CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +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 înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 42134/21.10.2019, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului de furnizare având ca obiect „Achiziţie echipamente de comunicaţii date”, organizată de către ... cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:
- anularea deciziei de respingere a ofertei SC ...SRL ca inacceptabilă şi declararea acesteia ca fiind câştigatoare,
- modificarea în consecinţă a Raportului procedurii de atribuire.

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

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 42134/21.10.2019, SC .... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorităţii contractante conform căreia, oferta sa a fost declarată inacceptabilă.

În susţinerea acţiunii sale, petenta menţionează că, oferta sa a fost declarată admisibilă şi s-a clasat pe primul loc, obţinând cel mai bun punctaj conform criteriului de atribuire "cel mai bun raport calitate preț", respectiv punctajul maxim posibil de 100 de puncte, alcătuit din punctajul

maxim posibil pentru componenta tehnică (10 puncte) şi punctajul maxim posibil pentru componenta financiară (90 de puncte).

Autoritatea contractantă i-a solicitat contestatoarei, în calitate de ofertant clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, prin adresele S2/IM/NR. 232550 din 10.09.2019 şi S2/IM/NR. 232725 din 20.09.2019, să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare şi selecţie, în conformitate cu informaţiile cuprinse în DUAE.

În data de 17.09.2019 prin răspunsul cu nr. 547, contestatoarea a transmis în termenul indicat clarificările şi documentele solicitate, inclusiv certificatul de atestare fiscală nr. 7021863 din 29.08.2019 şi informaţii privind contul deschis la Trezorerie.

Certificatul de atestare fiscală nr. 7021863 din 29.08.2019, pe pagina a doua, ultimul paragraf, are înscris ca termen de utilizare şi opozabilitate 30 de zile de la data emiterii lui. Acest certificat putea fi prezentat oricărei autorităţi sau persoane interesate până pe data de 28.09.2019.

Certificatul de atestare fiscală nr. 7021863 din 29.08.2019 era valabil la data transmiterii sale către autoritate, respectiv 17.09.2019 şi certifică lipsa obligaţiilor fiscale restante pe toată perioada valabilităţii lui.

Mai mult decât atât, susnumitul certificat era valabil şi la data de 25.09.2019, dată la care se împlinea termenul până la care ofertantul trebuia să răspundă celei de a doua solicitări de clarificări.

În data de 20.09.2019 prin adresa S2/IM/ nr.232725 autoritatea contractantă solicită încă o dată un certificat de atestare fiscală care să ateste lipsa datoriilor restante la momentul prezentării sale către autoritate deşi fusese deja transmis un certificat valabil.

Prin aceeaşi adresă, autoritatea contractantă solicită ofertantului dovada deţinerii contului indicat de acesta în răspunsul anterior prin depunerea unui extras de cont, scrisoare emisă de unitatea de trezorerie, fişa de identificare fiscală etc.

Din motive de ordin tehnic, contestatoarea a depus clarificările în data de 26.09.2019 ora 6:34, dimineaţa. Autoritatea contractantă se afla în posesia actelor solicitate la prima oră a programului de lucru din data de 26.09.2019, situaţie identică celei în care documentele s-ar fi depus în SEAP în termenul dat (25.09.2019, ora 23:59).

Şi la această dată, certificatul de atestare fiscală existent la dosarul de achiziţie, proba lipsa datoriilor ofertantului fiind valabil până pe data de 28.09.2019.

Documentele ataşate răspunsului din data de 26.09.2019 confirmă informaţiile şi documentele aflate la dosarul de achiziţie şi prezentate autorităţii cu ocazia răspunsului din 17.09.2019.

În ciuda termenului scurt acordat de autoritate (5 zile din care 2 zile nelucrătoare) pentru a răspunde celei de-a doua solicitări de clarificări şi a faptului că prin aceasta autoritatea solicită informaţii pe care le deţinea, ofertantul clasat pe primul loc cu bună credinţă a încercat să redepună informaţiile fără a uza de dreptul său de a contesta această a doua solicitare.

Autoritatea contractantă în mod eronat a calificat ca incomplete informaţiile şi documentele depuse la dosar de ofertant şi a declarat inacceptabilă oferta acestuia. Ofertantul a depus toate informaţiile şi documentele solicitate de autoritate, informaţii suficiente şi concludente probării informaţiilor prezentate în DUAE.

Îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare şi selecţie, în conformitate cu informaţiile cuprinse în DUAE de către ofertant s-a demonstrat prin răspunsul cu nr. 547 din 17.09.2019.

Ofertantul îndeplinea toate criteriile, informaţiile furnizate în DUAE fiind confirmate la momentul declarării ca inacceptabilă a ofertei independent de răspunsul la cea de a doua adresă a autorităţii.

Conform art. 197 din Legea nr. 98/2016 ofertantul era exceptat de la obligaţia prevăzută la art. 196 din lege, de a depune documente justificative ori informaţii pe care autoritatea contractantă le deţine deja.

Or, autoritatea contractantă deţinea atât dovada valabilă a lipsei datoriilor restante la momentul prezentării acesteia cât şi informaţii suficiente şi concludente cu privire la contul ofertantului deschis la Trezoreria Statului.

Mai mult decât atât, ori de câte ori o instituţie sau autoritate publică trebuie să soluţioneze o cerere a unei persoane juridice, iar pentru soluţionarea cererii legislaţia specifică prevede prezentarea unui certificat de atestare fiscală, instituţia sau autoritatea publică are obligaţia să solicite certificatul de atestare fiscală de la organul fiscal competent. În acest caz, persoana juridică nu mai are obligaţia depunerii certificatului.

Art. 197 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 de asemenea exceptează pe ofertant de la obligaţia de depunere de documente justificative ori alte probe în sprijinul informaţiilor cuprinse în DUAE şi în cazul în care autoritatea contractantă are posibilitatea de a obţine certificatele sau informaţiile relevante în mod direct şi gratuit de la autoritatea emitentă.

Eliberarea certificatului de atestare fiscală este gratuită, durează maxim 3 zile lucrătoare de la data depunerii cererii şi poate fi obţinut şi on-line.

În mod eronat autoritatea contractantă a aplicat art. 66 din HG nr. 395/2016 întrucât în urma demersurilor efectuate în baza art. 196 alin. (2), ofertantul clasat pe primul loc îndeplinea în mod corespunzător şi integral toate criteriile de calificare.

Autoritatea contractantă a evaluat în mod eronat valabilitatea şi suficienţa documentelor justificative prezentate ca dovadă a informaţiilor cuprinse în DUAE în scopul verificării îndeplinirii criteriilor de calificare.

Autoritatea contractantă în mod eronat a apreciat că documentele şi informaţiile aflate la dosarul de achiziţie publică nu sunt complete.

Deşi autoritatea contractantă a invocat în decizia de respingere inclusiv art. 125 din HG nr. 395/2016, privind riscurile transmiterii ofertei care cad în sarcina operatorului, contestatoarea subliniază faptul că în prezenta cauză nu a fost vorba de netransmiterea ofertei, ci de transmiterea cu o întârziere de 6 ore a unei clarificări oricum redundante, pentru demonstrarea unor aspecte care deja fuseseră clarificate.

Interpretarea analogică aplicată de comisie pentru respingerea ofertei nu se justifică, mai ales având în vedere că termenul dat de

autoritate pentru clarificare este un termen administrativ (nu unul legal), a fost acordat unui singur operator (celui clasat pe primul loc în urma evaluării) astfel încât nu poate fi vorba de o încălcare a tratamentului egal în cazul în care ar fi depăşit şi, cel mai important, termenul poate fi oricum prelungit la solicitarea motivată a ofertantului.

Referitor la proba lipsei datoriilor restante la momentul prezentării documentului ce atestă acest fapt:

1. Certificatul de atestare fiscală cuprinde obligaţiile fiscale restante existente în sold în ultima zi a lunii anterioare depunerii cererii şi nestinse până la data eliberării acestuia, precum şi alte creanţe bugetare individualizate în titluri executorii emise potrivit legii şi existente în evidenţa organului fiscal central în vederea recuperării.

2. Certificatul de atestare fiscală poate fi utilizat de persoana interesată, pe o perioadă de până la 30 de zile de la data eliberării.

3. Obligaţiile fiscale restante sunt acele obligaţii fiscale pentru care s-a împlinit scadenţa sau termenul de plată, respectiv diferenţele de obligaţii fiscale principale şi accesorii stabilite prin decizie de impunere, chiar dacă pentru acestea nu s-a împlinit termenul de plată prevăzut la art. 156 alin. (1) din acelaşi cod.

4. Ordinul ANAF nr. 3654/2015 stabileşte la art. 7 că definiţia obligaţiilor fiscale restante este cea prevăzută la art. 157 din Codul de procedura Fiscală, articol citat mai sus. Acelaşi ordin stabileste la art. 4 că în cazul în care un contribuabil nu şi-a depus declaraţiile de impunere ori, nu i s-au emis, respectiv comunicat deciziile de impunere până la data formulării cererii, termenul de eliberare a certificatului de atestare fiscală se prelungeşte corespunzător astfel încât obligaţiile fiscale restante să poată fi cunoscute de contribuabil şi în măsura în care sunt scadente, să poată fi plătite de acesta, iar certificatul să ateste situaţia reală a datoriilor acestuia la momentul eliberării lui.

Contestatoarea prezintă concluzii asupra valabilităţii certificatului de atestare fiscală existent la dosar la momentul prezentării acestuia autorităţii:

1. Certificatul de atestare fiscală emis la data de 29.08.2019 cu valabilitate de până la 30 de zile de la data emiterii acestuia, adică 28.09.2019, certifică lipsa datoriilor contribuabilului pe toată perioada valabilităţii lui, chiar dacă se raportează la data de 31.07.2019, aceasta fiind data stabilită prin lege până la care se verifică datoriile contribuabilului.

2. În vederea emiterii acestui certificat, organul fiscal competent a verificat toate obligaţiile fiscale restante scadente sau care urmau să devină scadente până la data depunerii cererii de eliberare a certificatului fiscal. În cazul în care erau constatate obligaţii fiscale restante sau a căror scadenţă se împlinea până la data eliberării certificatului, termenul de eliberare a certificatului se prelungea corespunzător până la achitarea acestor datorii.

3. Cererea pentru eliberarea certificatului de atestare fiscală a fost depusă în data de 28.09.2019 şi certificatul a fost eliberat în data de 29.08.2019, fapt ce atestă lipsa oricăror datorii scadente şi restante până

la data formulării cererii, în caz contrar data de eliberare s-ar fi prelungit până la achitarea acestora.

4. Legiuitorul a instituit o prezumţie legală a veridicităţii celor constatate în certificatul de atestare fiscală cu privire la obligaţiile fiscale restante ale contribuabilului pe toată perioada valabilităţii certificatului, respectiv 30 de zile de la data emiterii lui.

5. Rubricile relevante din certificatul constatator pentru autoritate cu privire la verificarea lipsei datoriilor restante ale ofertantului la momentul prezentării acestuia sunt următoarele: Litera D punctul III. "MENŢIUNI RELEVANTE PENTRU SITUATIA FISCALĂ A CONTRIBUABILULUI" - unde se menţionează lipsa datoriilor.

Referitor la lipsa dovezii contului deschis la Trezoreria Statului, contestatoarea menţionează că prin răspunsul nr. 547 din data de 17.09.2019, în termenul indicat de autoritatea contractantă, ofertantul a indicat contul societăţii R066TREZ7005069XXX002760 deschis la ATCPMB.

Lipsa extrasului de cont la dosarul de achiziţie publică nu poate fi considerat un motiv suficient de puternic care să conducă la declararea ca inacceptabilă a ofertei clasate pe primul loc în urma analizei criteriului de atribuire "cel mai bun raport calitate preţ".

Înaintea considerării ca inacceptabilă a unei oferte clasate pe primul loc în urma analizei criteriului de atribuire "cel mai bun raport calitate preţ" trebuie analizate cu maximă diligenţă toate documentele şi informaţiile depuse în termen la dosarul de achiziţie până la momentul luării deciziei

Autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere scopul procedurii achiziţiilor respectiv achiziţionarea de bunuri, servicii şi lucrări în condiţii de eficienţă economică şi socială cu respectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziţie publică şi a organizării concursurilor de soluţii, în acest caz în special principiul utilizării eficiente a fondurilor publice şi al proportionalităţii.

Declararea ca inacceptabilă a ofertei contestatoarei reprezintă o sancţionare disproporţionată faţă de motivul invocat de autoritate: lipsa unui extras de cont, în condiţiile în care ofertantul a indicat contul IBAN deschis la Trezorerie.

Autoritatea contractantă poate verifica oricând contul ofertantului deschis la Trezorerie. Mai mult decât atât la momentul declarării ca inacceptabilă a ofertei nu exista iminenţa unei plăţi din partea autorităţii către ofertant.

O autoritate diligentă în eventualitatea unei plăţi iminente solicita la momentul respectiv actualizarea informaţiilor cu privire la contul ofertantului/contractantului deschis la Trezorerie, eventual o dovadă suplimentară precum extrasul de cont, fişa de identificare fiscală, scrisoare emisă de unitatea de trezorerie etc.

Utilitatea dovedirii suplimentare a informaţiei comunicate (numărul IBAN al contului şi unitatea de trezorerie la care este deschis), raportat la necesitatea ulterioară de verificare a acesteia coroborată cu scopul final al procedurii califică drept excesivă şi disproporţionată sancţiunea aplicată de autoritate.

Autorităţile contractante au obligaţia să acţioneze într-o manieră proporţională aşa cum prevede şi art. 49 din Legea 98/2016 .

În concluzie, autoritatea contractantă a apreciat în mod eronat documentele depuse la dosarul de achiziţie publică ca răspuns la clarificările solicitate. În mod netemeinic a considerat că ofertantul nu a probat suficient şi concludent lipsa datoriilor fiscale restante la momentul la care s-a cerut ori a existenţei contului la Trezoreria Statului.

Ţinând cont de complexitatea procedurii şi a ofertei, decizia autorităţii de a respinge cea mai bună ofertă pentru o întârziere a unui răspuns oricum formal şi redundant reprezintă un formalism excesiv şi o încălcare a principiului proporţionalităţii care trebuie să guverneze orice procedură de achiziţii publice.

Potrivit art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016, unul dintre principiile care stau la baza atribuirii contractelor sectoriale este principiul proporţionalităţii. Potrivit acestuia, măsurile luate de entitatea contractantă trebuie să corespundă cu obiectivul urmărit şi să nu depăşească limitele necesarului, astfel cum au reţinut şi Curţile de Apel:

- „nu este legală, şi nici oportună, respingerea unei oferte pentru deficienţe minore, fiind necesar a se păstra un just echilibru între deficienţele constatate şi măsura aplicată de autoritatea contractantă. Excluderea din procedură ca măsură sancţionatorie aplicată pentru deficienţe minore încalcă principiul proporţionalităţii criteriu care este de cele mai multe ori decisiv în evaluarea legalităţii acţiunilor instituţiilor statului",

- „reprezintă o atitudine total abuzivă declararea unei oferte ca fiind neconformă pentru anumite aspecte evident minore raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei si la multitudinea de date pretinse de aceasta"

- „Procedura de achiziţie publică, fiind reglementată de norme din domeniul dreptului public, se desfăşoară sub autoritatea principiului priorităţii interesului publiccare impune respectarea cu stricteţe a scopului ordonanţei şi a principiilor de bază pe care le prevede actul normativ (art 2), acestea presupunând nerestricţionarea pe considerente pur formale a examinării pe fond a ofertelor, acordând prevalenta unor aspecte nerelevante, cu luarea acestora din urmă în considerare în mod vădit disproporţionat în raport cu celelalte elemente ale procedurii."

Nu în ultimul rând în prezenta cauză principiul eficienţei economice şi sociale şi al proportionalităţii primează în faţa formalismului procedurii achiziţiilor publice atâta timp cât procedura nu a fost întârziată, concurenţa nu a fost viciată, ceilalţi concurenţi nu au fost discriminaţi ori trataţi inegal.

Contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă în temeiul art. 9 din Legea nr. 101/2016 are posibilitatea şi trebuie să adopte măsurile de remediere ce se impun respectiv revenirea asupra măsurii declarării ca inacceptabile a ofertei sale şi declararea acesteia câştigătoare.

Autoritatea contractantă a transmis o copie a dosarului achiziţiei cu adresa de înaintare nr. S2/IM/Nr.233493/28.10.2019 precum şi punctul de vedere nr. S2/IM/Nr.233474/25.10.2019, cu privire la contestaţia formulată de către SC ... SRL.

Autoritatea contractantă menţionează că prin comunicarea nr. 233083 din 09.10.2019 privind rezultatul procedurii de achiziţie publică, i-a adus la cunoştinţă ofertantului SC DENDRIO SOLUTIONS SRL faptul că oferta depusă de acesta în cadrul procedurii de atribuire a fost respinsă, fiind considerată inacceptabilă.

În cadrul procesului-verbal nr. 232724 din 20.09.2019, comisia de evaluare a ofertelor a hotărât solicitarea de clarificări referitoare la documentele-suport/dovezile prezentate de ofertantul SC ...SRL pentru demonstrarea informaţiilor din DUAE. În acest sens, a fost transmisă acestuia, prin intermediul SEAP, solicitarea de clarificare nr. 232725 din 20.09.2019, cu termen de răspuns 25.09.2019.

Ofertantul SC ... SRL nu a depus răspunsul în SEAP, conform solicitării comisiei de evaluare a ofertelor. In schimb, acesta a transmis, în data de 26.09.2019, ora 06:34, la adresa de email achiziţii.igpf@mai.gov.ro, documentele solicitate prin clarificarea menţionată mai sus, invocând „motive tehnice" pentru nedepunerea documentelor în termenul specificat, prin intermediul SEAP.

În drept, oferta contestatorului a fost considerată inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (5) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, cu modificările şi completările ulterioare.

Referitor la motivele invocate de către contestator, autoritatea contractantă învederează faptul că evaluarea ofertelor de către comisia de evaluare a fost realizată cu respectarea prevederilor legislaţiei incidente în domeniul achiziţiilor publice. Prin urmare, aceste capete de cerere se impun a fi respinse ca nefondate, pentru următoarele considerente:

În ceea ce priveşte critica contestatoarei referitoare la faptul că termenul impus de comisia de evaluare nu a fost suficient pentru obţinerea documentelor, autoritatea contractantă apreciază că aceasta este lipsită de temei în condiţiile în care, conform Codului de Procedură Fiscală, termenul de eliberare a certificatului de atestare fiscală este de maxim 3 zile lucrătoare, timp suficient pentru obţinerea şi transmiterea acestuia în termenul specificat de comisia de evaluare a ofertelor. Din informaţiile înscrise în cadrul certificatului de atestare fiscală nr. 7022086 din 23.09.2019, reiese faptul că eliberarea acestuia a fost solicitată în data de 20.09.2019, iar ANAF a emis documentul în data de 23.09.2019. Mai mult, este clar că documentul a intrat în posesia contestatorului cel târziu în data de 25.09.2019, pentru că acesta l-a transmis autorităţii contractante, prin intermediul poştei electronice, în data de 26.09.2019, ora 06:34.

Totodată, contestatorul susţine, în mod eronat, faptul că lipsa sancţionării nerespectării termenului de răspuns la solicitarea de clarificare adresată de comisia de evaluare a ofertelor în referire la documentele prezentate în susţinerea informaţiilor din DUAE nu poate conduce la încălcarea principiului tratamentului egal pentru că acesta este opozabil unui singur ofertant şi oricum acesta poate fi prelungit în urma unei solicitări motivate a ofertantului. Autoritatea contractantă este de acord că termenul de depunere a solicitării de clarificare putea fi prelungit de comisia de evaluare, în urma unei solicitări motivate adresate de ofertant înăuntrul termenului de răspuns la solicitarea de clarificare, dar acest lucru

nu s-a întâmplat, contestatorul manifestând lipsă de interes faţă de respectarea termenului specificat de comisia de evaluare. Mai mult, decizia de a nu respinge oferta depusă ca urmare a faptului că ofertantul nu a răspuns la solicitarea de clarificare ar conduce la încălcarea principiilor transparenţei şi a tratamentului egal, în condiţiile în care toţi ofertanţii trebuie să fie supuşi aceluiaşi tratament pe parcursul derulării procedurii de atribuire.

Pe considerentele invocate de contestator, niciunul dintre ofertanţi nu ar fi avut obligaţia de a răspunde la solicitările de clarificări în termenul stabilit de comisia de evaluare, în nicio etapă a procedurii de evaluare (inclusiv analiza DUAE, analiza propunerilor tehnice şi analiza propunerilor financiare). Mai mult, comisia de evaluare nu ar mai trebui să stabilească niciun termen de răspuns la solicitările de clarificare, atâta timp cât acesta este considerat pur orientativ iar prevederile art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, în accepţiunea contestatoarei nu îşi mai au aplicabilitatea.

De asemenea, contestatoarea omite, cu rea-voinţă, în argumentarea prezentată, o parte importantă a art. 197 alin. (1) din Legea nr. 98 / 2016 privind achiziţiile publice, şi anume faptul că excepţia obligaţiei de prezentare a documente suport DUAE operează numai „în măsura în care autoritatea contractantă are posibilitatea de a obţine certificatele sau informaţiile relevante în mod direct, prin accesarea unei baze de date naţionale din orice stat membru, disponibile în mod gratuit”, aspect ce nu se aplică în cazul certificatelor de atestare fiscală.

În subsidiar, autoritatea contractantă nu a contestat, în cadrul procesului-verbal nr. 232724 din 20.09.2019, valabilitatea certificatului de atestare fiscală prezentat de contestator, ci capacitatea acestuia de a dovedi îndeplinirea cerinţei, aşa cum este aceasta formulată în Ordinul ANAP privind aprobarea structurii, conţinutului şi modului de utilizare a documentaţiei standard de atribuire a contractului de achiziţie publică/sectorială de produse, precum şi a modalităţii de completare a anunţului de participare/de participare simplificat nr. 1017 din 20/02/2019 şi instrucţiunile pentru ofertanţi (fişa de date a achiziţiei): certificate de atestare fiscală privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat (buget local şi buget de stat) pentru toate punctele de lucru şi sediile secundare pentru care acesta are obligaţii de plată, din care să reiasă lipsa datoriilor restante la momentul prezentării acestora.

Faţă de cele menţionate mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestaţiei formulată de S.C. ... SRL.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului de furnizare având ca obiect „Achiziţie echipamente de comunicaţii date”. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare nr. .....

Potrivit raportului procedurii de atribuire nr. 233080/09.10.2019, în cadrul procedurii au fost depuse 3 oferte, oferta contestatoarei fiind

respinsă în etapa evaluării documentelor suport DUAE, pe motiv că a răspuns la solicitarea de clarificări și a depus certificatul fiscal cu o zi întârziere.

După depunerea contestației, contestatoarea a depus dovada constituirii cauțiunii în cuantum de 49.410 lei, prin recipisa de consemnare nr. 205820078/1/22.10.2019, emisă de CEC Bank, Sucursala Păcii.

Cauţiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61^1 alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Pe fondul contestației, Consiliul reține că ofertanta contestatoare a depus la data de 17.09.2019 documentele suport DUAE, printre care și certificatul de atestare fiscală nr. 7021863/29.08.2019, eliberat de Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice Bucureşti, din care rezultă că nu are obligații restante la data de 31.07.2019.

Autoritatea contractantă a decis să îi solicite operatorului economic clarificări, având următorul conținut: ,,In cadrul răspunsului nr. 547 din 17.09.2019, aţi prezentat certificatul de atestare fiscală nr. 7021863 din 29.08.2019, eliberat de Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice Bucureşti - DGRFP Bucureşti - ANAF din care rezultă că nu aveţi obligaţii de plată restante la data de **31.07.2019;**

Conform prevederilor secţiunii III. 1.1.a) Situaţia personală a candidatului sau ofertantului din instrucţiunile pentru ofertanţi, „Documentele care vor fi prezentate pentru îndeplinirea criteriului de calificare, la solicitarea autorităţii contractante, doar de către ofertantul clasat pe primul loc, după aplicarea criteriului de atribuire, până la data încheierii raportului de atribuire, conform art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, sunt:

a) certificate de atestare fiscală privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat (buget local şi buget de stat) pentru toate punctele de lucru şi sediile secundare pentru care acesta are obligaţii de plată, din care să reiasă lipsa datoriilor restante la momentul prezentării acestora (...)."

Pe cale de consecinţă, vă solicităm să transmiteţi certificatul de atestare fiscală emis de ANAF - Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice Bucureşti conform prevederilor instrucţiunilor pentru ofertanţi (fişa de date a achiziţiei), din care să rezulte lipsa datoriilor restante la bugetul de stat la momentul prezentării acestuia.''

Termenul limită pentru încărcarea acestuia în SEAP a fost data de 25.09.2019, dar contestatoarea l-a încărcat în data de 26.09.2019, motivând că acesta nu i-a fost emis în termen.

În raportul procedurii, autoritatea contractantă a reținut drept motiv de respingere a ofertei contestatoarei art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, coroborat cu art. 125 din același act normativ.

Astfel, autoritatea contractantă l-a respins pe ofertant nu pentru neîndeplinirea cerinței de calificare referitoare la existența datoriilor către bugetul de stat, ci pe temeiul general, respectiv întârzierea răspunsului la solicitarea de clarificării. Consiliul reține că autoritatea contractantă a

aplicat greșit dispozițiile legale, temeiurile aplicabile fiind cele speciale, referitoare la certificatul fiscal, și nu cele generale.

Verificând certificatul fiscal nr. 7021863 din 29.08.2019, eliberat de Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice Bucureşti - DGRFP Bucureşti – ANAF, depus de contestatoare odată cu documentele suport DUAE, respectiv în data de 17.09.2019, Consiliul reține că deși în conținutul său se referă la inexistența creanțelor bugetare la data de 31.07.2019, acesta se afla în termenul de valabilitate la data prezentării autorității contractante. Potrivit dispozițiilor art. 158 alin. (5) din Codul de procedură fiscală, ultima teză, pe perioada de valabilitate a certificatului fiscal, acesta poate fi prezentat oricărui solicitant. Prin urmare, certificatul respectiv atestă inexistența datoriilor **restante** la data prezentării lui. Chiar și noul certificat atestă inexistența datoriilor restante la 31.08.2019, deci situația rezultată din ambele documente este identică.

În ceea ce privește existența datoriilor către bugetul general consolidat, Consiliul are în vedere că sunt aplicabile dispozițiile speciale are art. 165 din Legea nr. 98/2016, și nu cele referitoare la răspunsul la solicitarea de clarificări, respectiv art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Prin urmare, art. 165 din Legea nr. 98/2016 stabilește că ,, (1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire **orice operator economic despre care are cunoştinţă că şi-a încălcat obligaţiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat, iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotărâre judecătorească sau decizie administrativă având caracter definitiv şi obligatoriu în conformitate cu legea statului în care respectivul operator economic este înfiinţat**.

(2) Autoritatea contractantă **exclude din procedura de atribuire un operator economic în cazul în care poate demonstra prin orice mijloace adecvate că respectivul operator economic şi-a încălcat obligaţiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat**.

(3) **Operatorul economic NU ESTE EXCLUS DIN PROCEDURA de atribuire dacă, anterior deciziei de excludere, îşi îndeplineşte obligaţiile prin plata impozitelor, taxelor sau contribuţiilor la bugetul general consolidat datorate ori prin alte modalităţi de stingere a acestora sau beneficiază, în condiţiile legii, de eşalonarea acestora ori de alte facilităţi în vederea plăţii acestora, inclusiv, după caz, a eventualelor dobânzi ori penalităţi de întârziere acumulate sau a amenzilor''.**

Prin urmare, atât timp cât autoritatea contractantă se afla în posesia certificatului fiscal depus la data de 17.09.2019, valabil la data depunerii lui, precum și a noului certificat cu nr. 7022086/23.09.2019, solicitat de autoritate în plus față de cel valabil depus, existând, în mod clar, dovada că operatorul nu înregistrează datorii restante, ambele documente fiind în posesia autorității înainte de a se lua decizia respingerii ofertantului, aceasta nu putea lua decizia respingerii ofertantului, în condițiile în care nu poate demonstra prin orice mijloace adecvate că respectivul operator economic şi-a încălcat obligaţiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat.

De altfel, chiar și în anunțul de participare se face referire la prevederile art. 164, 165 şi 167 din Legea nr. 98/2016, or lipsa unui certificat care să ateste situaţia obligaţiilor scadente la plată în luna anterioară prezentării certificatului nu echivalează cu încadrarea operatorului în această categorie, neexistând nicio dovadă care să ateste existența datoriilor restante. Ceea ce este relevant este faptul că certificatul se afla în termenul de valabilitate la data depunerii lui, potrivit dispozițiilor art. 158 alin. (5) din Codul de procedură fiscală, potrivit căruia ,,Certificatul de atestare fiscală se emite în maximum 3 zile lucrătoare de la data depunerii cererii **și poate fi utilizat de persoana interesată pe o perioadă de până la 30 de zile de la data eliberării**. (...). **Pe perioada de utilizare, certificatul poate fi prezentat de contribuabil/plătitor, în original sau în copie legalizată, oricărui solicitant**''. Prin urmare, dispozițiile legale aplicabile în materie fiscală dau forță probantă certificatului fiscal pe toată perioada sa de valabilitate, fiind cert că, în situația în care s-a emis și s-a prezentat un certificat valabil, care atestă inexistența datoriilor restante, titularul certificatului nu va putea fi respins dintr-o procedură, pe motiv că nu reflectă situația fiscală la o anumită dată. În orice situație, dispozițiile legale aplicabile sancționează încadrarea operatorului în prevederile art. 164, 165 şi 167 din Legea nr. 98/2016, și nu emiterea certificatului pentru o anumită dată, mai cu seamă că reglementarea legală astfel cum este ea stabilită la art. 165 din Legea nr. 98/2016 este extrem de permisivă, fiind favorabilă operatorilor economici, aceștia chiar dacă au restanțe, având posibilitatea să își achite obligațiile până la adoptarea deciziei de excludere din procedură. Astfel cum este formulat textul citat, simpla existență a datoriilor către buget nu reprezintă motiv de excludere. Alin. (1) și (2) menționează expres că excluderea operează dacă respectivul operator economic şi-a încălcat obligaţiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat, respectiv **dacă are obligații restante**, neachitate în termenul legal de plată. Deci, dacă, de pildă, scadența obligațiilor este în data de 30 a lunii în curs, iar termenul până la care se poate face plata este până în 30 luna următoare, nu se poate considera că operatorul economic și-a încălcat obligația de plată până la data expirării ultimei zile în care poate face plata. Textul nu vorbește de existența oricărei obligații fiscale, ci de **încălcarea obligațiilor privind plata** impozitelor, încălcare inexistentă în situația neexpirării termenului de plată. De altfel, și prevederea din cadrul cerinței 1.1 citată mai sus se referă la **inexistența datoriilor restante**, și nu a oricăror datorii. Mai mult, prevederile art. 165 alin. (3) merg mai departe, și stabilesc imperativ că operatorul economic NU ESTE EXCLUS DIN PROCEDURA de atribuire dacă, anterior deciziei de excludere, îşi îndeplineşte obligaţiile prin plata impozitelor, taxelor sau contribuţiilor la bugetul general consolidat datorate ori prin alte modalităţi de stingere a acestora sau beneficiază, în condiţiile legii, de eşalonarea acestora ori de alte facilităţi în vederea plăţii acestora, inclusiv, după caz, a eventualelor dobânzi ori penalităţi de întârziere acumulate sau a amenzilor.

Cum art. 165 din Legea nr. 98/2016 instituie un termen de prezentare a dovezii în favoarea ofertantului, data deciziei de excludere,

autoritatea contractantă trebuia să ia în considerare inclusiv noul certificat depus, din moment ce el i-a parvenit înainte de semnarea raportului procedurii.

Prin urmare, Consiliul reține că respingerea ofertei contestatoarei pentru nedepunerea celui de-al doilea certificat de atestare fiscală, solicitat eronat, la data de 25.09.2019, este realizată fără urmărirea dispozițiilor legale care stabilesc chiar posibilitatea operatorului de a achita obligațiile fiscale restante, situația operatorului respectiv nefiind de natură a atrage respingerea lor din procedură, din moment ce el făcuse, deja, dovada inexistenței datoriilor restante, încă din data de 17.09.2019, cu un certificat valabil.

În acest sens, art. 157 din Codul de procedură fiscală stabilește următoarele: ,,Obligații fiscale restante

(1) Prin obligaţii fiscale restante se înţelege:

a) obligaţii fiscale pentru care **s-a împlinit scadenţa sau termenul de plată**;

b) diferenţele de obligaţii fiscale principale şi accesorii stabilite prin decizie de impunere, chiar dacă pentru acestea nu s-a împlinit termenul de plată prevăzut la art. 156 alin. (1)".

Schimbarea legislativă intervenită odată cu Legea nr. 98/2016 este una esențială în materia criteriilor de calificare referitoare la achitarea obligațiilor bugetare, legiuitorul înțelegând să contribuie și prin pârghia achizițiilor publice la o mai bună colectare a creanțelor bugetare. Ceea ce a dorit legiuitorul este a oferi operatorilor posibilitatea achitării obligațiilor fiscale până la momentul deciziei de excludere, deci la încheierea raportului procedurii. Prin urmare, chiar și în situația în care există restanțe la plată, autoritatea nu mai poate exclude, în mod rigid, de la o procedură un operator economic pe motiv că la data x figurează cu datorii, ci trebuie să solicite lămuriri dacă acele datorii reprezintă restanțe (respectiv încălcarea obligațiilor privind plata impozitelor), iar operatorul nu trebuie exclus din procedură dacă până la data încheierii raportului procedurii își achită obligațiile principale și accesorii.

Prin urmare, din moment ce există în posesia autorității certificate fiscale valabile la data prezentării lor, care atestă inexistența datoriilor restante, operatorul economic nu poate fi respins, pentru unicul considerent că cel de-al doilea certificat ar fi fost depus peste termen.

În acest sens, s-a pronunțat și Curtea de apel București în decizia sa nr. 601/20.09.2019, în dosarul nr. 3749/2/2019, reținând următoarele: *,,Certificatul fiscal nr. 1118710 eliberat la data de 29.03.2019 privind obligațiile la bugetul consolidat prezintă situația datoriilor la data de 28.02.2019, și nu 31.03.2019 (...) și certificatul fiscal nr. 6511253 eliberat la data de 29.03.2019 prezintă situația datoriilor la 28.02.2019, și nu la 31.03.2019(...). În mod corect Consiliul nu reține că operatorii în cauză s-ar afla în situațiile prevăzute la art. 164, 165 şi 167 din Legea nr. 98/2016. În ceea ce privește existența datoriilor către bugetul general consolidat, se au în vedere dispozițiile art. 165 din Legea nr. 98/2016 (...).*

De altfel, chiar și în anunțul de participare se face referire la prevederile art. 164, 165 şi 167 din Legea nr. 98/2016, or lipsa unui

certificat fiscal care să ateste situația obligațiilor scadente la plată în luna anterioară celei în care este prevăzută data depunerii ofertelor nu echivalează cu încadrarea operatorului în această categorie, neexistând nicio dovadă că există datorii restante. De altfel, certificatele prezentate, ambele emise în data de 29.03.2019, nu puteau prezenta situația fiscală la data de 31.03.2019, fiind imposibil să reflecte o situație de fapt ulterioară. ***Ceea ce este relevant este faptul că cele două certificate se aflau în termenul de valabilitate la data depunerii ofertelor.***''

Consiliul reține că speța de față este similară celei aflată pe rolul său, și în această situație, certificatul fiscal fiind în termenul de valabilitate, în această perioadă poate fi prezentat făcând deplina dovadă a informațiilor din conținutul său. Deci, la data prezentării certificatului valabil, acesta nu atestă existența datoriilor restante. Mai mult decât atât, la data încheierii raportului procedurii, respectiv în data de 09.10.2019, autoritatea contractantă se afla și în posesia certificatului nr. 7022086/23.09.2019, care atestă inexistența datoriilor restante la data de 31.08.2019, deci la momentul respingerii ofertei respective se știa clar că aceasta nu are datorii restante nici la 31.08.2019, autoritatea fiind în posesia a două certificate fiscale valabile la momentul depunerii lor, făcând dovada inexistenței datoriilor restante, în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin urmare, punctul de vedere subsidiar exprimat de autoritatea contractantă potrivit căruia ,,nu a contestat, în cadrul procesului-verbal nr. 232724 din 20.09.2019, valabilitatea certificatului de atestare fiscală prezentat de contestator, ci capacitatea acestuia de a dovedi îndeplinirea cerinţei, aşa cum este aceasta formulată în Ordinul ANAP privind aprobarea structurii, conţinutului şi modului de utilizare a documentaţiei standard de atribuire'', reprezintă o interpretare eronată a dispozițiilor respectivului ordin, din moment ce prevederile în cauză nu pot fi desprinse și nu pot contraveni prevederilor art. 165 din Legea nr. 98/2016, care stabilesc că respingerea operatorului are loc în situația în care acesta are restanțe fiscale pe care nu le acoperă până la momentul încheierii raportului procedurii.

Astfel, de vreme ce operatorul economic și-a îndeplinit obligația de a dovedi îndeplinirea cerinței referitoare la inexistența obligațiilor fiscale restante încă de la momentul la care a depus documentele suport DUAE, depunând un certificat de atestare valabil, respingerea ofertei doar pentru singurul motiv că a întârziat depunerea celui de-al doilea certificat, inutil față de prevederile legale citate, apare ca fiind o măsură neproporțională.

Consiliul mai reține că nici în ceea ce privește neprezentarea în termen a dovezii existenței contului deschis la Trezorerie nu există vreun motiv de respingere a ofertantului. Deși un astfel de motiv nu este menționat ca atare în raportul procedurii și în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, Consiliul observă că solicitarea de clarificări nr. 6, înregistrată cu nr. 232725/20.09.2019, la care autoritatea pretinde că nu s-a răspuns în termen, face referire și la acest aspect. Totodată, contestatoarea dezbate acest aspect în contestația sa. În adresa de solicitare de clarificări se menționează că la pct. IV.4.2 din fișa de date a achiziției, este prevăzută obligația pentru ofertantul câștigător de a transmite dovada că deține cont deschis la trezorerie. Cum prevederea

respectivă nu este menționată la Cerințe de calificare, ci la cap. ,,Modul de prezentare a propunerii financiare″, iar operatorul a indicat în propunerea sa financiară numărul contului, având în vedere că nu există niciun termen pentru prezentarea dovezii respective, contul solicitându-se pentru efectuarea plăților pe perioada execuției contractului, depunerea tardivă a dovezii deținerii contului respectiv nu reprezintă motiv de respingere a operatorului.

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 contestaţia formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ..., va anula raportul procedurii și adresele de comunicare a rezultatului procedurii și va dispune reevaluarea documentelor suport DUAE, în conformitate cu cele dispuse în prezenta.

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 contestaţia formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ..., anulează raportul procedurii și adresele de comunicare a rezultatului procedurii și dispune reevaluarea documentelor suport DUAE, în conformitate cu cele dispuse în prezenta.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţile cauzei, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
.....

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 14 (paisprezece) pagini.