



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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. 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. 1318/C3/1449

Data: 05.08.2019

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 25207/22.07.2019, înaintată de SA, cu sediul în, ..., sectorul 2, înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin - președinte directorat și - membru directorat, formulată împotriva rezultatului procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. A5313/15.07.2019, emis de autoritatea contractantă, cu sediul în, ..., județul, în procedura licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „Servicii de asigurări facultative de persoane”, inițiată cu anunț de participare nr. CN1011036, publicat în SEAP la 07.05.2019, s-a solicitat Consiliului

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

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 25207/22.07.2019, ... SA atacă rezultatul procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. A5313/15.07.2019, emis de autoritatea contractantă, în procedura de atribuire mai sus arătată, potrivit căruia oferta sa a fost declarată inacceptabilă în etapa de verificare a documentelor suport/dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAЕ, deoarece se încadrează în situațiile precizate la art. 165 alin. (1) și (2) din Legea 98/2016 fiind aplicabile dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. (b) din HG nr. 395/2016.

În fapt, contestatoarea susține că obligația fiscală ce apare pe certificatul de atestare fiscală nu se încadrează în noțiunea de: impozite, taxe, contribuții la bugetul general consolidat.

Suma de 34.600.511 lei ce apare în certificatul de atestare fiscală nr. 33878/10.06.2019, la secțiunea A. *Obligații fiscale și alte obligații bugetare*, derivă dintr-o amendă aplicată de Consiliul Concurenței, prin Decizia nr. 63/20 noiembrie 2018, fiind aplicată pentru încălcarea prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, aferent perioadei 2012-2016.

În acest context, arată contestatoarea, dispozițiile art. 165 din Legea nr. 98/2016 nu pot fi aplicate prin extindere la alte tipuri de obligații fiscale stabilite în sarcina operatorilor economici și care, din punct de vedere formal, se colectează de administrațiile fiscale.

De altfel, dispozițiile art. 57 alin. (2) din Directiva UE 2014/24 privind achizițiile publice (transpusă de Legea nr. 98/2016) se referă expres doar la „obligațiile privind plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale”, noțiunea de „taxe” fiind referită în preambulul (100) al acestei Directive.

Nici Legea nr. 98/2016, nici Directiva UE 2014/24 nu solicită excluderea unui ofertant pentru neplata oricărui tip de obligație fiscală.

Amenzile stabilite de Consiliul Concurenței nu se califică nici drept impozite, nici ca taxe și nici drept contribuții la bugetul general consolidat. Conform site-ului Consiliului Concurenței, aceste sume se plătesc în contul „Venituri din amenzi și alte sancțiuni aplicate de către alte instituții de specialitate”, deschis la trezoreria la care este arondat plătitorul, beneficiar bugetul de stat.

Așadar, aceste sume nu se plătesc nici în contul de impozite și taxe și nici în contul de contribuții.

Mai mult, conform site-ului ANAF, veniturile din amenzi au conturi de trezorerie complet separate de conturile pentru plata impozitelor, taxelor și contribuțiilor.

Pe de altă parte, contestatoarea învederează faptul că dispozițiile art. 165 din Legea nr. 98/2016 mai impun o condiție pentru aplicarea unei măsuri de excludere, stabilind că autoritatea contractantă poate decide o excludere a unui operator de la procedura de atribuire dacă acesta „și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotărâre judecătorească sau decizie administrativă având caracter definitiv și obligatoriu în conformitate cu legea statului în care respectivul operator economic este înființat”.

Or, Decizia Consiliului Concurenței a fost comunicată în data de 19.03.2019, fiind atacată la Curtea de Apel, Secția Contencios Administrativ, așa cum reiese din certificatul de grefă anexat prezentei. Calea de atac face obiectul dosarului nr. 2359/2/2019.

Prin urmare, contestatoarea precizează că, până la finalizarea acestui dosar, decizia administrativă a Consiliului Concurenței, ce stabilește în sarcina sa o obligație fiscală, nu are caracterul definitiv și

obligatoriu cerut de lege pentru aplicarea unei măsuri extreme, cum este cea de excludere din procedură.

De altfel, precizează contestatoarea, amenda stabilită de Consiliul Concurenței a fost stinsă deja, prin plată, în data de 17.12.2018, conform dispozițiilor art. 28 din OG nr. 2/2001. Prin urmare, certificatul de atestare fiscală reflectă greșit această datorie.

În continuare, contestatoarea arată că la data de 13.06.2019, autoritatea fiscală i-a transmis titlul executoriu nr. 13031 din 05.06.2019 și somația de plată nr. 13660/05.06.2019 pentru suma de 34.600.511 lei, reprezentând diferența de plată între amenda stabilită și suma plătită, executare silită ce a fost contestată (dosarul nr. 15330/300/2019 aflat pe rolul Judecătoriei).

Așadar, până la finalizarea acestui dosar, nici titlul executoriu emis de ANAF nu are un caracter definitiv și obligatoriu cerut de art. 165 din Legea nr. 98/2016 pentru excluderea unui ofertant.

În concluzie, contestatoarea susține că, prin efectuarea unor plăți parțiale în cuantumul prevăzut de lege, a stins în integralitate întreaga sumă stabilită prin Decizia Consiliului Concurenței, certificatul de atestare fiscală reflectând o datorie stinsă deja.

În prezent, arată contestatoarea suma de 34.600.511 lei nu reprezintă obligație fiscală restantă, fiind integral garantată la plată prin Scrisoarea de garanție nr. 00888-02-0588336 emisă de UniCredit Bank SA pentru o perioadă de 3 ani, pentru întreaga sumă de 34.600,511 lei, „ca garanție a îndeplinirii obligațiilor pe care instanța le va stabili în mod definitiv în sarcina în cadrul dosarului nr. 2359/2/2019, aflat pe rolul Curții de Apel, prin care societatea noastră a contestat Decizia de sancționare a Consiliului Concurenței nr. 63/20.11.2018”.

Or, reclamă contestatoarea, autoritatea contractantă s-a bazat practic exclusiv pe prevederile generale ale certificatului de atestare fiscală, ignorând atât faptul că obligația fiscală înregistrată pe acesta derivă dintr-o amendă, așadar nu dintr-un impozit, taxă sau contribuție neachitată, dar și toate argumentele sale potrivit cărora amenda a fost achitată conform legii, iar titlul executoriu a fost contestat.

În drept, contestatoarea invocă dispozițiile art. 8 și urm. din Legea nr. 101/2016, ale art. 165 alin. (1) și (2), art. 168, art. 2 alin. (1) lit. (e) din Legea nr. 98/2016, ale art. 1, art. 157 alin. (2) lit. b1), art. 158 alin. (2), art. 235 alin. (1) din Codul de Procedură Fiscală, ale art. 28 alin. (1) din OG nr. 2/2001, ale art. 55 alin. (1) lit. a), art. 56, art. 60 alin. (3), art. 61, art. 53 lit. d) și e) din Legea nr. 21/1996, precum alte dispoziții legale incidente în cauză.

Prin adresa nr. A5613/26.07.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 29280/29.07.2019, autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, prin care solicită respingerea acesteia ca nefondată.

În fapt, autoritatea contractantă arată că, prin *Instrucțiunile pentru ofertanți* a fost stabilită ca cerință minimă obligatorie - situația personală a candidatului sau ofertantului - „Ofertanții, terții susținători și

subcontractanți nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016”, ofertanții urmând a completa DUAЕ cu informațiile aferente lor și în susținerea celor asumate să prezinte, doar ofertantul clasat pe primul loc, documentele justificative, printre aceste documente fiind menționat ca și posibil document certificat constatator privind lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget de stat, buget local, etc.).

În acest context, în data de 27.06.2019, comisia de evaluare a solicitat contestatoarei prezentarea documentelor suport/dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAЕ.

Contestatoarea a depus parte din documentele solicitate (certIFICATELE de atestare fiscală nu au fost depuse, conform precizărilor, pentru toate punctele de lucru).

Comisia a analizat certificatul de atestare fiscală nr. 33878 din data de 10.06.2019, emis ca urmare a cererii nr. 33878 din data de 04.06.2019, din care rezultă obligații fiscale restante la 31.05.2019, în total de 34.600.511 lei, precum și documentul de susținere, prin care se precizează faptul că autoarea contestației a achitat suma de 2.369.897,955 lei, reprezentând, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din OG nr. 2/2001, cuantumul amenzii aplicată prin Decizia Consiliului Concurenței nr. 63/20.11.2018. În același document se precizează faptul că, pentru suma de 34.600.511 lei, a fost emis, de către autoritatea fiscală, titlul executoriu nr. 13031 din 05.06.2019, ... contestând executarea silită și solicitând anularea atât a titlului executoriu, cât și a somației de plată.

Ulterior, autoritatea contractantă arată că a solicitat clarificări cu privire la situația obligațiilor de plată și completarea cu certificatele fiscale pentru toate punctele de lucru.

Drept răspuns, contestatoarea a depus un extras de pe portalul instanțelor judecătorești reprezentând dovada privind depunerea contestației la executarea silită înregistrată la Judecătoria Sectorului 2, cu nr. 15330/300/2019 din 28.06.2019 și parțial certificatele constatatoare privind lipsa, la data de 31.05.2019 a datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor locale și alte venituri datorate bugetului local pentru punctele de lucru. Documentele nu s-au trimis conform solicitării anterioare, motiv pentru care comisia hotărăște din nou depunerea lor.

Totodată, comisia de evaluare a solicitat Agenției Naționale de Administrare Fiscală/Direcția Generală de Administrare a Marilor Contribuabili situația datoriilor (obligații) fiscale restante aferente operatorului economic.

La această solicitare, Direcția Generală de Administrare a Marilor Contribuabili a precizat, în baza fișei de evidență pe plătitor, faptul că la data de 05.07.2019 „societatea figurează cu următoarele obligații de plată: 34.600.511 lei la Venituri din amenzi și alte sancțiuni aplicate de către alte instituții de specialitate”.

În acest context, autoritatea contractantă arată că a hotărât, în data de 09.07.2019, declararea ofertei ca inacceptabilă, aceasta neîndeplinind cerința minimă de calificare stabilită prin formularul Instrucțiuni către ofertanți, Secțiunea III.1.1 a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, respectiv nu a demonstrat, în condițiile în care prin DUAЕ nu a precizat existența unor astfel de datorii, că a îndeplinit obligațiile scadente la nivelul lunii anterioare celei în care era prevăzută data limită de depunere a ofertelor, încadrându-se astfel în situațiile stabilite la art. 165 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

..... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „Servicii de asigurări facultative de persoane”, prin publicarea, în SEAP, la 07.05.2019, a anunțului de participare nr. CN1011036 și a documentației de atribuire aferente.

Împotriva rezultatului procedurii (ce i-a fost comunicat prin adresa nr. A5313/15.07.2019), ... SA a formulat contestația de față, solicitând anularea actului atacat și a deciziei de anulare a procedurii și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii, prin reevaluarea ofertei sale și stabilirea admisibilității acesteia.

Pentru a îndeplini procedura stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a depus recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205589812/1 în valoare de 15.811,20 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în data de 18.07.2019.

Analizând prezenta contestație, Consiliul constată că aceasta vizează decizia autorității contractante de a-i respinge oferta, susținând că autoritatea contractantă este în eroare atunci când consideră că orice datorie la bugetul consolidat, consemnată într-un certificat fiscal, este susceptibilă de a înlătura oferta sa, ca inadmisibilă.

Din conținutul documentației de atribuire, rezultă că, la pct. *III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului. Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate*, autoritatea contractantă a precizat următoarele: „Cerința nr. 1: Ofertanții, terții susținători și subcontractații nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016. modalitatea de demonstrare: se va completa DUAЕ de către ofertanți cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe primul loc. Aceste documente pot fi: a) certificate constatatoare privind lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget de stat, buget local etc.) la momentul prezentării; ...”.

Din conținutul documentului DUAЕ depus de contestatoare, rezultă faptul că, la întrebările referitoare la motivele de excludere legate de

plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, aceasta a răspuns „NU”.

Prin adresa nr. ACH27/27.06.2019, autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei, în conformitate cu art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, „depunerea documentelor suport ale DUAЕ, valabile la momentul prezentării, conform celor menționate în documentația de atribuire: certificat constatator privind lipsa, la data de 31.05.2019 a datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor și contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget de stat, buget local, etc) pentru toate punctele de lucru și sediul central) ...”.

Contestatoarea a răspuns acestei solicitări, prin adresa din data de 27.06.2019, precizând următoarele: «Privind certificatul de atestare fiscală nr. 33878 din 10.06.2019 – anexa nr. ASR1. **1.** Aspecte prealabile: din analiza acestui certificat – anexa nr. ASR1, rezultă în aparență că are o datorie fiscală în valoare de 34.600.511 lei (...) Vom detalia mai jos motivele și probele care confirmă că nu se încadrează în motivul de excludere prevăzut de art. 165 din Legea nr. 98/2016. **2.** a stins deja, prin plată, datoria reflectată în mod greșit în certificatul de atestare fiscală. Prin decizia Consiliului Concurenței nr. 63/20.11.2018 s-a stabilit în sarcina suma de plată de 34.600.511 lei. a achitat suma de 2.369.897,955 lei pentru a acoperi amenda aplicată prin decizia Consiliului Concurenței. Plata a fost achitată de în temeiul prevederilor art. 28 alin. (1) din OG 2/2001 privind regimul contravențiilor (...) menționăm că, potrivit art. 55 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, limitele amenzii aplicate sunt *de la 0,5% la 10% din cifra de afaceri totală realizată în anul financiar anterior sancționării*. Prin urmare, *jumătate din minimul amenzii prevăzute de actul de actul normativ* (cuantumul prevăzut de art. 28 alin. (1) din OG nr.2/2001) este de 0,25% din cifra de afaceri totală realizată de în anul financiar anterior sancționării. a realizat în anul 2017 o cifră de afaceri totală de 947.959.182 lei (...) jumătate din minimul amenzii prevăzute de actul normativ este de 2.369.897,955 lei, sumă care a fost de asemenea achitată de către (...) la data de 13.06.2019, autoritatea fiscală a transmis către titlul executoriu nr. 13031 din data de 05.06.2016 (anexa nr. ASR3) pentru suma de 34.600.511 lei, reprezentând diferență de plată între amenda stabilită și suma plătită (...).».

Analizând conținutul certificatului de atestare fiscală nr. 33878/10.06.2019, emis de ANAF – Direcția Generală de Administrare a Marilor Contribuabililor, rezultă faptul că SA are, la data de 31.05.2019, „obligații fiscale/bugetare principale”, în valoare de 34.600.511 lei. Comisia de evaluare a efectuat demersuri referitoare la lămurirea aspectului privind obligațiile de plată ale contestatoarei și, prin adresa nr. ACH30/01.07.2019, a solicitat ofertantului „documente/dovezi care probează faptul că SA a inițiat demersuri privind contestarea executării silitе și solicitarea anulării titlului executoriu, cât și a somației de plată ...”.

Analizând decizia comisiei de evaluare, Consiliul constată că, în mod eronat, oferta depusă de SA a fost exclusă din procedură, pe acest motiv.

Potrivit art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, motivul de excludere reglementat la acest articol se referă la încălcarea de către un operator economic a obligațiilor privind „plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat” pentru care există o hotărâre judecătorească sau decizie administrativă cu caracter definitiv și obligatoriu.

Or, în prezenta speță, autoarea contestației a fost amendată pentru practici anticoncurențiale, reglementate de art. 5 alin. (1) lit. a) din Legea concurenței nr. 21/1996. Prin Decizia nr. 63/2018, Consiliul Concurenței a stabilit în sarcina SA obligația de a plăti suma de 36.970.408 lei, „reprezentând 3,9% din cifra de afaceri realizată în 2017, conform dispozițiilor art. 68 lit. b) din lege”, suma urmând să se achite în contul „Venituri din amenzi și alte sancțiuni aplicate de către alte instituții de specialitate”.

Această decizie a fost atacată de către SA, la Curtea de Apel, sens în care s-a constituit dosarul nr. 2359/2/2019, cu termen 29.10.2019.

Ca urmare a acestei decizii, așa cum rezultă din certificatul de atestare fiscală nr. 33878/10.06.2019, ... SA figurează cu obligații de plată în valoare de 34.600.511 lei, în legătură cu care a fost emis titlul executoriu nr. 13031/05.06.2019 și somația nr. 13660/05.06.2019, înregistrate la contestatoare sub nr. 18473/13.06.2019.

Potrivit informațiilor din documentele depuse la dosarul cauzei de către contestatoare, ... SA a contestat acest titlu executoriu, sens în care, la data de 28.06.2019, s-a constituit, la Judecătoria Sectorului 2, dosarul nr. 15330/300/2019.

Pe de altă parte, în legătură cu acest titlu executoriu, Consiliul constată că SA a prezentat scrisoarea de garanție bancară nr. 00888-02-1588336/08.07.2019, emisă de UNICREDIT BANK, în valoare totală de 34.600.511 lei, în favoarea ANAF-Direcția Generală de Administrare a Marilor Contribuabili.

În aceste condiții, în primul rând, nu se poate reține că SA are o obligație de plată pentru care există o decizie administrativă sau o hotărâre judecătorească cu caracter definitiv și obligatoriu, nefiind astfel îndeplinite condițiile de aplicare a dispozițiilor art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora: „(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice operator economic despre care are cunoștință că și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotărâre judecătorească sau decizie administrativă având caracter definitiv și obligatoriu în conformitate cu legea statului în care respectivul operator economic este înființat”.

În al doilea rând, analizând Planul de conturi general, aprobat prin Ordinul nr. 1802/2014 pentru aprobarea Reglementărilor contabile privind situațiile financiare anuale individuale și situațiile financiare

anuale consolidate, rezultă faptul că, în fapt, contul în care SA trebuia să achite amenda stabilită, respectiv contul „Venituri din amenzi și alte sancțiuni aplicate de către alte instituții de specialitate”, potrivit mențiunilor din Decizia Consiliului Concurenței nr. 63/2018 (6581), nu se regăsește între cele care vizează obligațiile de plată prevăzute de art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 (ex: 645 – impozite, taxe, 646 - Cheltuieli privind contribuția asiguratorie pentru muncă Cheltuieli privind asigurările și protecția socială, 635 Cheltuieli cu alte impozite, taxe și vărsăminte asimilate).

Concluzionând, Consiliul constată că, în speță, membrii comisiei de evaluare, în mod eronat, au constatat incidența art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 în ceea ce privește oferta contestatoarei.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliu va admite contestația formulată de SA, va anula rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii și adresa de comunicare a rezultatului procedurii. Totodată, Consiliul va obliga autoritatea contractantă, ca, în termen de 15 zile lucrătoare de la primirea prezentei decizii, să continue procedura de atribuire, cu luarea în considerare a ofertei depuse de SA, din acest punct de vedere, conform considerentelor reținute în motivare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de SA, și anulează rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii și adresa de comunicare a rezultatului procedurii. Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile lucrătoare de la primirea prezentei decizii, să continue procedura de atribuire cu luarea în considerare a ofertei depusă de SA, care nu este afectată de motivul de excludere amintit-obligații bugetare, conform considerentelor reținute în motivare.

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....