C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, 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 achiziție publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 3730/04.12.2017, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și prin poștă, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 51676/05.12.2017, respectiv sub nr. 52050/06.12.2017, ..., societate în insolvență, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de dna. ..., în calitate de director general, a contestat adresa nr. 21843/22.11.2017, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii și adresa nr. 22439/29.11.2017, reprezentând răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă, documente emise în cadrul procedurii de atribuire „simplificată", într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Lucrări de întreținere și reparații în amenajările de îmbunătățiri funciare din cadrul Filialelor Teritoriale ale Agenției Naționale de Îmbunătățiri Funciare - 26" (lot 1 – „Lucrări decolmatare a canalelor de desecare secundare CS8 și CS8A din cadrul Filialei Teritoriale de I.F. Teleorman Neajlov"), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., a solicitat:

„- anularea comunicării autorității contractante ANIF nr. 22439/29.11.2017 înregistrată la ... SA cu nr. 3713/29.11.2017 prin care s-a răspuns în sensul că autoritatea contractantă nu adoptă nicio măsură de remediere a neregulilor și încălcărilor legislației privind achizițiile publice detaliate în notificarea prealabilă nr. 3647/27.11.2017 înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 22152/27.11.2017;

- anularea comunicării autorității contractante ANIF nr. 21843/ 22.11.2017 înregistrată la ... SA cu nr. 3647/22.11.2017;

- anularea raportului procedurii nr. 21835/22.11.2017 comunicat pe SEAP la data de 22.11.2017, prin care ofertantul ... SA a fost exclus nelegal și toate actele subsecvente acestuia;

- anularea procesului-verbal de evaluare 8 - neevidențiat în Raportul procedurii la Cap. 2 - fila 2 - necomunicat subscrisei;

- reluarea procedurii din faza de evaluare a documentele doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare, cu luarea în considerare a motivelor care determină declararea ofertei subscrisei drept admisibilă, refacerea clasamentului rezultat în urma aplicării criteriului de atribuire stabilit și declararea câștigătoare a ofertei ... SA care are o propunere financiară de 90.471,32 lei fără TVA".

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

În susținere, ... învederează faptul că este o societate cu capital integral de stat înființată în anul 2000, în baza OUG nr. 23/2000, care în urma reorganizării din anul 2004, a rămas cu cca.98% din datoriile vechiului „..." și doar 2% active, iar acționarul unic - Statul Român prin Agenția Domeniilor Statului, nu are posibilitatea legală de a asigura capitalul de lucru necesar printr-un aport în numerar și nici nu poate acorda împrumuturi bănești necesare societății, cum prevede legea în cazul societăților comerciale cu capital privat, sau subvenții așa cum primesc societățile care prestează servicii publice/de interes public, astfel încât, până la aprobarea planului de reorganizare cu lichidare parțială, trebuie să continue activitatea curentă, de preferință prin executarea activităților ce formează obiectul principal de activitate al societății - construcții hidrotehnice, întreținere și reparații în amenajările de îmbunătățiri funciare aflate în administrarea „ANIF" - partener tradițional de la înființare în 2004 din divizarea „...".

Contestatoarea arată că aportul de capital, nu implică un ajutor de stat doar atunci când participarea statului la capitalul unei societăți trebuie să fie majorată, cu condiția ca aportul de capital să fie proporțional cu numărul de acțiuni deținute de autoritățile publice şi să fie însoțit de un aport de fonduri ale unui acționar privat în cadrul procesului de majorare a capitalului social. Aportul de fonduri al acționarului privat trebuie să aibă o importanță economică semnificativă. În speță, nu este cazul, „ADS" fiind acționar unic.

Autoarea contestației subliniază faptul că autoritatea contractantă este cea care a preluat 98% din activele ... SA în 2004, operațiunea de divizare fiind cea care a creat dezechilibrul dintre drepturile și obligațiile, respectiv creanțele și datoriile ofertantului, motiv care o îndreptățește să solicite statuarea că legislația achizițiilor publice permite accesul societăților aflate în insolvență la procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică, fie acestea cu capital privat, mixt sau de stat, fără discriminare și cu respectarea egalității de șanse între participanții privați sau de stat din piață, în condițiile limitativ reglementate de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Astfel, norma specială vizând „situația operatorului economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență" nu prevede și condiția vizând îndeplinirea obligațiilor privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general

consolidat, tocmai în considerarea motivelor care au determinat deschiderea procedurii de insolvență.

... consideră că, dacă în cazul societăților private sau mixte s-ar putea găsi o justificare vizând necesitatea îndeplinirii condiției privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat prin aceea ca legea societăților comerciale permite neîngrădit aporturile în numerar și împrumuturile, în cazul societăților cu capital integral de stat, o asemenea condiție era neadecvată și disproporționată față de scopul urmărit și lipsa instrumentelor legale necesare finanțării activității, motiv pentru care nici nu a fost inclusă o asemenea prevedere în art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Față de cele menționate, invocând practica CNSC, contestatoarea arată că „până la reinserția debitorului ... SA în activitatea comercială, printr-o sentință pronunțată de judecătorul sindic, ofertantului ... SA nu i se poate refuza pentru motive obscure încadrarea în prevederile art. 167 alin. (2) coroborate cu art. 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016”, iar în opinia sa, și încadrarea în prevederile art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, în condițiile în care societatea sa a făcut dovada deschiderii procedurii de insolvență și luării măsurilor necesare și suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere menționate, dar și a expirării unei perioade de 3 ani de la data deschiderii proceduri de insolvență.

Contestatoarea precizează, totodată, că art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, reglementează tocmai o situație de excepție în raport cu norma generală reprezentată de art. 164 și 165 din lege, în timp ce art. 171 alin. (5), prevede la rândul său o situație specială cu caracter de excepție. Raportat la aceste texte legale, contestatoarea arată că autoritatea contractantă nu poate exclude ofertantul aflat în insolvență pentru motivele reglementate de art. 165 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, prevederile de excepție reglementate de art. 165 alin. (3), art. 167 alin. (2) coroborat cu art. 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, înlăturând aplicabilitatea normei juridice generală art. 165 alin. (1) și (2).

În concluzie, contestatoarea consideră că soluția adoptată de comisia de evaluare, în ceea ce privește lotul 1, de excludere a societății sale din procedură, nu a avut la bază o analiză obiectivă, completă și corelată a legislației incidente și a documentelor doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare, soluția adoptată fiind nemotivată în fapt și în drept, aspect de natură să atragă anularea adreselor nr. 22439/29.11.2017, nr. 21843/22.11.2017, a Raportului procedurii nr. 21835/22.11.2017, tuturor actelor subsecvente acestuia, precum și a Procesului-verbal de evaluare nr. 8.

În dovedire, ... a depus, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 52056/4418 C5/06.12.2017, Consiliul a solicitat contestatoarei transmiterea contestației în original.

Prin adresa nr. 52062/4418 C5/06.12.2017, Consiliul a solicitat autorității contractante documentele necesare soluționării contestației.

La data de 06.12.2017, Consiliul a înregistrat sub nr. 52050, contestația, în original, depusă de ....

Autoritatea contractantă, prin adresa nr. 22656/06.12.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 52091/06.12.2017, a transmis, în original, punctul de vedere nr. 22655/06.12.2017, împreună cu o parte a dosarului achiziției, în copie conformă cu originalul.

Prin punctul de vedere autoritatea contractantă a precizat că prin adresa nr. 20809/07.11.2017, a solicitat DGITL Sector 4 informații privind datoriile pe an fiscal din anul 2012 până în prezent, dacă din anul 2012 și până în prezent au fost solicitate cereri de eșalonare și, în cazul în care au fost solicitate, să-i comunice dacă au fost respectate termenele de plată stabilite, autoritatea contractantă constatând că ... are creanțe, neexistând eșalonări, de la intrarea în insolvență până în prezent.

Astfel, din Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 10802/ 31.05.2017 (Tabel definitiv rectificat al obligațiilor debitoarei ...) se constată creanțe garantate și neachitate după anul 2012.

Autoritatea contractantă precizează că în conformitate cu Planul de Reorganizare al debitoarei ..., aceasta a depus la dosarul nr. 26428/3/2017 aflat pe rolul Tribunalului București următoarele:

- „la pagina 9/38 din Planul de Reorganizare a fost prezentat personalul pentru finalizarea contractelor aflate în derulare, ceea ce conduce la incapacitatea tehnică de a încheia contracte noi”;

- la pagina 12/38 din Planul de Reorganizare privind situația obligațiilor de plată născute după 2012 în timpul perioadei de insolvență, ... SA a înregistrat datorii privind obligațiile de plată la bugetul consolidat în sumă de 11.953.341 lei, din care a fost achitată suma de 939.227 lei. Astfel, rezultă o datorie după anul 2012, de 11.014.114 lei, motiv pentru care a încadrat contestatoarea în prevederile art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Mai mult, tot la același pagina nr. 12/38 ultimul paragraf rezultă că de la data intrării în insolvență și până la data de 31.03.2017, rezultă creanțe datorate și neachitate în cuantum de 21.421.642 lei.

- se constată la pagina 13/38 din Planul de Reorganizare în perioada de observație, neducerea la îndeplinirea obligațiilor din anul 2012, conform datelor din tabelul asumat de ... SA a creanțelor de 21.421.642 lei datorii înregistrate după data intrării în insolvență.

Autoritatea contractantă consideră că operatorul economic nu are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică în situația în care ar fi declarat câștigător și nici ducerea la bun sfârșit a perioadei de garanție pe care acesta a acordat-o lucrării, respectiv 60 de luni și a apreciat că ... SA nu se încadrează în prevederile Legii nr. 98/2016 prevăzute la art. 167 alin. (2), întrucât din documentele juridice depuse la procedură, reiese că se află în insolvență din anul 2012 și până în prezent ... nu are întocmit un plan de reorganizare aprobat de instanță.

În finalul punctului de vedere, autoritatea contractantă consideră că nu a încălcat nicio prevedere legală privind achizițiile publice.

Autoritatea contractantă, prin adresa nr. 22906/11.12.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 52825/11.12.2017, a transmis, „completare punct de vedere nr. 22655/06.12.2017”, prin care arată că sarcina probei cu privire la dovedirea încadrării în excepțiile prevăzute de lege incumbă ofertantului aflat în stare de insolvență.

Autoritatea contractantă consideră că sunt elocvente informațiile privind numărul de angajați aflați în scădere continuă, cu privire la capacitatea ... SA de a executa contractul:

Anul de referință	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Numărul mediu de angajați	403	271	213	184	155	143

Cu privire la invocarea de către contestatoare a unor argumente care nu au legătură cu obiectul contractului, autoritatea contractantă consideră că nu este de natură să-i formeze convingerea că operatorul economic a luat măsuri ferme în ceea ce privește excepția prevăzută de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Aceste informații nu au, de altfel, nicio relevanță în raport cu ceea ce operatorul economic avea obligația de a proba, astfel încât, comisia de evaluare să poată aprecia aplicabilitatea excepției.

De asemenea, autoritatea contractantă mai precizează că, deși au fost formulate solicitări clare în sensul transmiterii de documente care să probeze încadrarea în excepție, contestatoarea s-a limitat la a le transmite strict pe cele nelimitativ precizate de comisia de evaluare, nedepunând diligențe suplimentare pentru a prezenta, potrivit obligației instituite în sarcina sa, documente care să justifice aplicarea excepției.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat în baza Legii nr. 98/2016, procedura de atribuire „simplificată”, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Lucrări de întreținere și reparații în amenajările de îmbunătățiri funciare din cadrul Filialelor Teritoriale ale Agenției Naționale de Îmbunătățiri Funciare - 26”, cod CPV 45247112-8 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. .../27.07.2017, stabilind data limită de depunere a ofertelor la 17.08.2017 ora 15^{00}, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate - preț” și valoarea de 922.527,96 lei, fără TVA.

Procedura de atribuire a fost divizată în 7 loturi, 2 dintre acestea fiind anulate, ... formulând contestație cu privire la lotul nr. 1 - „Lucrări decolmatare a canalelor de desecare secundare CS8 și CS8A”, cu o valoare estimată de 111.444,83 lei, fără TVA.

Potrivit Procesului-verbal de evaluare 1, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 15382/21.08.2017, în cadrul procedurii de atribuire, pentru lotul 1, au fost depuse 4 oferte, printre care și cea a ....

Împotriva comunicării privind rezultatul etapei de evaluare a propunerii financiare, ... a formulat o contestație, soluționată prin decizia CNSC nr. 2619/C5/3284 din 09.10.2017, prin care Consiliul a dispus următoarele:

«Admite, în parte, contestația formulată de ... în contradictoriu cu ....

Anulează Procesul-verbal de evaluare 3, înregistrat cu nr. 16209/01.09.2017, și toate actele subsecvente acestuia, în partea aferentă propunerii financiare depuse de ... pentru lotul 1.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reevalueze propunerea financiară depusă

de ... pentru lotul 1, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente.

Respinge, ca inadmisibil, capătul de cerere prin care ... solicită declararea câștigătoare a ofertei sale.

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

În urma reanalizării ofertei, prin adresa nr. 21843/22.11.2017, oferta depusă de ... a fost exclusă din procedură, conform dispozițiilor art. 165 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

Împotriva deciziei autorității contractante de excludere a ofertei sale, ... a transmis autorității contractante notificare prealabilă cu adresa nr. 3647/27.11.2017, cu respectarea dispozițiilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, prin care solicită acesteia luarea unor măsuri de remediere, în sensul anulării actelor prin care comisia de evaluare a dispus excluderea ofertei sale și reluarea procesului de evaluare a ofertei sale de la etapa de verificare a documentelor de calificare.

Cu adresa nr. 22439/29.11.2017 autoritatea contractantă a răspuns notificării prealabile comunicând contestatoarei că „*nu va adopta măsuri de remediere*".

Analizând criticile formulate de ..., Consiliul constată că acestea vizează, în principal, aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a dispus excluderea sa din procedură.

În calitate de participant la procedură, contestatorul a primit adresa de comunicare a rezultatului procedurii în care autoritatea contractantă a menționat că oferta acestuia a fost exclusă din procedură, deoarece în urma demersurilor întreprinse de autoritatea contractantă, în urma Deciziei CNSC nr. 2873/C11/3635 din 01.11.2017, conform adresei nr. 239426/07.11.2017, transmisă de Direcția Generală de Impozite și Taxe Locale sector 4 București, la solicitarea autorității contractante din adresa nr. 20809/07.11.2017, aceasta a constatat că societatea contestatoare are creanțe, neexistând eșalonări, de la intrarea în insolvență până în prezent.

Având a verifica temeinicia motivului care a stat la baza deciziei de excludere a ofertei depuse de către ...., Consiliul constată următoarele:

În decizia CNSC nr. 2873/C11/3635 din 01.11.2017, având aceleași părți, același motiv de respingere, dar vizând altă procedură de atribuire, decizie invocată de către autoritatea contractantă în cadrul actului atacat, s-au menționat următoarele considerente relevante cauzei:

«Verificând legalitatea și temeinicia deciziei autorității contractante de a exclude din procedura de atribuire pentru lotul 2 ... în insolvență, in insolvency, en procedure collective, Consiliul reține că prin adresa nr. 17313 din 19.09.2017, autoritatea contractantă a solicitat Ministerului Finanțelor Publice - Agenția Națională de Administrare Fiscală - Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice București - Administrația Sector 4 a Finanțelor Publice, să-i comunice valoarea obligațiilor fiscale principale neachitate de către ..." SA în insolvență, in insolvency, en procedure collective către bugetele asigurărilor sociale și bugetul de stat la termenul scadent, obligații constituite după data de 12.07.2012.

*Consiliul constată că Ministerul Finanțelor Publice - Agenția Națională de Administrare Fiscală - Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice București - Administrația Sector 4 a Finanțelor Publice răspunde prin adresa nr. 25040 din 21.09.2017, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 17647 din 25.09.2017, prin care arată că din documentele aflate la dosar rezultă că între părți respectiv ... (n.n. ... în insolvență, in insolvency, en procedure collective) și ANAF „**există situații litigioase nefinalizate neexistând un total definitiv al datoriilor**”.*

Consiliul reține că din certificatul de atestare fiscală nr. 25284 din 22.09.2017 emis de Ministerul Finanțelor Publice - Agenția Națională de Administrare Fiscală – Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice București – Administrația Sector 4 a Finanțelor Publice nu rezultă că obligațiile fiscale și bugetare sunt născute după data deschiderii procedurii insolvenței – 12.07.2012, astfel încât autoritatea contractantă trebuia să facă cercetări suplimentare pentru aflarea adevărului, cu atât mai mult cu cât din informațiile prevăzute în adresa nr. 25040 din 21.09.2017 emisă de Administrația Sector 4 a Finanțelor Publice nu rezultă cu certitudine dacă există obligații născute după data deschiderii procedurii insolvenței care să nu facă obiectul unor situații litigioase nefinalizate, respectiv sume certe, lichide și exigibile care să conducă la încadrarea în prevederile art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, cu aplicarea eventual a dispozițiilor art. 166 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, potrivit cărora prin excepție de la dispozițiile art. 165 alin. (1) și (2), un operator economic nu este exclus din procedura de atribuire atunci când cuantumul impozitelor, taxelor și contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate și restante este mai mic de 4.000 lei ori este mai mare de 4.000 lei și mai mic de 5% din totalul impozitelor, taxelor și contribuțiilor datorate de operatorul economic la cea mai recentă dată scadentă a acestora.

În concluzie, Consiliul stabilește că sunt întemeiate criticile contestatoarei privind obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, autoritatea contractantă fiind obligată, pe de o parte, să stabilească cu certitudine obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat născute după data deschiderii procedurii insolvenței – 12.07.2012, iar pe de altă parte să stabilească cu exactitate dacă aceste obligații (nu obligațiile născute înainte de data deschiderii procedurii insolvenței) fac obiectul unor situații litigioase nefinalizate, ținând cont de dispozițiile art. 166 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare».

În adresa nr. 239426/07.11.2017, Direcția Generală de Impozite și Taxe Locale sector 4 Bucureşti, menționează obligațiile fiscale pe care le are contestatorul din 2012 până în 2017, precizând în final că „*din 2012 până în prezent nu au fost solicitate cereri de eșalonare*”. Deși, operatorul economic în cauză figurează, la data de 07.11.2017, cu obligații fiscale către bugetul de stat, această sumă face obiectul unor litigii, așa cum rezultă din adresa nr. 25040/21.09.2017 emisă de

ADMINISTRAȚIA SECTOR 4 A FINANȚELOR PUBLICE, astfel că situația datoriilor nu este clară.

Referitor la motivul de respingere privind obligaţiile fiscale către bugetul asigurărilor sociale și bugetul de stat, Consiliul constată că autoritatea contractantă a cerut clarificări doar de la Administrația Finanțelor Publice Sector 4 fără a cere clarificări și contestatorului, acesta fiind cel interesat și în cunoștință de cauză pentru a indica eventualele motive de întârziere/neplată/suspendare la plată a obligaţiilor fiscale/înscriere sub condiţie a creanţelor fiscale la masa credală/compensare/contestare/dacă s-a solicitat anularea sau desfiinţarea actelor administrative fiscale.

Operatorul economic contestator a prezentat documente pe care autoritatea contractantă nu le-a analizat. Astfel, dacă s-ar fi solicitat clarificări ofertantului contestator, autoritatea contractantă ar fi fost informată că AFP Sector 4 figurează în tabelul obligaţiilor contestatorului și cu creanţă suspensivă sub condiţie, conform sentinței nr. 8207/09.10.2014 a Tribunalului București.

Creanţa sub condiţie suspensivă presupune analiza efectelor pe care le produce condiţia suspensivă, anterior îndeplinirii condiţiei. În intervalul de până la momentul realizării condiţiei, condiţia suspensivă presupune că obligaţia încă nu există, ceea ce înseamnă că, creditorul nu poate cere executarea plăţii de la debitor, iar dacă legea specială – legea insolvenţei – permite titularului creanţei sub condiţie suspensivă să formuleze declaraţie de creanţă, nu înseamnă că acest creditor poate exercita şi alte drepturi decât cele conferite de natura juridică a efectelor acestei condiţii.

Îndeplinirea condiţiei suspensive are efect retroactiv şi astfel se şi justifică înscrierea în tabel şi a acestor creanţe, tocmai în considerarea acestui efect.

Din documentele aflate la dosar, Consiliul constată că între părți există situații litigioase nefinalizate, neexistând un total definitiv al datoriilor. Tabelul definitiv rectificat al obligaţiilor ... S.A. este publicat în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 10802/31.05.2017. Totodată, contestatorul prezintă demersuri efectuate pe lângă AFP Sector 4 Bucureşti și administratorul judiciar al ... S.A. pentru clarificarea situației creditorului fiscal. Astfel, conform art. 128 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței: *„Pentru creditorii cu creanţe înscrise în tabelul consolidat definitiv de creanţe, cărora li s-au alocat sume numai parţial sau cu creanţe sub condiţie suspensivă şi care au luat parte la distribuire, sumele cuvenite vor fi păstrate la bancă, într-un cont special de depozit, până ce situaţia lor va fi lămurită*”.

Consiliul apreciază că acest motiv de respingere a ofertei contestatorului nu este întemeiat, deoarece situația datoriilor nu este lămurită, astfel, autoritatea contractantă poate pune în aplicare prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, Consiliul apreciază că nu se poate dispune excluderea din procedura de achiziţie a ofertantului ... S.A. în baza art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, în contextul în care deschiderea unei proceduri de insolvență la un agent economic se face pentru instituirea unei proceduri

colective pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvenţă (art. 2 din Legea nr. 85/2006), insolvenţa fiind definită ca acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficienţa fondurilor băneşti disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide şi exigibile (art. 3 din Legea nr. 85/2006).

Într-o atare situație, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu poate face aplicarea prevederilor art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv să respingă oferta depusă de ... pentru lotul 1 decât în măsura 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.

Or, în condițiile în care din cuprinsul adreselor nr. 25040/21.09.2017 și nr. 239426/07.11.2017, transmise de ANAF, nu rezultă existența unui total definitiv al datoriilor, Consiliul constată că decizia autorității contractante nu s-a bazat pe dovezi concludente privind încălcarea de către contestator a obligațiilor referitoare la plățile către bugetul general consolidat, acest aspect putând fi demonstrat doar în urma stabilirii cu exactitate, atât a cuantumului datoriilor și a faptului că acestea reprezintă creanțe născute ulterior deschiderii procedurii de insolvență, cât și prin stabilirea caracterului definitiv al acestora.

Sub acest aspect, Consiliul are în vedere că atât contestatorul cât și ANAF au făcut referire la existența unei situații litigioase însă nici ...., nici autoritatea contractantă și nici Administrația Sectorului 4 a Finanțelor Publice nu au prezentat documente relevante în acest sens.

Prin urmare, în măsura în care din documentele aflate la dosarul cauzei (inclusiv din cele existente la dosarul achiziției publice) nu reiese un total definitiv al datoriilor ..., Consiliul constată că, înainte de a proceda la respingerea ofertei prezentate pentru lotul 1 de către ofertantul în cauză, comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale, trebuia să-i solicite clarificări suplimentare, atât acestuia cât și ANAF, legate de situația litigiilor referitoare la obligațiile de plată ale ..., respectiv, menționarea sumelor aflate în litigiu și a dosarelor aflate pe rolul instanței, în care sunt precizate sumele respective, pentru a se edifica cu privire la caracterul definitiv al datoriilor, astfel cum prevede art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și să verifice dacă prezenta situație se încadrază sau nu în excepția prevăzută la art. 165 alin. (3) din același act normativ potrivit căruia *„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*”.

Consiliul reține că orice decizie a autorității contractante trebuie să se bazeze pe o evaluare temeinică a documentelor care i-au fost puse la dispoziție, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte care nu permit realizarea unei evaluări obiective.

Raportat la cele evocate şi ţinând seama că printre atribuţiile comisiei de evaluare sunt şi cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanţi, în cazul în care acestea au fost solicitate prin documentaţia de atribuire, aşa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislaţia în domeniu şi, pe cale de consecinţă, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale, este fondată, urmând a fi admisă.

Consiliul nu va reţine în soluţionare aprecierile autorităţii contractante cu privire la starea de insolvență a ..., expuse în completarea la punctul său de vedere cu privire la contestaţia acestei societăţi, având în vedere că ele nu au fost reţinute de comisia de evaluare în raportul procedurii ca motivând decizia de excludere a ofertei ...şi nici nu au fost menţionate în adresa de comunicare a rezultatului procedurii.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să admită, în parte, contestația depusă de ... în contradictoriu cu ... și să anuleze raportul procedurii, și toate actele subsecvente acestuia, în partea aferentă documentelor de calificare depuse de ... pentru lotul 1.

Va obliga autoritatea contractantă, în temeiul art. 26 alin. (5) din același act normativ, ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reevalueze documentele de calificare depuse de ... pentru lotul 1, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente.

În ceea ce privește capătul de cerere prin care contestatoarea solicită Consiliului să dispună declararea câștigătoare a ofertei ..., Consiliul îl va respinge ca inadmisibil, o astfel de atribuțiune fiind stabilită de legiuitor în sarcina membrilor comisiei de evaluare, potrivit art. 127 alin. (1) lit. m) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora Comisia de evaluare are următoarele atribuții: *„stabilirea ofertei/ofertelor câștigătoare sau, după caz, formularea propunerii de anulare a procedurii*", iar potrivit art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016 *„Consiliul nu poate decide atribuirea contractului către un anumit operator economic*".

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de ... în contradictoriu cu ....

Anulează raportul procedurii de atribuire și toate actele subsecvente acestuia, în partea aferentă documentelor de calificare depuse de ... pentru lotul 1.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reevalueze documentele de calificare

depuse de ... pentru lotul 1, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente.

Respinge, ca inadmisibil, capătul de cerere prin care ... solicită declararea câștigătoare a ofertei sale.

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

PREŞEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**

...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 11 pagini.