056/23.05.2017, s-a solicitat contestatorului după cum urmează:

„Referitor la Certificatul constatator nr.251450/23.05.2017, emis de Oficiul Registrului Comerțului, prezentat de asociatul S.C. .....S.R.L. clarificați următoarele:

- Având în vedere faptul că, potrivit art.167 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016 – Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...)

c) a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative; -

coroborat cu art.167 alin.4 din același act normativ, respectiv:

(4) Dispozițiile alin.1 lit.c sunt aplicabile și în situația în care operatorul economic sau una dintre persoanele prevăzute la art.164 alin.2 este supusă unei proceduri judiciare de investigație în legătură cu săvârșirea uneia/unora dintre faptele prevăzute la art.164 alin.1,

iar din cuprinsul documentului reiese că atât societatea cât și asociatul majoritar, ... Gh. ..... sunt trimiși în judecată în cazul dosarului nr.193/P/201 pentru fapte de spălare de bani conform art.29 alin.1 din Legea nr.656/2001, argumentați modul în care înțelegeți că ofertantul asociat S.C. .....S.R.L. face dovada îndeplinirii cerinței de calificare conform căreia – Ofertantul sau după caz, ofertantul asociat, terțul susținător, subcontractantul declarat nu trebuie să se încadreze în situațiile prevăzute de art.167 din Legea nr.98/2016.

- Având în vedere faptul că că din cuprinsul certificatului constatator reiese că societatea se află în procedură de insolvență, conform dosarului nr.29825/3/2014, prezentați documente relevante care să ateste faptul că planul de reorganizare propus a fost aprobat de organele competente. De asemenea, prezentați documente din care să reiasă informațiile detaliate privind Sentința civilă nr.437/08.02.2017, proununață de Tribumalul București – Secți a VII-a Civilă, în dosarul nr.29825/3/2014."

Prin adresa nr.3454/04.07.2017, asocierea a formulat răspunsul:

„La întrebarea nr. 4 - partea I, subliniem faptul că ofertantul asociat .....SRL dovedeşte că îndeplineşte cerinţa de calificare privind neîncadrarea în situaţiile prevăzute de art.167 din Legea nr 98/2016, având în vedere următoarele considerente: (...) Faptele reţinute de organele de cercetare penală pentru care societatea şi asociatul majoritar .... au fost trimişi în judecată, constituie obiectul dosarului nr.27247/3/2015 aflat pe rolul Tribunalului Prahova, în procedura de cameră preliminară, până în prezent niciuna dintre aceste persoane nu au fost condamnate, iar potrivit art.3 alin.1 din Legea nr 135/2010, "Orice persoană este considerată nevinovată până la stabilirea vinovăţiei sale printr-o hotărâre penală definitivă. (...). Începând cu data de 05.09.2014, activitatea ofertantului asociat SC .....SRL este condusă şi administrată de către administratorul special sub supravegherea administratorului judiciar CITR - Filiala Bucureşti SPRL şi sub controlul judecătorului sindic, în conformitate cu art. 56 coroborat cu art.87 alin.1 din Legea nr.85/2914. Mandatul administratorului statutar .... a încetat la data desemnării administratorului special în conformitate cu dispoziţiile art. 54 din Legea nr 85/2014.

La întrebarea nr.4 – partea a II-a, precizăm că planul de reorganizare propus a fost aprobat de către creditori conform procesului-veral al Adunării Generale a creditorilor din 12.12.2016. Cu toate acestea, prima instanță – Tribunalul București nu a confirmat planul de reorganizare aprobat de către creditorii .....S.R.L. înscriși la masa credală, pronunțând sentința nr.437/08.02.2017.

Imediat după pronunțarea hotărârii 437/08.02.2017, Curtea de Apel București, prin încheierea nr.15/21.02.2017 pronunțată în dosarul 1228/2/2017, a suspendat provizoriu sentința nr.437/08.02.2017 de deschidere a falimentului .....S.R.L. până la soluționarea cererii de suspendare formulată prin cererea de apel din dosarul 29825/3/2014, conform certificatului de grefă nexat – 2 file. La data de 13.06.2017, Curtea de Apel București a suspendat definitiv sentința 437/08.02.2017 până la soluționarea apelurilor formulate împotriva acesteia de către administratorul special, administratorul judiciar și o parte dintre creditorii chirografari, astfel cum rezultă din extrasul anexat de pe portalul instanțelor judecătorești – 2 file. De asemenea, în același dosar 29825/3/2014, Curtea de Apel București a dispus ca specialistul

desemnat să întocmească și să depună până la următorul termen acordat, raportul privind viabilitatea planului de reorganizare al .....S.R.L.”

Analizând răspunsul contestatorului, Consiliul constată, privitor la aspectul trimiterii în judecată a societății și a acționarului majoritar pentru fapte de spălare de bani conform art.29 alin.1 din Legea nr.656/2002, că în mod corect comisia de evaluare a decis respingerea ofertei.

Astfel, art.167 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016 prevede că:

„(1) ***Autoritatea contractantă*** *are dreptul de a solicita excluderea unui operator economic din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru* ***sau*** *se află în oricare dintre următoarele situații: (...)*

c) ***a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea,*** *iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative,”,*

iar art.167 alin.4 din același act normativ, prevede că:

„(4) ***Dispozițiile art.164 alin.1.***”

La art.164 alin.1 lit.e din Legea nr.98/2016, la care face trimitere acest ultim text legal, apare fapta de „*spălarea banilor*” prevăzută de art.29 din Legea nr.656/2002.

Cum atât S.C. .....S.R.L. cât și asociatul majoritar ....., în calitate de operator economic respectiv persoană cu putere de decizie, sunt supuse unei proceduri judiciare de investigație în legătură cu infracțiunea de spălare de bani, așa cum rezultă din certificatul

constatator depus de S.C. .....S.R.L. și din răspunsul la clarificări, este fără putință de tăgadă că această societate se află în ipoteza care atrage incidența art.167 alin.1 din Legea nr.98/2016.

Unicul argument prezentat de contestator prin răspunsul la clarificări, constând în invocarea prezumției de nevinovăție, consfințită de Constituția României, nu poate fi primit în soluționare față de împrejurarea că textele legale susinvocate nu condiționează excluderea din procedură de existența unei hotărâri judecătorești rămasă definitivă, ci este suficientă existența unei proceduri judiciare de investigare cu privire la săvârșirea unei dintre faptele expres prevăzute, situație care se întâlnește pe deplin în situația S.C. .....S.R.L.

În ceea ce privește partea finală a textului art.167 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016, având conținutul *„(...) iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative.”,* căreia contestatorul apreciază că nu i s-a mai dat curs de autoritatea contractantă, Consiliul constată că, în aplicarea acestei litere, legiuitorul a edictat alin.4 al articolului, care nu conține textul susmenționat.

Astfel, interpretarea pe care o dă contestatorul art.167 alin.1 lit.c și alin.4 din H.G. nr.395/2016 este una eronată.

Cu privire la cel de al doilea aspect, respectiv existența stării de insolvență a S.C. .....S.R.L., Consiliul reține că, potrivit art.167 alin.1 lit.b din Legea nr.98/2016,

„(1) ***Autoritatea contractantă*** *are dreptul de a exclude sau* ***poate dispune excluderea*** *unui operator economic din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru* ***o*** *se află în oricare dintre următoarele situații: (...)*

b) ***se află în stare de insolvență*** *sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității;”*

S.C. .... S.R.L., așa cum rezultă din certificatul constatator și după cum singur recunoaște, se află în procedura de insolvență, unica posibilitate de a participa la procedură fiind aceea de a se încadra în excepția de la art.167 alin.2 din Legea nr.98/2016.

Potrivit articolului arătat,

„(2) Prin excepție de la dispozițiile alin.1 lit.b, autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul

economic în cauză, stabilește că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță."

Așadar, autoritatea contractantă nu exclude din procedură un operator economic aflat în situația contestatorului dacă pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de acesta stabilește că are capacitatea de a executa contractul, aceasta presupunând că, fiind în faza de observație, a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea de o manieră sustenabilă a activității sau, aflat în faza de reorganizare judiciară, respectă graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță.

Față de răspunsul contestatorului la solicitarea de clarificări a autorității contractante, din care rezultă că Tribunalul București nu a confirmat planul de reorganizare, pronunțând sentința nr.437/08.02.2017 de deschidere a falimentului S.C. .....S.R.L., Consiliul determină că acesta nu se află în situația de excepție prevăzută de articolul susenunțat.

Nu are nicio relevanță în soluționare faptul că sentința nr.437/08.02.2017 a fost suspendată de Curtea de Apel București, pronunțarea acesteia fiind de natură a demonstra că S.C. .....S.R.L. nu este în măsură să-și continue activitatea de o manieră sustenabilă .

Faptul că S.C. .....S.R.L., lider al asocierii, nu se află în procedura de insolvență, nu reprezintă un argument pentru care motivul de excludere prevăzut de dispozițiile art.167 alin.1 lit.b și alin.4 din H.G. nr.395/2016 să nu fie incident, deoarece, așa cum corect susține autoritatea contractantă, conform art.3 alin.1 lit.jj din Legea nr.98/2016, operator economic este considerat inclusiv asocierea de persoane juridice.

Într-adevăr, dacă S.C. .....S.R.L. ar fi depus ofertă individuală nu s-ar fi pus problema respingerii acesteia pentru motivul aflat în discuție, însă, de vreme ce a optat să vină în asociere cu un alt operator economic, și acesta din urmă are obligația de a respecta criteriile de calificare și de a nu se regăsi în nicio situație de excludere din procedură, explicația fiind simplă și anume ambii operatori economici au aceeași calitate, de asociat, chiar dacă unul este delegat să reprezinte asocierea la procedură (liderul de asociere).

De altfel, în cadrul cerinței nr.3 din cap.III.1.2.a) – „Situația personală a candidatului sau ofertantului" din fișa de date, autoritatea contractantă a prevăzut expres că:

„***Ofert***

a

ntul sau după caz ofertantul asociat*, terțul susținător, subcontractantul declarat* ***nu trebuie să se încadreze în situațiile prevăzute de art.167 din Legea nr.98/2016****."*

Astfel, se reține ca întemeiat și acest motiv de respingere a ofertei contestatorului, incidente fiind dispozițiile art.167 alin.1 lit.b și alin.4 din H.G. nr.395/2016, așa cum corect a stabilit autoritatea contractantă.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.6 din Legea nr.101/2016, contestația va fi respinsă, ca nefondată.

Decizia este obligatorie, potrivit dispoziţiilor art.28 alin.1 din acelaşi act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de către SC .....SRL, cu sediul în .... lider al Asocierii formată din SC .....SRL și SC .....SRL, în contradictoriu cu ...., cu sediul în ...., ...

Obligatorie.

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