

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. 2721/C3/2998
Data: 09.12.2021

Prin contestația nr. 284/18.11.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 60440/18.11.2021, înaintată de SRL, cu sediul în, județul, înmatriculată în registrul comerțului cu nr., CUI, reprezentată legal de, administrator, formulată împotriva rezultatului atribuirii lotului 5 al licitației deschise organizate de autoritatea contractantă, cu sediul în, județul, în vederea atribuirii unui contract de „Servicii de pază pentru obiectivele aparținând unității administrativ teritoriale județul în perioada 2021-2022”, inițiată cu anunțul de participare nr. CN1029844 din 03.04.2021, s-a solicitat

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

Prin contestația nr. 284/18.11.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 60440/18.11.2021, ... SRL atacă decizia autorității contractante de a-i declara inacceptabilă oferta depusă pentru lotul 5 al procedurii mai sus amintite.

În fapt, contestatoarea (oferant clasat pe primul loc în clasamentul ofertelor admisibile) arată că autoritatea contractantă i-a solicitat documente justificative actualizate, prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE.

Ulterior, autoritatea contractantă a mai solicitat o dată transmiterea documentelor care să probeze informațiile din DUAE, invocând faptul că Ordonanța nr. 3/2021 nu se poate aplica în cadrul procedurii, deoarece nu era în vigoare la data inițierii anunțului de participare.

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă excede cadrul legal în vigoare, fără a lua în calcul dispozițiile Ordonanței nr. 3/2021,

care completează dispozițiile art. 165 din Legea nr. 98/2016, cu cele ale alin. (3), potrivit cărora: *pentru respectarea prevederilor alin. (2), în etapa prevăzută la art. 196 alin. (2), operatorul economic prezintă pentru sediul principal documente din care să reiasă neîncadrarea în prevederile art. 165 alin. (1), iar pentru sediile secundare/punctele de lucru, o declarație pe propria răspundere privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate, solicitând în mod expres certificatele de atestare fiscală ale subcontractantului de la toate punctele de lucru.*

Totodată, comisia de evaluare eludează prevederile documentației de atribuire, fișa de date (cap. II, pag. 7) și, respectiv, instrucțiuni către ofertanți (secțiunea 3 - informații juridice, cerința 2), potrivit cărora, pentru confirmarea informațiilor cuprinse în DUAЕ, atât ofertantul, cât și subcontractantul prezintă, la solicitarea autorității contractante, *certificate de atestare fiscală (...) și orice alte documente echivalente doveditoare.*

Or, declarația prezentată de SRL pentru punctele de lucru din țară reprezintă, conform legislației în vigoare, un document echivalent.

Pentru sediul principal al subcontractantului, unde sunt înregistrate toate bunurile mobile și imobile din patrimoniul său, s-a transmis certificatul de atestare fiscală privind plata impozitelor și taxelor la bugetul local, eliberat de Primăria Sectorului 2 al Municipiului București, la data de 26.10.2021 (așa cum prevede Ordonanța nr. 3/2021). La punctele de lucru declarate, subcontractantul a închiriat spații, unde angajații desfășoară activități de birou.

Pentru confirmare, contestatoarea arată că a transmis ultimele certificate de atestare fiscală privind impozitele, taxele locale și alte venituri datorate bugetelor locale, de la toate punctele de lucru ale subcontractantului, din care rezultă foarte clar că nu figurează cu bunuri mobile și imobile la acestea și nici cu creanțe bugetare de plată.

Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă a interpretat în mod restrictiv completările aduse Legii nr. 98/2016 de Ordonanța nr. 3/2021, fără a ține cont de faptul că dovezile solicitate, respectiv certificatele de atestare fiscală (la bugetele locale) pentru punctele de lucru ale subcontractantului, sunt supuse dispozițiilor de drept comun, mai exact dispozițiilor art. 26 (Legea aplicabilă mijloacelor de probă) din Codul de procedură civilă.

De altfel, contestatoarea susține că dovezile solicitate în cadrul acestei proceduri se depun conform prevederilor fișei de date, cap. II, pag. 5 (înainte de atribuirea contractului, achizitorul va solicita ofertantului clasat pe primul loc, după aplicarea criteriului de atribuire, să prezinte documente justificative actualizate, prin care să demonstreze îndeplinirea cerinței), și anume, potrivit legii în vigoare la data solicitării și administrării lor, mai exact potrivit Ordonanței nr. 3/2021.

Or, autoritatea contractantă nu a înțeles rolul Ordonanței nr. 3/2021, care a fost elaborată tocmai pentru simplificarea procedurilor aflate în derulare și a celor viitoare, având în vedere și contextul crizei sanitare acute și pandemiei de COVID-19 și solicită în mod abuziv documente care pot fi înlocuite printr-o simplă declarație pe proprie răspundere.

Totodată, trebuie avut în vedere și faptul că există măsuri restrictive de acces în instituțiile publice, ce au pus în imposibilitatea de a se putea obține certificatele de atestare fiscală la bugetele locale de către angajații subcontractantului, care, în unele localități sunt carantinați sau nu sunt vaccinați pentru a avea acces în aceste instituții. Majoritatea primăriilor din țară nu eliberează online astfel de documente, iar la cele care funcționează acest serviciu, documentele se eliberează în termen de 30 de zile, perioadă care ar fi depășit termenul de răspuns la clarificări.

Mai mult, contestatoarea reclamă faptul că autoritatea contractantă, în mod paradoxal, a analizat diferit aceleași documente transmise pentru confirmarea informațiilor din DUAЕ, în sensul că, pentru ea (oferant) a fost acceptată declarația pe proprie răspundere pentru sediul secundar, conform Ordonanței nr. 3/2021, iar în cazul subcontractantului său nu (o declarație pe proprie răspundere, similară).

Prin adresa nr. 22781/22.11.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 62272/02.12.2021, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestație, prin care solicită respingerea acesteia ca neîntemeiată.

Autoritatea contractantă arată că, ulterior reevaluării propunerii tehnice aparținând SRL și a propunerilor financiare declarate admisibile (măsură ce a fost impusă prin decizia Consiliului nr. 2049/C3/2157,2162,2171,2200 din 14.09.2021) și a stabilirii clasamentului ofertanților, a solicitat contestatoarei să depună documentele justificative pentru demonstrarea îndeplinirii tuturor criteriilor de calificare, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ.

Analizând documentele transmise, comisia de evaluare a constatat faptul că, potrivit certificatului nr. 783251/25.10.2021, subcontractantul SRL are 43 de puncte de lucru, pentru care a depus declarația pe propria răspundere din data de 26.10.2021, prin care dl. Pricop Octavian, în calitate de reprezentant legal al SRL, declară pe propria răspundere că nu are datorii restante la bugetele locale pentru punctele de lucru declarate în certificatul constatator.

Comisia de evaluare a reținut că subcontractantul SRL a înțeles să uzeze de prevederile art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, transmitând o declarație pe propria răspundere privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor pentru cele 43 de puncte de lucru declarate în certificatul constatator.

Având în vedere faptul că: (i) anunțul de participare, în baza căruia se desfășoară prezenta procedură, a fost publicat în data de 03.04.2021; (ii) Ordonanța nr. 3/2021 pentru modificarea și completarea unor acte normative în domeniul achizițiilor publice a fost publicată în Monitorul Oficial cu numărul 821 din data de 27 august 2021, prin urmare, ulterior publicării anunțului de participare; (iii) în conținutul Ordonanței nr. 3/2021 nu se precizează faptul că prevederile acesteia se aplică și pentru procedurile aflate în derulare la data publicării acesteia și că, (iv) potrivit prevederilor art. 6 alin. (1) din Codul civil, *legea civilă este aplicabilă cât timp este în vigoare. Aceasta nu are putere retroactivă*, în vederea verificării neîncadrării subcontractantului SRL în situațiile prevăzute la art. 165 din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a solicitat, prin adresa nr. 21119/28.10.2021, transmiterea certificatelor de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele și taxele locale și alte venituri datorate bugetului local pentru toate punctele de lucru declarate în certificatul constatator.

Drept răspuns, contestatoarea a precizat că documentele solicitate, ce au fost transmise anterior, cad sub incidența prevederilor art. 165 din Legea nr. 98/2016, modificată și completată de Ordonanța nr. 3/2021, care a intrat în vigoare la data de 27.08.2021. Totodată, contestatoarea a arătat că a transmis, pentru subcontractant, certificatul de atestare fiscală privind plata impozitelor și taxelor la bugetul local, eliberat de Primăria Sector 2 a Municipiului București, unde societatea își are sediul și sunt înregistrate toate bunurile mobile și imobile din patrimoniu, precizând că la punctele de lucru declarate nu are decât spații închiriate, unde angajații desfășoară activități de birou. Ofertantul face referire și la contextul actual al crizei sanitare, generat de pandemia Covid-19, care, în opinia sa, a pus angajații subcontractantului în imposibilitatea de a obține certificatele de atestare fiscală, precum și la faptul că, la anumite instituții, aceste documente se eliberează în termen de 30 de zile. Or, ofertantul a depus certificatele de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele și taxele locale și alte venituri datorate bugetului local pentru toate punctele de lucru declarate în certificatul constatator, eliberate în luna iunie 2021.

Autoritatea contractantă, reiterând faptul că modificările aduse legii achizițiilor publice prin Ordonanța nr. 3/2021 nu sunt aplicabile prezentei proceduri, subliniază că certificatele depuse de contestatoare, eliberate în luna iunie (lună aflată tot în perioada stării de alertă), au fost emise în aceeași zi în care a fost formulată cererea sau în următoarea zi. În aceste condiții, nu poate fi reținută precizarea contestatoarei cu privire la eliberarea acestora în termen de 30 de zile.

Astfel, având în vedere că SRL nu a transmis documentele solicitate, autoritatea contractantă susține că devin incidente dispozițiile art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei potrivit căreia documente asemănătoare au fost analizate și evaluate diferit, autoritatea contractantă precizează că SRL are punct de lucru situat în Municipiul, localitate unde acesta își are sediul.

Prin urmare, certificatul de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele și taxele locale și alte venituri datorate bugetului local, nr. 103585/26.10.2021, a fost emis de Municipiului - Serviciul Impozite și Taxe Locale, atât pentru sediu, cât și pentru punctul de lucru, astfel cum se poate observa din conținutul acestuia „Contribuabil: SRL, adresa:, ..., județul, punct de lucru:

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

Autoritatea contractantă a inițiat, la 03.04.2021, o licitație deschisă, în vederea atribuirii unui contract de „Servicii de pază pentru obiectivele aparținând unității administrativ teritoriale județul în perioada 2021-2022”, defalcată pe cinci loturi, prin publicarea anunțului de participare nr. CN1029844.

Împotriva rezultatului atribuirii lotului 5 a formulat contestație SRL, prin care a solicitat anularea lui și obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere indicate în partea introductivă a prezentei decizii.

Preliminar analizei cauzei, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ... SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207650246/1, în valoare de 38.632 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala, la data de 19.11.2021.

Oferta contestatoarei a fost exclusă din procedură în etapa de solicitare/prezentare a documentelor care susțin informațiile din DUAЕ, după ce a fost clasată pe primul loc al clasamentului ofertelor admisibile.

În raport cu motivul unic de respingere a ofertei SRL (absența certificatelor fiscale de la punctele de lucru ale subcontractantului), Consiliul urmează a stabili dacă decizia de excludere a ignorat prevederile legale invocate de contestatoare și dacă aceasta era îndreptățită la prezentarea certificatului fiscal doar pentru sediul principal al subcontractantului, iar pentru punctele de lucru să prezinte numai declarația pe proprie răspundere.

Consiliul are în vedere că, printre condițiile de participare în procedura de atribuire, enumerate de anunțul de participare, se regăsește și cea privitoare la absența debitelor față de bugetul consolidat de stat, în limitele stabilite de lege:

II- Neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 165 din Legea 98/2016.

Ofertantul (asociații în cazul ofertelor comune, subcontractanții în cazul subcontractării și terții susținători în cazul susținerii), nu trebuie să se afle în situațiile prevăzute la art. 165 din Legea 98/2016.

Documente de confirmare

D.U.A.E. din care trebuie să rezulte neîncadrarea în dispozițiile art. 165 din Lg 98/2016. În acest sens, ofertantul (asociații în cazul ofertelor comune, subcontractanții în cazul subcontractării și terții susținători în cazul susținerii), va/vor completa D.U.A.E. în mod corespunzător. Conform prevederilor art. 196 alin. (2) din Lg 98/2016, înainte de atribuirea contractului, achizitorul va solicita ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea cerinței. Astfel, se vor depune documente justificative actualizate precum: Certificate de atestare fiscală privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general; Certificate de atestare privind plata taxelor și impozitelor locale; Orice alte documente echivalente edificatoare [...].

De asemenea, Consiliul are în vedere că, la data solicitării certificatelor fiscale sau a documentelor echivalente (21.10.2021), intraseră în vigoare prevederile alin. (3) al art. 165 din Legea nr. 98/2016, modificată prin O.G. nr. 3/2021, publicată în Monitorul Oficial Partea I Nr. 821/27.08.2021: (3) *Pentru respectarea prevederilor alin. (2), în etapa prevăzută la art. 196 alin. (2), operatorul economic prezintă pentru sediul principal documente din care să reiasă neîncadrarea în prevederile art. 165 alin. (1), iar pentru sediile secundare/punctele de lucru, o declarație pe propria răspundere privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate.*

Din textul ordonanței de guvern, rezultă că facilitatea acordată privește sediile secundare/punctele de lucru ale operatorului economic, profitând și subcontractanților din procedurile de atribuire, nu doar ofertanților.

În același timp, excluderea, prin textul legal evocat, a obligației de prezentare a certificatelor fiscale pentru alte sedii decât sediul principal, conduce și la o facilitare a procesului de analiză a motivelor de excludere, adică un avantaj corelativ al autorității contractante.

Astfel, modificarea legislativă amintită nu profită exclusiv ofertanților, în sensul scutirii lor de eforturi administrative excesive de obținere a unor documente privind situația fiscală, ci și autorității contractante, care poate finaliza facil procesul de analiză a ofertei. În plus, aceasta este protejată, în continuare, de o eventuală atribuire incorectă a contractului, prin prevederile art. 223 alin. (1) litera a) din Legea nr. 98/2016: (1) *Fără a aduce atingere dispozițiilor dreptului comun privind încetarea contractelor sau dreptului autorității contractante de a solicita constatarea nulității absolute a contractului de*

achiziție publică, în conformitate cu dispozițiile dreptului comun, autoritatea contractantă are dreptul de a denunța unilateral un contract de achiziție publică în perioada de valabilitate a acestuia în una dintre următoarele situații:

a) contractantul se afla, la momentul atribuirii contractului, în una dintre situațiile care ar fi determinat excluderea sa din procedura de atribuire potrivit art. 164 – 167.

Or, invocarea neretroactivității ordonanței care permite depunerea doar a declarației pe proprie răspundere, pentru sediile secundare, raportată la data inițierii procedurii, nu la data solicitării certificatelor, este lipsită de temei.

În fapt, la momentul inițierii procedurii de atribuire, prin documentele achiziției, autoritatea contractantă nu a precizat că este obligatorie prezentarea certificatelor și pentru punctele de lucru, pentru a invoca o imposibilitate de revenire asupra condițiilor, expres stabilite, de participare în procedură.

În același timp, obligația de prezentare a documentelor care privesc situația personală a ofertantului este stabilită doar în sarcina ofertantului situat pe locul 1 al clasamentului, nu tuturor celor care sunt implicați în competiție. Prin urmare, această obligație se naște la momentul stabilirii acestui clasament, nu la momentul inițierii procedurii de atribuire.

Este astfel disproporționată, față de interesul autorității contractante, solicitarea unor certificări pentru care legea, de la momentul la care este necesară prezentarea documentelor privind situația personală a ofertantului aflat pe primul loc (implicit, a subcontractantului lui), stabilește că nu sunt necesare în analiza existenței motivului de excludere în cauză (prevăzut la art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016).

Cât privește setul de certificate prezentat, care ar avea depășit termenul de valabilitate, Consiliul consideră că autoritatea contractantă trebuia să le aprecieze, cel puțin, în calitatea de început de dovadă a lipsei obligațiilor de plată, aferente punctelor de lucru fără patrimoniu aferent (conform susținerilor contestatoarei), și nu să interpreteze demersul de obținere a lor drept probă a refuzului de a prezenta certificate actualizate.

Prin urmare, Consiliul consideră eronată respingerea ofertei contestatoarei, bazată pe refuzul aplicării dispozițiilor legale care reglementează condițiile de prezentare a certificatelor fiscale pentru sediile secundare/punctele de lucru, aplicabile la data analizării situației personale a ofertantului/subcontractantului.

Pentru cele ce preced, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația, va anula rezultatul procedurii, pentru lotul 5, consemnat în raportul procedurii nr. 22240/12.11.2021 și în adresa nr. 22245/12.11.2021, în partea privind

oferta contestatoarei și va obliga autoritatea contractantă la continuarea analizei ei, în 15 zile, pornind de la acceptarea declarației pe proprie răspundere a subcontractatului privind absența debitelor la bugetul de stat aferente punctelor de lucru.

Cât privește stabilirea admisibilității implicite a ofertei contestatoarei, Consiliul o va respinge, ca nefondată, în condițiile în care autoritatea contractantă este obligată la continuarea procesului de analiză a ei, pentru motivele sus statuate.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă privind rezultatul procedurii inițiate cu anunțul de participare nr. CN1029844 din 03.04.2021, aferent lotului 5.

Anulează rezultatul procedurii, pentru lotul 5, consemnat în raportul procedurii nr. 22240/12.11.2021 și în adresa nr. 22245/12.11.2021, în partea privind oferta contestatoarei și va obliga autoritatea contractantă la continuarea analizei ei, în 15 zile, pornind de la acceptarea declarației pe proprie răspundere a subcontractatului, conform motivării de mai sus.

Respinge, ca nefondată, cererea de stabilire a admisibilității ofertei contestatoarei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....