CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată legal de doamna ..... - administrator și convențional de avocat …, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea acordului-cadru de furnizare de ....., loturile 1 și 2, cod CPV 18332000-5, cu data-limită de depunere a ofertelor 06.11....., organizată de ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat .....

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC ..... SRL reclamă decizia autorității contractante ..... de respingere, ca inacceptabile, a ofertelor sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, prin sentința penală nr. 1336 din 27 mai 2016, pronunțată în dosarul nr. 45571/3/2015, Tribunalul ....., Secția I penală, l-a condamnat pe domnul ... la pedeapsa amenzii penale în cuantum de 22.500 lei, pentru săvârșirea infracțiunii de evaziune fiscală prevăzută la art. 9 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 241/2005, cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen., judecata desfășurându-se potrivit procedurii simplificate de

recunoaștere a învinuirii, prevăzută de art. 374 alin. (4) C. proc. pen. Domnul ... are calitatea de asociat majoritar al SC ..... SRL, cu o cotă de participare la beneficii și pierderi de 90%.

Atitudinea de cooperare cu autoritățile judiciare s-a manifestat încă de la primul act de urmărire penală, circumstanță asupra credibilității evocată inclusiv de art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016. S-a constatat incidența în cauză a prevederilor art. 10 din Legea nr. 241/2005, privind posibilitatea aplicării unei pedepse cu amenda penală în cazul acoperirii prejudiciului până la primul termen de judecată, în redactarea de la momentul comiterii faptei (2009-2010). Hotărârea a rămas definitivă prin neapelare. Nu s-au stabilit incapacități civile pentru persoana condamnatului.

Prin Hotărârea adunării generale a acționarilor nr. 1/ 02.05....., a fost numită administrator al societății doamna ..., iar societatea a participat la mai multe proceduri de achiziție publică. Acolo unde autoritatea contractantă a cerut clarificări legate de efectele condamnării, relativ la eligibilitatea societății, în baza argumentelor înfățișate s-a luat decizia întemeiată pe lege a admiterii participării societății.

În prezenta cauză, invocându-se mențiunile din certificatul constatator nr. 751552/29.11....., emis de Oficiul Registrului Comerțului ....., din care reiese că domnul ..., asociat al SC ..... SRL, cu o cotă de participare la beneficii și pierderi de 90%, a fost condamnat definitiv de Tribunalul ..... pentru evaziune fiscală în formă continuată, comisia de evaluare a concluzionat că au fost încălcate prevederile art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, motiv pentru care ofertele societății pentru loturile 1 și 2 au fost declarate inacceptabile. Raționamentul a plecat de la dispozițiile art. 191 și următoarele din Legea nr. 30/1990, concluzia fiind că: „asociații sunt persoane cu atribuții de decizie în cadrul unei societăți, astfel că domnul ..., fiind o persoană cu putere de decizie în ceea ce privește SC ..... SRL, se încadrează în categoria de personal nominalizat de prevederile art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.”

În răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea evocă incidența dispozițiilor art. 191 și următoarele din Legea nr. 30/1990 și ale art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, adăugând la lege un motiv de excludere, pe cale interpretativă, lucru neîngăduit.

Contrar art. 215 alin.(2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, autoritatea nu a arătat, de-o manieră precis determinată, în care dintre cazurile prevăzute la art. 164 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, se încadrează domnul ..., pentru a face incidentă norma de trimitere consacrată la art. 164 alin. (2) din lege.

Legea stabilește două tipuri de incapacități juridice, unele directe, ce pun în discuție aspecte eterogene (de drept penal, drept

fiscal, societar etc) ce privesc nemijlocit entitatea juridică susceptibilă de a se angaja într-o procedură de achiziție publică, altele derivate din legătura cu organele sale de conducere, reprezentare ori cu putere de decizie sau de control în cadrul acesteia.

Domnul ... nu a fost condamnat pentru:

- constituirea unui grup infracțional organizat de art. 367 C. pen.;

- infracțiunile de corupție de la art. 289-294 C. pen. sau asimilate celor de corupție de la art. 10-13 Legea nr. 78/2000;

- infracțiuni împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene, prevăzute de art. 181-185 din Legea nr. 78/2000 sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

- infracțiunile din secțiunea a 4^1-a din Legea nr. 535/2004 privind prevenirea și combaterea terorismului;

- spălarea banilor prevăzută de art. 29 din Legea 656/2002;

- infracțiunile din cap. VII, titlul I, partea specială a Codului penal;

- fraudă, în sensul art. 1 din Convenția privind protejarea intereselor financiare ale Comunităților Europene din 27 noiembrie 1995.

Întrucât sunt în discuție limitări aduse capacității juridice civile, ele reprezintă excepții de la regula libertății economice, cu valoare constituțională, iar conform principiilor de interpretare trebuie atribuit înțelesul strict, nefiind permisă extinderea la cazuri neprevăzute.

Condamnarea pentru evaziune fiscală, evocată în partea de început, nu constituie motiv de excludere potrivit art. 164 din Legea nr. 98/2016. Acest text stabilește expres și limitativ care sunt condamnările care atrag excluderea.

În legătură cu determinarea câmpului de aplicare a incapacităților și limitările la care urma să fie supusă societatea, ca urmare a condamnării asociatului ..., pentru evaziune fiscală, au fost solicitate puncte de vedere inclusiv de la instituții ale statului.

În adresa nr. 79432/26.09.2016, emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția generală programe europene, s-a răspuns că: „Din documentația transmisă, nu rezultă că fapta pentru care a fost condamnat domnul ..., administratorul societății [la vremea aceea], ar avea legătură cu obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.” Solicitarea punctului de vedere viza, intenția societății de a accesa fonduri europene - Programul POR 2.2 - Creșterea competitivității economice, fapt care s-a și concretizat în cursul acestui an.

În speța de față, autoritatea contractantă, apreciind că și condamnarea pentru evaziune constituie motiv de excludere, extinde pe cale interpretativă cazurile prevăzute de lege, lucru nepermis și de natură a vătăma interesele legitime ale SC ..... SRL.

În concluzie, contestatoarea consideră că nu se află în vreo incapacitate civilă din cauza administratorului ...sau asociatului ....

În punctul său de vedere nr. 130563/08.01.2018 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 747/08.01.2018, autoritatea contractantă susține, în apărare, că ofertanții nu trebuiau să se regăsească în motivele de excludere reglementate de art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016.

În urma stabilirii conformității ofertelor tehnice depuse de SC ..... SRL și a desfășurării fazelor finale de licitație electronică, autoritatea i-a solicitat să prezinte documente prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE. După analiza documentelor suport DUAE, conform procesului-verbal nr. 97178/ 19.12....., comisia de evaluare a constatat următoarele:

1. Din certificatul constatator nr. 751552/29.11..... rezultă că domnul ...:

- are calitatea de asociat, cota de participare la beneficii și pierderi fiind de 90%. Acesta se încadrează în categoriile nominalizate de dispozițiile art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, fiind persoană cu putere de decizie în ceea ce privește SC ..... SRL, cum prevede Legea nr. 31/1990;

- a fost condamnat definitiv pentru evaziune fiscală.

2. Nu a fost depus cazier judiciar pentru domnul .... În opinia comisiei de evaluare, operatorul economic s-a sustras obligației de a depune cazierul judiciar (solicitat de autoritate prin adresa nr. 97065/12.12.....), doar din considerente proprii (ulterior condamnării, calitatea de administrator a societății a fost preluată de doamna ...). Astfel, devine aplicabil art. 167 alin. (1) lit. h), care prevede, ca obligație în sarcina autorității, să excludă din procedura de atribuire a acordului-cadru orice operator economic care „s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate.”

Având în vedere respectiva condamnare, comisia de evaluare a considerat că SC ..... SRL se încadrează în motivele de excludere reglementate de art. 164 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, luând în considerare că, pe pagina de web a Uniunii Europene sunt definite modalitățile de finanțare a bugetului acesteia, după cum

urmează: „Bugetul UE este finanțat din surse care includ un procent din venitul național brut al fiecărui stat membru ...”. Sursele de venit ale UE includ contribuțiile primite de la statele membre, taxele la import aplicate produselor provenind din afara UE și amenzile impuse întreprinderilor care nu respectă normele europene. După cum se observă, bugetul este format, în cea mai mare parte a sa, din contribuțiile statelor membre, contribuții stabilite în procente din venitul național brut.

Prin infracțiunea de evaziune fiscală, infracțiune dovedită prin condamnarea domnului ..., a fost diminuat venitul național brut al statului român. Diminuarea venitului național brut al statului român a condus, indirect, la diminuarea bugetului UE, prin aplicarea procentului stabilit la o valoare mai mică.

Dacă se transpune prevederea legală în baza căreia a fost condamnat în Convenția privind protejarea intereselor financiare ale Comunităților Europene din 27 noiembrie 1995, aceasta se încadrează la art. 1 alin. (1) lit. b).

Scopul deciziei de excludere a ofertantului a fost de a evita intrarea autorității într-o relație contractuală cu un operator economic al cărui comportament este incorect în raport cu obligațiile (de natură fiscală) statuate prin lege. Chiar dacă s-ar admite că art. 164 alin (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 s-ar opune unei asemenea excluderi, prevederile art. 167 alin. (1) lit. c) din lege obligă autoritatea să excludă din procedură orice operator economic care a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative.

Activitatea domnului ... (evidențierea, în actele contabile sau în alte documente legale, a cheltuielilor care nu au la bază operațiuni reale ori evidențierea altor operațiuni fictive) este calificată drept abatere profesională gravă, având consecințe asupra societății ..... SRL, datorită calității de persoană cu putere de decizie, conform dispozițiilor art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Din conținutul contestației se reține că SC ..... SRL este conștientă de posibilitatea excluderii din procedurile de achiziție publică, drept pentru care a întreprins, ulterior condamnării domnului ..., măsura schimbării acestuia din funcția de administrator a societății.

Din analiza dispozițiilor art. 171 alin. (1)-(3) din Legea nr. 98/2016 reiese că operatorul economic avea obligația de a informa autoritatea, prin intermediul DUAE, despre condamnarea domnului ... și dreptul de a prezenta comisiei de evaluare dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a își

demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere. Măsura schimbării domnului ... din funcția de administrator a societății cu doamna ..., în situația în care la data depunerii ofertelor acesta avea calitatea de acționar majoritar, implicit persoană cu putere de decizie în cadrul SC ..... SRL, în viziunea autorității, nu probează faptul că ofertantul s-a distanțat de conduita infracțională anterioară a personalului legiferat de art. 164. alin (2) din Legea nr. 98/2016, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

Pe cale de consecință, luând în considerare condamnarea și neprezentarea cazierului judiciar pentru domnul ..., s-au respectat reglementările legale în materie de achiziții publice, declarându-se inacceptabilă oferta depusă de SC ..... SRL, în conformitate cu dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) din anexa la Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 2692/19.01....., în replică la punctul de vedere al autorității, SC ..... SRL susține că la art. 183 alin. (1) din Legea nr. 78/2000 este consacrată o infracțiune specială, cu conținut precis determinat, ce redă aproape ad litteram conținutul art. 1 alin. (1) lit. b) din Convenția privind protejarea intereselor financiare ale Comunităților Europene, în următorii termeni: „Folosirea sau prezentarea cu rea-credință de documente ori declarații false, inexacte sau incomplete, care are ca ..... diminuarea ilegală a resurselor ce trebuie virate către bugetul general al Uniunii Europene sau către bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, se pedepsește cu închisoare de la 2 la 7 ani și interzicerea unor drepturi.”

Pe de altă parte, infracțiunii autonome de evaziune fiscală îi este propriu un alt conținut constitutiv și un alt concept al incriminării. În lucrarea Drept penal. Partea specială, vol. I, Editura Curierul Judiciar, ..., 1929, profesorul Vintilă Dongoroz arată că: „Prin conceptul unei infracțiuni se înțelege ideea care oglindește în chip sintetic rațiunile care au determinat crearea acelei infracțiuni, adică ce interes sau interese a voit legiuitorul să ocrotească și în contra cărui rău se ridică această ocrotire.”

Raționamentul dezvoltat în susținerea tezei încadrării SC ..... SRL la motivul de excludere prevăzut de art. 164 alin. (1) lit. g) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, plecând de la condamnarea asociatului ... la pedeapsa amenzii penale pentru săvârșirea infracțiunii de evaziune fiscală, reconfigurează obiectivitatea sa juridică, căreia îi atribuie pe cale de împrumut elemente preluate de la infracțiunea prevăzută de art. 183 din Legea nr. 78/2000, printre acestea rezultatul vătămător localizat la nivelul bugetului Uniunii Europene. Aceasta este, însă, operă de legiferare, atât timp cât sfera ocrotirii juridice prin crearea infracțiunii de evaziune fiscală se

limitează la bugetul general consolidat în accepțiunea dată prin art. 2 lit. a) din Legea nr. 241/2005. Extinderii la bugetul Uniunii a acestei sfere, cu consecința de a socoti evaziunea fiscală una dintre infracțiunile avute în vedere prin noțiunea de fraudă la intensele sale financiare, i s-ar opune și împrejurarea că o astfel de concepție legislativă s-ar caracteriza de lipsă de claritate, precizie, previzibilitate și accesibilitate, ce nu ar permite adoptarea conduitei potrivite în raport de ipoteza normei, ceea ce ar dezvălui un viciu de neconformitate constituțională.

La momentul completării DUAE, responsabilii SC ..... SRL nu aveau cum să prevadă că autoritatea contractantă socotește evaziunea fiscală ca fiind o infracțiune îndreptată și împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene, atât timp cât există o astfel de infracțiune, precis determinată.

În certificatul constatator nr. 751552/29.11....., eliberat la solicitarea SC ..... SRL, redarea dispozitivului sentinței penale nr. 1336 din 27 mai 2016 este incompletă. Lipsește partea finală, care demonstrează contrariul ideii de risc al angajării într-o relație contractuală cu o entitate al cărei acționar majoritar a fost condamnat pentru o faptă din decembrie 2009 - ianuarie 2010, și anume plata prejudiciului mai înainte de primul termen de judecată, întrucât s-a decis „[...] Respinge în rest celelalte pretenții civile solicitate de la inculpatul ..., constatând că prejudiciul cauzat bugetului de stat în sumă de 263.609 lei a fost recuperat.”

În ceea ce privește argumentația subsidiară menită să conserve soluția excluderii din procedura de achiziție publică, bazată pe calificarea faptei care a condus la condamnare ca fiind o abatere profesională gravă potrivit art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, nu se ține cont de data când aceasta s-a petrecut, respectiv decembrie 2009 - ianuarie 2010.

Potrivit art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, „în cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art.164 și art. 167 nu se aplică: [...] dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.”

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții

Publice – SEAP la ....., autoritatea contractantă ..... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de ....., grupate în două loturi (mânecă lungă și mânecă scurtă), estimate valoric la 4.781.700 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură, la ambele loturi, au fost depuse câte trei oferte, între care și cele ale SC ..... SRL, care au fost respinse de autoritate ca inacceptabile. Împotriva acestui ....., pentru motivele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a autorității și primirii unui răspuns din partea acesteia considerat nemulțumitor, SC ..... SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul acordului-cadru și al contractului subsecvent de furnizare, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ..... SRL. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun

întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

Depășind această introducere de subliniere a importanței respectării întru totul a regulilor impuse de autoritate în documentația de atribuire, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit de autoritate prin raportul procedurii de atribuire nr. 97194/ 20.12....., ... comunicat competitorilor în aceeași zi. La 22.12....., SC ..... SRL s-a plâns autorității de nelegalitatea rezultatului, prin notificarea prealabilă nr. 2582/ 22.12....., iar ..... i-a răspuns cu adresa nr. 97259/27.12....., în sensul că nu urmează să adopte măsuri de remediere a rezultatului achiziției. Primind acest răspuns, societatea a reacționat prin formularea contestației la Consiliu, la data de ....., în interiorul termenului legal de contestare.

În adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 97195/ 20.12....., autoritatea a menționat:

Prin prezenta vă facem cunoscut că, în urma evaluării ofertelor depuse la procedura sus menţionată, comisia de evaluare declară inacceptabilă oferta depusă de S.C. ..... S.R.L., în conformitate cu dispoziţiile art. 137 alin. (2) lit. b) din Anexa la HG nr. 395/2016 şi o respinge în baza art. 137 alin. (1) din Anexa la HG nr. 395/2016.

Motivele care au stat la baza deciziei:

Având în vedere că:

1. certificatul constatator nr. 751552/29.11..... emis de ONRC prevede că dl. ... are calitatea de asociat în cadrul S.C. ..... S.R.L., cota de participare la beneficii si pierderi fiind de 90%,

2. din dispoziţiile art. 191 şi următoarele aferente Legii societăţilor nr. 31/1990, se reţine că asociaţii sunt persoane cu atribuţii de decizie în cadrul societăţii, astfel că dl. ... fiind o persoană cu putere de decizie în ceea ce priveşte S.C. ..... S.R.L., se încadrează în categoriile de personal nominalizate de prevederile art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016,

3. din conţinutul certificatului constatator nr. 751552/29.11..... emis de ONRC rezultă că dl. ... a fost condamnat definitiv, prin neapelare, de Tribunalul ..... Secţia I Penală, pentru săvârşirea infracţiunii de evaziune fiscală, în formă continuată,

comisia de evaluare constată că operatorul economic S.C. ..... S.R.L. se încadrează în motivele de excludere reglementate de prevederile art. 164 din Legea nr. 98/2016.

Din această comunicare nu reiese care dintre ipotezele art. 164 din Legea nr. 98/2016 a fost avută în vedere de către comisia evaluatorie. Nici din procesul-verbal nr. 97178/19.12..... și nici din raportul procedurii nr. 97194/20.12..... nu se poate

determina ipoteza în referință. Încadrările și dezvoltările pe care unitatea achizitoare le aduce în punctul de vedere asupra contestației nu pot fi reținute drept relevante prin prisma evaluării ofertei, nefiind regăsite în actele asumate prin semnătură de comisia de evaluare, în etapa de analiză a ofertelor. Cu alte cuvinte, fiind exterioare procesului de analiză, ele nu o pot influența și nici întemeia soluția pe care trebuie să o pronunțe organul administrativ-jurisdicțional.

Este neavenită alegația conducerii autorității că, „*devin aplicabile prevederile art. 167 alin. (1) lit. h) care prevede ca obligație în sarcina autorității contractante să excludă din procedura de atribuire a acordului cadru orice operator economic care «s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate»*.", concepută în afara etapei de evaluare a ofertei (neasumată în cuprinsul documentelor comisiei).

De asemenea, din același considerent, străine cauzei se vădesc a fi și aserțiunile că:

„Chiar dacă s-ar admite că art. 164 alin (1) lit. g) din Legea nr. 98/..... s-ar opune unei asemenea excluderi, prevederile art. 167 alin (1) litera c) din Legea nr. 98/..... obligă autoritatea contractantă să excludă din procedura de atribuire a acordului cadru orice operator economic care 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.

Astfel activitatea domnului ... sancționată de Tribunalul ..... Secția I Penală prin condamnarea acestuia pentru infracțiunea de evaziune fiscală în formă continuată, în baza art. 9 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 241/2005 (evidențierea, în actele contabile sau în alte documente legale, a cheltuielilor care nu au la bază operațiuni reale ori evidențierea altor operațiuni fictive) este calificată drept abatere profesională gravă, având consecințe asupra societății SC ..... SRL, datorită calității de persoană cu putere de decizie conform dispozițiilor art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016."

..... nu a respins oferta SC ..... SRL în baza art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/....., pentru comiterea de către operatorul economic a vreunei abateri profesionale grave, care să îi pună în discuţie integritatea, motiv distinct de cel consemnat de autoritate în actele de evaluare. Eventuala neglijență de întocmire a

acestora nu poate fi acoperită printr-un punct de vedere redactat în urma contestației.

În speță, relevante sunt următoarele prescripții ale Legii nr. 98/2016:

Art. 164. - (1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic cu privire la care a stabilit, în urma analizei informaţiilor şi documentelor prezentate de acesta, sau a luat cunoştinţă în orice alt mod că a fost condamnat prin hotărâre definitivă a unei instanţe judecătoreşti, pentru comiterea uneia dintre următoarele infracţiuni:

a) constituirea unui grup infracţional organizat, prevăzută de art. 367 din Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, cu modificările şi completările ulterioare, sau de dispoziţiile corespunzătoare ale legislaţiei penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

b) infracţiuni de corupţie, prevăzute de art. 289-294 din Legea nr. 286/2009, cu modificările şi completările ulterioare, şi infracţiuni asimilate infracţiunilor de corupţie prevăzute de art. 10-13 din Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea şi sancţionarea faptelor de corupţie, cu modificările şi completările ulterioare, sau de dispoziţiile corespunzătoare ale legislaţiei penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

c) infracţiuni împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene, prevăzute de art. 18_1 -18_5 din Legea nr. 78/2000, cu modificările şi completările ulterioare, sau de dispoziţiile corespunzătoare ale legislaţiei penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

d) acte de terorism, prevăzute de art. 32-35 şi art. 37-38 din Legea nr. 535/2004 privind prevenirea şi combaterea terorismului, cu modificările şi completările ulterioare, sau de dispoziţiile corespunzătoare ale legislaţiei penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

e) spălarea banilor, prevăzută de art. 29 din Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea şi sancţionarea spălării banilor, precum şi pentru instituirea unor măsuri de prevenire şi combatere a finanţării terorismului, republicată, cu modificările ulterioare, sau finanţarea terorismului, prevăzută de art. 36 din Legea nr. 535/2004, cu modificările şi completările ulterioare, sau de dispoziţiile corespunzătoare ale legislaţiei penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

f) traficul şi exploatarea persoanelor vulnerabile, prevăzute de art. 209-217 din Legea nr. 286/2009, cu modificările şi completările ulterioare, sau de dispoziţiile corespunzătoare ale legislaţiei penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

g) fraudă, în sensul articolului 1 din Convenţia privind protejarea intereselor financiare ale Comunităţilor Europene din 27 noiembrie 1995.

(2) Obligaţia de a exclude din procedura de atribuire un operator economic, în conformitate cu dispoziţiile alin. (1), se aplică şi în cazul în care persoana condamnată printr-o hotărâre definitivă este membru al organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic sau are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia.

Art. 171. - (1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 164 şi 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilităţii, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 164 şi 167 le poate furniza autorităţii contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plăţii sau la asumarea de către operatorul economic a obligaţiei de plată a despăgubirilor în ceea ce priveşte eventualele prejudicii cauzate printr-o infracţiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor şi împrejurărilor în

care a fost comisă infracţiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autorităţile care efectuează investigaţia, şi la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete şi adecvate la nivel tehnic, organizaţional şi în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele şi organizaţiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control şi raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispoziţiilor legale şi a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea şi plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârşirea unor noi infracţiuni sau alte fapte ilicite.

(4) În cazul în care operatorului economic i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanţe de judecată măsura interdicţiei de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziţie publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune, care produce efecte în România, prevederile alin. (1)-(3) nu sunt aplicabile pe toată perioada de excludere stabilită prin respectiva hotărâre.

(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanţe de judecată măsura interdicţiei de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziţie publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situaţiile de excludere prevăzute la art. 164 şi 167 nu se aplică:

a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. 164, a expirat o perioadă de 5 ani de la data hotărârii definitive de condamnare;

b) dacă, în cazul situaţiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariţiei situaţiei, săvârşirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

La dosarul achiziției publice, Consiliul nu regăsește nicio hotărâre judecătorească de condamnare a numitului ..., ci doar certificatul constatator nr. 751552/29.11....., emis de Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul ....., în cuprinsul căruia există următoarea mențiune:

„În baza art. 9 al. 1 lit. c din Legea nr. 241/2005 (forma în vigoare în 2010), cu aplic. art. 41 al. 2 din C.p. din 1969 şi art. 5 N.C.p., şi cu apl. art. 10 alin. 1 teza a II-a din Legea nr. 241/2005 (forma în vigoare în 2010), art. 63 alin.1, 3 C.pen. din 1969, art. 374 alin.4, art.396 alin.10 Cpp, condamnă pe inculpatul ..., la pedeapsa amenzii penale în cuantum de 22.500 lei, pentru săvârşirea infracţiunii de evaziune fiscală, în formă continuată (fapta savârşită in perioada 2009-2010). Atrage atenţia inculpatului că dacă se sustrage cu rea-credinţă de la executarea pedepsei amenzii, instanţa poate inlocui această pedeapsă cu pedeapsa închisorii. Ia act că faţă de inculpaţii … şi ... s-a luat măsura controlului judiciar prin ordonanţele procurorului din cadrul Parchetului de pe lângă Curtea de Apel ..... 1508/P/2013 din data de 04.12.2014 începând cu data de 04.12.2014 până la terminarea urmăriri penale, măsurile preventive încetând de drept la data de 12.02.2015. În baza art. 19 rap. la art. 397 NCPP admite în parte acţiunea civilă formulată de partea civilă Agenţia Naţională de Administrare Fiscală cu sediul in ....., str. Apolodor nr. 17, sector 5 prin Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice ..... – Biroul Juridic Contencios 2 şi obligă pe inculpatul ..., în solidar cu partea responsabilă civilmente S.C. … S.R.L., la plata către partea civilă a obligaţilor fiscale accesorii aferente debitului principal (în cuantum

de 263.609 lei), ce se vor calcula în conformitate cu legislaţia fiscală de la data scadenţei obligaţiei de plată şi până la data achitării integrale a debitului.”

..... nu s-a preocupat să obțină de la ofertant o copie a sentinței penale nr. 1336 din 27 mai 2016, pronunțată în dosarul nr. 45571/3/2015 de Tribunalul ....., Secția I penală. Aceasta nu există depusă la dosarul aflat pe rolul Consiliului de niciuna dintre părțile litigante (contestatoarea a furnizat Consiliului doar două pagini ale sentinței).

Din ansamblul normativ privind achizițiile publice evocat reiese că legiuitorul nu a dorit să sancționeze cu excluderea din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru operatorii economici condamnați pentru orice fel de infracţiuni, ci doar pentru cele enumerate limitativ la art. 164 alin. (1). Între acestea nu se regăsește și infracţiunea de evaziune fiscală, pentru care a fost condamnat domnul ....

Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea şi combaterea evaziunii fiscale („forma în vigoare în 2010”) prevede:

Art. 9. - (1) Constituie infracţiuni de evaziune fiscală şi se pedepsesc cu închisoare de la 2 ani la 8 ani şi interzicerea unor drepturi următoarele fapte săvârşite în scopul sustragerii de la îndeplinirea obligaţiilor fiscale:

[...]

c) evidenţierea, în actele contabile sau în alte documente legale, a cheltuielilor care nu au la bază operaţiuni reale ori evidenţierea altor operaţiuni fictive.

Art. 10. - (1) În cazul săvârşirii unei infracţiuni de evaziune fiscală prevăzute de prezenta lege, dacă în cursul urmăririi penale sau al judecăţii, până la primul termen de judecată, învinuitul ori inculpatul acoperă integral prejudiciul cauzat, limitele pedepsei prevăzute de lege pentru fapta săvârşită se reduc la jumătate. Dacă prejudiciul cauzat şi recuperat în aceleaşi condiţii este de până la 100.000 euro, în echivalentul monedei naţionale, se poate aplica pedeapsa cu amendă. Dacă prejudiciul cauzat şi recuperat în aceleaşi condiţii este de până la 50.000 euro, în echivalentul monedei naţionale, se aplică o sancţiune administrativă, care se înregistrează în cazierul judiciar.

Din mențiunea din certificatul constatator nu rezultă că instanța judecătorească i-ar fi aplicat domnului ... pedeapsa complementară a interzicerii dreptului de a participa la procedurile de achiziţie publică. De asemenea, nu rezultă că persoana numită s-ar face vinovată de comiterea vreunei infracțiuni împotriva intereselor Uniunii Europene, respectiv de „fraudă, în sensul articolului 1 din Convenţia privind protejarea intereselor financiare ale Comunităţilor Europene din 27 noiembrie 1995”.

Nici prin argumentarea din punctul de vedere asupra contestației şi nici prin mijloacele de probă anexate lui, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) şi art. 249 C. proc. civ., care impun părţilor să susţină cu mijloace de probă cele ce afirmă în faţa Consiliului, autoritatea contractantă nu reuşeşte să probeze că evaziunea fiscală săvârșită acum 8-9 ani de către domnul ... a implicat fonduri europene ori că a afectat în mod concret interesele financiare ale Uniunii Europene, inclusiv bugetele acesteia și ale

instituțiilor sale. Nicio instituție a Uniunii nu a fost parte în procesul penal în care s-a pronunțat sentința penală nr. 1336 din 27 mai 2016.

Potrivit Legii nr. 61/2011 privind organizarea şi funcţionarea Departamentului pentru lupta antifraudă - DLAF, acesta asigură, sprijină şi coordonează, după caz, îndeplinirea obligaţiilor ce revin României privind protecţia intereselor financiare ale Uniunii Europene, în conformitate cu prevederile art. 325 din Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene. Nu intră în competența Inspectoratului General pentru Situații de Urgență să hotărască faptul că domnul ... se face vinovat de prejudicierea intereselor financiare ale Uniunii Europene.

În mod nejustificat, autoritatea nu a ținut seama nici de adresa nr. 79432/26.09.2016, emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Direcția generală programe europene, în care s-a arătat că: „*Din documentația transmisă, nu rezultă că fapta pentru care a fost condamnat domnul ..., administratorul societății, ar avea legătură cu obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora*."

Dacă s-ar valorifica motivarea suplimentară, bizuită pe art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 (excluderea pentru abatere profesională gravă), ea trebuie verificată prin prisma art. 171 alin. (5), fapta fiind săvârșită în urmă cu mai mult de trei ani.

Față de ansamblul considerentelor expuse, se reține că evaluarea ofertelor SC ..... SRL pentru ambele loturi s-a realizat în mod superficial și cu nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare în privința verificării atente de către autoritate a îndeplinirii cerințelor de calificare și, pe cale de consecință, criticile societății contestatoare sunt fondate. Astfel stând lucrurile, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația societății nr. ...../....., în contradictoriu cu ....., va anula procesul-verbal nr. 97178/19.12..... și raportul procedurii nr. 97194/20.12....., și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor SC ..... SRL și la emiterea unui nou proces-verbal și a unui nou raport al procedurii de atribuire pentru cele două loturi, cu respectarea întocmai a documentației licitației și a legislației aplicabile privind achizițiile publice. În baza aceluiași temei legal, va anula adresa autorității contractante de comunicare către SC ..... SRL a rezultatului procedurii la respectivele loturi, subsecventă și dependentă de raportul procedurii, și va obliga autoritatea să îi comunice acestei societăți noul ..... al procedurii de atribuire.

Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este

responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de elaborare a proceselor-verbale și a rapoartelor comisiei de evaluare, inclusiv în ceea ce privește concluziile verificărilor condițiilor de calificare legate de motivele de excludere a ofertanților.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația SC ..... SRL nr. ...../ ....., în contradictoriu cu ....., și anulează procesul-verbal nr. 97178/ 19.12....., raportul procedurii nr. 97194/20.12..... și adresa nr. 97195/20.12....., pentru ambele loturi. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor contestatoarei pentru aceste loturi și la emiterea unui nou proces-verbal și a unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertelor și aprobarea noului raport al procedurii, autoritatea va comunica rezultatul procedurii la loturile în cauză către SC ..... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în patru exemplare, conține cincisprezece pagini.