CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, 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. MT 6216/12.10.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 43162/13.10.2017, depusă de către SC ... SA, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva actului administrativ nr. A3/5880/05.10.2017, reprezentând comunicarea privind rezultatul etapei de selectare a candidaţilor, emis de către ..., în calitate de autoritate contractantă cu sediul în ..., referitoare la procedura de licitaţie restrânsă privind atribuirea contractului de achiziţie publică de furnizare având ca obiect „Modernizare/retehnologizare sistem de evaluare a tragerilor sol – aer EOTS-F (EOTS- F-M)”, s-a solicitat:
- anularea comunicării privind rezultatul etapei de selectare a candidaţilor transmisă sub nr. A3/5880 din 05.10.2017 şi a tuturor documentelor în baza cărora s-a emis această comunicare, precum şi obligarea autorităţii contractante la reluarea evaluării candidaturii sale,
- suspendarea procedurii de licitaţie restrânsă etapa I – calificarea candidaţilor, până la soluţionarea pe fond a contestaţiei.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestaţia MT 6216/12.10.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 43162/13.10.2017, SC ... SA, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorităţii contractante de respingere a candidaturii sale, la finalul primei etape a procedurii de atribuire.

Contestatoarea menţionează că prin adresa nr. A3/5880/05.10.2017, autoritatea contractantă i-a adus la cunoştinţă respingerea candidaturii sale, pe motiv că *„societatea figurează la data de 31.08.2017 cu restanţe de plată în valoare de 695.066 lei la Bugetul general consolidat. Conform*

certificatului de atestare fiscală emis de Direcţia venituri buget local a Sectorului 2 al Municipiului Bucureşti, SC ... SRL figurează cu creanţe bugetare de plată în valoare de 3.829 lei către bugetul local”.

Autoritatea contractantă a făcut referire la prevederile pct. 3.2.1 din fişa de date a achiziţiei: *„Vor fi excluşi din cadrul procedurii, operatorii economici care se încadrează în oricare din situaţiile stipulate la art. 150, art. 155 şi art.156 din OUG nr. 114/2011”.*

Contestatoarea menţionează că la data de 09.10.2017, a formulat notificare prealabilă, la care autoritatea contractantă i-a răspuns, precizând faptul că *„Luna anterioară faţă de data limită a depunerii candidaturilor (07.09.2017) este luna august 2017 iar din cele comunicate şi din documentele prezentate de SC ... SA, acesta a figurat cu datorii la bugetul de stat consolidat în valoare de 695.066 lei până la data de 22.08.2017 (data deschiderii procedurii de insolvenţă). Din cele enunţate anterior, se constată că SC ... SA nu a îndeplinit cerinţa de calificare prevăzută la pct. III.2.1 din fişa de date a achiziţiei, încadrându-se în luna august 2017 în situaţia prevăzută la art. 156 lit. e) din OUG nr. 114/2011...”.*

Având în vedere cele precizate anterior, contestatoarea invocă prevederile art. 156 lit. e) din OUG nr. 114/2011 şi menţionează că prin încheierea pronunţată la data de 22.08.2017 în dosarul 29450/3/2017, Tribunalul Bucureşti, Secţia a VII-a Civilă a admis cererea debitorului SC ... SRL şi a dispus deschiderea procedurii generale de insolvenţă împotriva sa.

Datoriile în valoare de 695.066 lei care se regăsesc în certificatul de atestare fiscală nr. 814978/06.09.2017, reprezintă datorii înregistrate înainte de data deschiderii procedurii de insolvenţă a SC ... SA având natura juridică prevăzută de Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenţei şi de insolvenţă, sub condiţia înregistrării cererii creditorului de înscriere la masa credală a debitoarei, în termenul comunicat de către judecătorul sindic.

Conform art. 5 pct. 19 din Legea nr. 85/2014, *creditor îndreptăţit să participe la procedură este acel titular al unui drept de creanţă asupra averii debitorului, care a înregistrat o cerere de înscriere a creanţei, în urma admiterii căreia dobândeşte drepturile şi obligaţiile reglementate de prezenta lege pentru fiecare stadiu al procedurii. Calitatea de creditor încetează ca urmare a neînscrierii sau a înlăturării din tabelele creditorilor întocmite sccesiv în procedură, precum şi prin încheierea procedurii....*

Legea nr. 85/2014 tratează diferit categoria creditorului îndreptăţit să participe la procedură, de categoria creditorului cu creanţe curente sau creditorului curent, ultima categorie fiind definită ca *acel creditor ce deţine creanţe certe, lichide şi exigibile, născute în timpul procedurii de insolvenţă şi care are dreptul de a i se achita cu prioritate creanţa, conform documentelor din care rezultă* – art. 5 pct. 21 din Legea nr. 85/2014.

În acest sens, contestatoarea afirmă că deschiderea procedurii de insolvenţă la data de 22.08.2017 (deci în luna august pe care o reclamă autoritatea contractantă ca fiind luna în care societatea nu ar fi trebuit să aibă înregistrate datorii la bugetul general consolidat), a avut ca efect

înlăturarea caracterului de creanţă curentă a creanţei în valaoare de 695.066 lei, deţinute de ANAF împotriva sa.

Contestatoarea învederează că Agenţia de Administrare Fiscală a formulat în cadrul procedurii de insolvenţă, cerere de înscriere a creanţei în sumă de 695.066 lei în tabelul preliminar.

De asemenea, în Certificatul de atestare fiscală nr. 814978/06.09.2017, pct. III - Menţiuni relevante pentru situaţia fiscală a contribuabilului, nu sunt prezentate date din care să rezulte că societatea are datorii curente faţă de bugetul de stat consolidat.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluţionării contestaţiei, precum şi punctul de vedere nr. A3/6211/17.10.2017, înregistrat la Consiliu sub nr. 43818/17.10.2017, în care precizează că în baza prevederilor art. 58 din OUG nr. 114/2011, autoritatea contractantă a organizat procedura de atribuire în două etape:

- Etapa I a procedurii - Selectarea candidaţilor,
- Etapa a II-a a procedurii - Evaluarea ofertelor depuse de candidaţii selectaţi.

În temeiul prevederilor art. 151 din OUG nr. 114/2011, prin documentaţia de atribuire aferentă etapei I a procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a aplicat criterii de calificare şi selecţie referitoare la:

- Situaţia personală a candidatului (pct. III.2.1) din fişa de date;
- Capacitatea de exercitare a activităţii profesionale (pct. III.2.1) din fişa de date;
- Situaţia economică şi financiară (pct. III.2.2) din fişa de date;
- Capacitatea tehnică şi / sau profesională (pct. III.2.3) din fişa de date;
- Standarde de asigurare a calităţii (pct III.2.3) din fişa de date.

Pentru îndeplinirea criteriilor de calificare privind situaţia personală, candidaţii trebuiau să facă dovada că nu se încadrează în niciuna din situaţiile stipulate la art. 155, art. 156 şi art. 150 din OUG. nr. 114/2011.

Întrucât autoritatea contractantă are obligaţia de a exclude din procedura de atribuire orice candidat/ofertant care se află în una din situaţiile stipulate la art. 150 şi art. 155 din OUG nr. 114/2011 şi are dreptul de a exclude din procedura de atribuire orice candidat/ofertant care se încadrează în una din situaţiile stipulate la art. 156 OUG nr. 114/2011, sancţiunea neîndeplinirii criteriului aplicat de autoritatea contractantă a fost excluderea din procedură a operatorilor economici care se încadrează în oricare din situaţiile stipulate la art. 150, art. 155 şi / sau art. 156 din OUG nr. 114/2011 sau nu prezintă documentele care probează / confirmă îndeplinirea cerinţelor.

În perioada cuprinsă între data iniţierii procedurii şi data limită de depunere a candidaturilor a fost depusă o singură solicitare de clarificări privind documentaţia de atribuire aferentă Etapei I a procedurii, de către SC ... SRL, cu scrisoarea nr. 105/25.08.2017, la care autoritatea contractantă a răspuns cu adresa nr. A3/4884/28.08.2017.

În baza prevederilor art. 6, alin. (1) din Metodologia de evaluare a candidaturilor/ofertelor depuse în cadrul procedurilor de achiziţie organizate în baza OUG nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte

de achiziţii publice în domeniile apărării şi securităţii (Metodologia de evaluare), candidatura depusă de SC ... SA a fost respinsă, deoarece aceasta a fost considerată inacceptabilă în temeiul prevederilor art. 5, lit. b) din Metodologia de evaluare, întrucât candidatul nu a îndeplinit una din cerinţele de calificare privind situaţia personală, stabilite în documentaţia de atribuire.

Cu privire la datoriile la bugetul de stat consolidat care se regăsesc în certificatul de atestare fiscală nr. 814978/06.09.2017, autoritatea contractantă menţionează că existenţa datoriilor menţionate mai sus este indubitabilă, fiind recunoscută chiar de contestator în contestaţia depusă.

De asemenea, este cert faptul că SC ... SA înregistra aceste datorii în luna anterioară depunerii candidaturilor (august 2017). Starea de insolvenţă a operatorului SC ... SA nu-i poate conferi acestuia un tratament preferenţial faţă de ceilalţi participanţi la procedura de atribuire.

În temeiul art. 156 lit. e), autoritatea contractantă a prevăzut în documentaţia de atribuire faptul că va exclude de la procedură toţi candidaţii care se încadrează în oricare din situaţiile stipulate la art. 150, art. 155 şi / sau art. 156 din OUG nr. 114/2011 sau nu prezintă documentele care probează/confirmă îndeplinirea cerinţelor.

SC .... SA nu a făcut dovada că îndeplineşte cerinţa, aşa cum aceasta a fost prevăzută în documentaţia de atribuire şi a fost exclus din procedura de atribuire. Mai mult, operatorul economic nu a contestat cerinţa respectivă în termenul legal şi a acceptat-o prin depunerea candidaturii.

Nu există prevederi legale care să stabilească faptul că un operator economic care are datorii la bugetul de stat, dar care se declară în insolvenţă, nu mai are obligaţia de a îndeplini criteriile de calificare stabilite prin documentaţia de atribuire utilizată de o autoritate contractantă în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziţie publică; de asemenea, nu există nicio bază legală care să stabilească faptul că un candidat care are datorii la bugetul de stat, dar care se află în procedură de insolvenţă, trebuie selectat să participe la etapa a II-a a unei proceduri de achiziţie.

Modul în care contestatoarea încearcă să utilizeze prevederi ale unor articole din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenţei şi de insolvenţă, prin folosirea improprie a unor definiţii în scopul de a induce ideea că datoriile existente la momentul deschiderii procedurii de insolvenţă, „nu mai sunt datorii", nu justifică susţinerile acestuia referitoare la acţiunile şi actele întocmite de autoritatea contractantă, care a acţionat cu respectarea prevederilor legale şi cele ale documentaţiei de atribuire.

În susţinerea celor prezentate mai sus vine şi faptul că Agenţia de Administrare Fiscală a formulat, în cadrul procedurii de insolvenţă, cerere de înscriere a creanţei (datoriei) în sumă de 695.066 lei în tabelul preliminar.

Nu în ultimul rând, achitarea datoriei după momentul selectării candidaţilor în cadrul prezentei proceduri, relevă faptul că acesta nu a fost în imposibilitatea de a achita datoria prevăzută în certificatul de atestare fiscală nr. 814978 din 06.09.2017 şi că nu a avut o conduită compatibilă

cu cerinţele impuse prin documentaţia de atribuire de autoritatea contractantă.

Dispoziţiile art. 5 pct. 19 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenţei şi de insolvenţă, cu modificările şi completările ulterioare, defineşte calitatea de creditor în cadrul procedurii de insolvenţă, iar dispoziţiile pct. 21 din aceeaşi lege reglementează ordinea de prioritate a creditorilor, neavând nicio incidenţă în speţa dedusă judecăţii.

În final autoritatea contractantă solicită respingerea contestaţiei SC ... SA întrucât aceasta este fără obiect şi inadmisibilă.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitaţie restrânsă, privind atribuirea contractului de achiziţie publică de furnizare având ca obiect „Modernizare/retehnologizare sistem de evaluare a tragerilor sol – aer EOTS-F (EOTS- F-M)”. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare nr. 177795/08.08.2017.

În cadrul etapei de selecție a candidaturilor, candidatura contestatoarei SC .... SA a fost respinsă, pe motiv că *„societatea figurează la data de 31.08.2017 cu restanţe de plată în valoare de 695.066 lei la Bugetul general consolidat. Conform certificatului de atestare fiscală emis de Direcţia venituri buget local a Sectorului 2 al Municipiului Bucureşti, SC .... SRL figurează cu creanţe bugetare de plată în valoare de 3.829 lei către bugetul local”*.

Autoritatea contractantă a făcut referire, în motivarea deciziei de respingere a candidaturii, la prevederile pct. 3.2.1 din fişa de date a achiziţiei: *„Vor fi excluşi din cadrul procedurii, operatorii economici care se încadrează în oricare din situaţiile stipulate la art. 150, art. 155 şi art.156 din OUG nr. 114/2011”.*

Pentru dovedirea îndeplinirii cerinţei de calificare contestatoarea a depus certificatul de atestare fiscală nr. 814978/06.09.2017 emis de DGRF București, prin care se precizează că la data de 31.08.2017, SC ... SA figurează în evidenţele fiscale cu obligaţii fiscale şi obligaţii bugetare în valoare de 695.066 lei. Totodată, la punctul III Menţiuni relevante pentru situaţia fiscală a contribuabilului se precizează: *Insolvenţă 29450/22.08.2017*. De asemenea, anexează cererea de înscriere a creanței în tabelul preliminar, formulată de Ministerul Finanțelor publice în cadrul dosarului 29450/3/2017, din care rezultă că suma de 695.066 lei datorată de către SC .... SA bugetului de stat, aşa cum rezultă din certificatul de atestare fiscală nr. 814978/06.09.2017, constituie creanţă fiscală născută anterior deschiderii procedurii de insolvenţă.

Vizavi de susținerile societății contestatoare referitoare la faptul că ”de la data deschiderii procedurii orice plată a creanțelor se suspendă”, Consiliul consideră relevante următoarele dispoziții legale:

- art. 5 alin. (1) pct. 29 din Legea nr. 85/2014 *insolvenţa este acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficienţa fondurilor băneşti disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide şi exigibile, astfel: a) insolvenţa debitorului se prezumă atunci când acesta,*

după 60 de zile de la scadenţă, nu a plătit datoria sa faţă de creditor; prezumţia este relativă; b) insolvenţa este iminentă atunci când se dovedeşte că debitorul nu va putea plăti la scadenţă datoriile exigibile angajate, cu fondurile băneşti disponibile la data scadenţei.

- art. 75 alin. (1) 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. Valorificarea drepturilor acestora se poate face numai în cadrul procedurii insolvenţei, prin depunerea cererilor de admitere a creanţelor. Repunerea pe rol a acestora este posibilă doar în cazul desfiinţării hotărârii de deschidere a procedurii, a revocării încheierii de deschidere a procedurii sau în cazul închiderii procedurii în condiţiile art. 178. În cazul în care hotărârea de deschidere a procedurii este desfiinţată sau, după caz, revocată, acţiunile judiciare sau extrajudiciare pentru realizarea creanţelor asupra averii debitorului pot fi repuse pe rol, iar măsurile de executare silită pot fi reluate. La data rămânerii definitive a hotărârii de deschidere a procedurii, atât acţiunea judiciară sau extrajudiciară, cât şi executările silite suspendate încetează.*
- art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014 ***Debitorul aflat în procedura insolvenţei nu poate fi împiedicat să participe la licitaţii publice** pentru motivul deschiderii procedurii**.***
- art. 102 alin. (6) din Legea nr. 85/2014 ***Creanţele născute după data deschiderii procedurii, în perioada de observaţie sau în procedura reorganizării judiciare vor fi plătite conform documentelor din care rezultă, nefiind necesară înscrierea la masa credală**.* *Prevederea se aplică în mod corespunzător pentru creanţele născute după data deschiderii procedurii de faliment*.
- art. 265 din Codul de Procedură Fiscală *În sensul prezentului cod este insolvabil debitorul ale cărui venituri ori bunuri urmăribile au o valoare mai mică decât obligaţiile fiscale de plată sau care nu are venituri ori bunuri urmăribile. (2) Pentru obligaţiile fiscale ale debitorilor declaraţi în stare de insolvabilitate care nu au venituri sau bunuri urmăribile, conducătorul organului de executare silită dispune scoaterea creanţei din evidenţa curentă şi trecerea ei într-o evidenţă separată pe baza procesului-verbal de insolvabilitate. (3) În cazul debitorilor prevăzuţi la alin. (2) executarea silită se întrerupe. Organul fiscal are obligaţia ca cel puţin o dată pe an să efectueze o investigaţie asupra stării acestor contribuabili, care nu constituie acte de executare silită. (4) În cazurile în care se constată că debitorii au dobândit venituri sau bunuri urmăribile, organele de executare silită iau măsurile necesare de trecere din evidenţa separată în evidenţa curentă şi de executare silită. (5) În vederea recuperării creanţelor fiscale de la debitorii care se află în stare de insolvenţă potrivit Legii nr. 85/2014, organul fiscal solicită înscrierea la masa credală a impozitelor, taxelor, contribuţiilor sociale existente în evidenţa creanţelor fiscale la data declarării insolvenţei. (6) Dispoziţiile alin. (5) se aplică şi în vederea recuperării creanţelor fiscale de la debitorii aflaţi în lichidare în condiţiile legii. (7) Cererile organelor fiscale privind începerea procedurii insolvenţei sunt scutite de consemnarea vreunei cauţiuni. (8) În situaţia în care organul fiscal central deţine cel puţin 50%*

din valoarea totală a creanţelor, A.N.A.F. poate decide desemnarea unui administrator judiciar/lichidator, stabilindu-i şi remuneraţia. Confirmarea administratorului judiciar/ lichidatorului desemnat de A.N.A.F. de către judecătorul-sindic se efectuează, conform art. 45 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 85/2014. (9) În dosarele în care organul fiscal deţine cel puţin 50% din valoarea totală a creanţelor, acesta are dreptul să verifice activitatea administratorului judiciar/lichidatorului şi să îi solicite prezentarea documentelor referitoare la activitatea desfăşurată şi onorariile încasate.

Având în vedere cele prezentate, Consiliul consideră că autoritatea contractantă nu putea invoca acest motiv pentru respingerea ofertei contestatoarei deoarece nu a dovedit că creanţele înscrise în certificatul constatator sunt născute după data deschiderii procedurii de insolvenţă. Eventual asupra acestui aspect putea solicita clarificări suplimentare ofertantului sau organului fiscal emitent, în măsura în care actele de la dosar nu erau suficient de relevante. Totodată, Consiliul nu poate reține ca relevante, în motivarea respingerii candidaturii, alegațiile autorității contractante potrivit cărora achitarea datoriei după momentul selectării candidaţilor în cadrul prezentei proceduri, relevă faptul că acesta nu a fost în imposibilitatea de a achita datoria prevăzută în certificatul de atestare fiscală nr. 814978 din 06.09.2017 şi că nu a avut o conduită compatibilă cu cerinţele impuse prin documentaţia de atribuire de autoritatea contractantă. Altfel spus, autoritatea contractantă consideră că plata anticipată a creanței bugetare, înainte de întocmirea tabelului creditorilor și a distribuirii sumelor, ar fi un lucru defavorabil contestatoarei, care ar trebui sancționat cu excluderea. Un astfel de raționament nu este în concordanță cu prevederile legale citate, după cum nu este în concordanță nici cu spiritul noilor reglementări în materia achizițiilor publice (Legea nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016), care, deși inaplicabile în cauză, trebuie să reorienteze autoritatea contractantă în interpretarea dispozițiilor art. 150, art. 155 şi art. 156 din OUG nr. 114/2011. Astfel, art. 165 alin. (3) din din Legea nr. 98/2016 stabilește expres drept o clauză de neexcludere a operatorului economic achitarea obligațiilor către bugetul de stat, or autoritatea consideră că tocmai această plată ar fi o circumstanță agravantă împotriva acestui operator.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ... SA, în contradictoriu cu ... și va dispune reevaluarea candidaturii contestatoarei.

Pentru aceste motive,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ... SA, în contradictoriu cu ... și dispune reevaluarea candidaturii contestatoarei în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

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

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

„

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 8 (opt) pagini.