



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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.....

Data:...

Prin contestația nr. 243436/02.12.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de SC SRL, societate în insolvență, cu sediul social în municipiul, având Cod Unic de Înregistrare și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului, reprezentată legal prin administrator judiciar -... și prin administrator special ..., privind procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție sectorială de servicii având ca obiect "...", cod CPV ..., organizată de S.A., cu sediul în, în calitate de entitate contractantă, contestatorul a solicitat:

- anularea comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. 40141/23.11.2021;
- anularea raportului procedurii de atribuire nr. 40134/23.11.2021;
- obligarea entității contractante la reluarea procedurii de atribuire și la reevaluarea ofertei depuse de societatea sa în cadrul procedurii, constatând inexistența motivului de excludere a acesteia invocat de entitatea contractantă.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC SRL reclamă rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, apreciindu-l nelegal, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

În fapt, contestatorul arată că prin comunicarea rezultatului procedurii de atribuire nr. 40141/23.11.2021 (anexa 1 la contestație), entitatea contractantă i-a adus la cunoștință faptul că:

a) Oferta societății sale a fost respinsă ca inacceptabilă în temeiul prevederilor art. 178 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 care reglementează faptul că entitatea contractantă are obligația de a exclude din procedură ofertantul care înregistrează obligații privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, singurele excepții permise fiind în situația în care operatorul economic stinge datoriile fiscale/beneficiază de eşalonarea acestora (art. 178 alin. 2 din Legea 99/2016) sau dacă datoriile sunt sub pragul de 10.000 lei (art. 179 din Legea 99/2016) ori dacă motive de interes general impun menținerea ofertantului în cadrul procedurii.

În susținerea deciziei de excludere, entitatea contractantă invocă prevederile Codului de procedură fiscală (art. 158 alin. 2 și 157 alin. 1) referitoare la certificatul de atestare fiscală și definirea obligațiilor fiscale restante, susținând totodată că: *"faptul că societatea dvs înregistrează debite restante mai mari de 10.000 lei și, deși așa cum ați susținut, în cadrul perioadei de observație reglementate de Legea 85/2014 nu pot fi achitate decât datoriile curente, Legea 99/2016 prevede clar obligația entității contractante de a exclude din procedură orice operator economic care înregistrează debite fiscale restante mai mari de 10.000 lei"*.

Pentru motivele succint expuse anterior, contestatorul precizează că entitatea contractantă a dispus respingerea ofertei societății sale ca inacceptabilă (în temeiul prevederilor 143 alin. 2 lit. b din HG 394/2016 raportat la prevederile art. 178-179 din Legea 99/2016), considerând că societatea sa nu ar îndeplini unul din criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire.

b) De asemenea, contestatorul arată că entitatea contractantă a dispus anularea procedurii de atribuire, conform art. 225 alin. 1 lit. a din Legea 99/2016, motivat de faptul că în cadrul procedurii nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă, din raportul procedurii rezultând faptul că și în privința celui alt ofertant a fost reținut același caz de excludere, respectiv înregistrarea de debite restante la bugetul de stat și refuzul autorității fiscale competente de acceptare a eşalonării/ restructurării creanțelor fiscale restante datorate de acest ofertant la bugetul de stat.

Contestatorul înțelege să conteste actele emise de entitatea contractantă:

- atât în privința calificării ca inacceptabile a ofertei depuse de societatea sa în cadrul procedurii de atribuire a contractului ce face obiectul prezentei cauze, motivat de faptul că decizia entității contractante a fost adoptată cu interpretarea și aplicarea eronată a prevederilor art. 178 alin. 2 din Legea 99/2016 și cu ignorarea/ neluarea în considerare a prevederilor Legii 85/2014, prevederi legale speciale prin prisma cărora trebuie analizată încadrarea societății sale în situația de excepție reglementată de prevederile art. 178 alin. 2 din Legea 99/2016;

- cât și în privința deciziei entității contractante de anulare a procedurii de atribuire, motivat de aprecierea, în mod nelegal, ca inacceptabilă a ofertei societății sale.

Cu titlul prealabil, contestatorul arată că potrivit Certificatului de atestare fiscală nr. ... (anexa 2 la contestație), reținut de entitatea contractantă în raportul procedurii nr. 40134/23.11.2021 (anexa 3), societatea sa înregistra la data de 25.06.2021 obligații de plată către bugetul de stat în valoare de 19.419.906 lei, valoare desigur superioară pragului legal de 10.000 lei.

Cu toate acestea, contestatorul precizează că întreaga creanță fiscală evidențiată în certificatul de atestare fiscală nr. ... reprezintă o creanță anterioară deschiderii procedurii insolvenței societății sale (fapt reținut inclusiv de entitatea contractantă prin recunoașterea temeiniciei afirmațiilor societății sale conform cărora în perioada de observație societatea sa nu poate achita creanțe anterioare deschiderii procedurii insolvenței - acest aspect fiind reglementat de dispozițiile Legii 85/2014).

În scopul dovedirii faptului că întreaga creanță fiscală în sumă de 19.419.906 lei evidențiată în certificatul de atestare fiscală ... reținut în raportul procedurii reprezintă o creanță anterioară deschiderii procedurii insolvenței societății sale (cu toate că oricum acest fapt a fost reținut de entitatea contractantă), contestatorul depune alăturat declarația de creanță ... depusă de organul fiscal în procedura insolvenței societății sale (dosarul de pe rolul Tribunalului) în conformitate cu prevederile art. 102 din Legea 85/2014, completată prin cererea de precizare a creanței ..., apoi prin cererea ... și mai apoi prin cererea ... (anexa 4) prin care organul fiscal enunță o creanță fiscală totală de 19.424.300 lei.

Cum creanța invocată în procedura insolvenței de organul fiscal în luna iunie 2021 este chiar puțin mai mare decât suma arătată în certificatul de atestare fiscală ... rezultă cu evidență faptul că întreaga creanță de 19.419.906 lei este una anterioară deschiderii procedurii.

Deși nu este relevant în privința analizei făcute de entitatea contractantă, contestatorul menționează, pentru acuratețea contestației, faptul că prin cererea de precizare a creanței ... (anexa 5), ca urmare a valorificării Poliței de asigurare de garanție seria nr. ... emisă de Societatea de Asigurare - Reasigurare City Insurance SA în valoare de 3.456.812 lei (anexa 17, anexa 18), organul fiscal a redus valoarea creanței fiscale anterioare deschiderii procedurii de la suma de 19.424.300 lei la suma de 15.967.488 lei, sumă cu care a și fost înscris în tabelul definitiv de creanțe întocmit de Administratorii Judiciari, publicat în Buletinul Procedurilor de insolvență nr. ... în care creditorul fiscal figurează cu o creanță garantată de 1.812.423,46 lei și cu o creanță bugetară de 14.155.064,54 lei, în total 15.967.488 lei (anexa 6), total care figurează și în certificatul de atestare fiscală ... (anexa 7).

Or, având în vedere tocmai situația specială a unui ofertant aflat în procedura insolvenței (fie în perioadă de observație, cum era cazul societății sale la data emiterii actului contestat, fie în perioada de reorganizare judiciară, cum urmează a fi societatea sa după data de 08.12.2021), contestatorul consideră că analiza ofertei depuse de un astfel de ofertant în privința condiției de participare la procedura de atribuire a unui contract de achiziție sectorială care vizează inexistența sau dimpotrivă existența unor creanțe fiscale nu poate fi făcută cu ignorarea dispozițiilor speciale ale Legii 85/2014 și prin raportare exclusivă la prevederile

legislației fiscale (respectiv la facilitățile fiscale prevăzute de Codul de procedură fiscală), așa cum în mod netemeinic și nelegal a procedat entitatea contractantă.

În acest sens, contestatorul învederează cu prioritate faptul că, așa cum a statuat Înalta Curte de Casație și Justiție prin Deciziile 28/2018 respectiv 38/2018 pronunțate de Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept (anexele 8 și 9), prevederile legii insolvenței au aplicabilitate prioritară față de dispozițiile legale în materie fiscală, de la data deschiderii procedurii insolvenței nemaifiind aplicabile reglementările legislației fiscale privind recuperarea creanțelor fiscale, acestea urmând a fi recuperate potrivit normelor speciale ale legii insolvenței, în procedura concursuală reglementată de aceasta.

Astfel, în considerentele Deciziei 28/2018, Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat că *"dintre cele două legi speciale aflate în concurs, este aplicabilă cu prioritate Legea nr. 85/2006 care reglementează procedura insolvenței. 63. Deschiderea procedurii insolvenței marchează începutul unei perioade fiscale speciale, debitorul în procedură având obligația să achite datoriile născute anterior deschiderii procedurii, cu respectarea ordinii de prioritate și a procedurilor prevăzute de lege. Recuperarea creanțelor împotriva unui debitor în insolvență este guvernată de dispozițiile legii speciale, care reglementează o procedură colectivă, concursuală și egalitară care are în vedere recuperarea tuturor creanțelor, inclusiv recuperarea creanțelor fiscale"*.

De asemenea, în considerentele Deciziei 38/2018, Înalta Curte reține: *"deși legea insolvenței și Codul fiscal conțin, ambele, dispoziții cu caracter special, fiecare are propriul domeniu de reglementare și, în condițiile în care la procedura colectivă, egalitară și concursuală a insolvenței participă toți creditorii, inclusiv creditorii bugetari, aceștia trebuie să se supună prevederilor legii insolvenței în procesul de realizare a creanței. Pe cale de consecință, în cursul acestei proceduri speciale de insolvență nu mai pot fi aplicate, în ceea ce privește realizarea creanțelor, dispozițiile contrare dintr-o altă lege, chiar dacă aceasta reglementează o procedură de stabilire a creanțelor fiscale, așa cum este Codul fiscal; între legea specială și legea generală, prioritară este aplicarea celei dintâi, conform principiului specialia generalibus derogant."*

61. Aceasta, întrucât Codul fiscal reglementează procedura generală de stabilire a creanțelor fiscale și de recuperare a creanțelor fiscale împotriva debitorilor care nu se află în situații speciale, cum este procedura de insolvență, iar Legea nr. 85/2006 reglementează procedura specială de realizare a tuturor creanțelor, inclusiv a creanțelor fiscale față de un debitor în insolvență".

Prin raportare la cele statuate de Înalta Curte de Casație și Justiție prin deciziile anterior amintite, a căror aplicabilitate este obligatorie conform art. 521 Cod procedură civilă, se poate lesne constata că interpretarea entității contractante a prevederilor art. 178 alin. 1 și 2 prin raportare exclusiv la prevederile Codului de procedură fiscală și ignorarea dispozițiilor cu aplicabilitate prioritară față de norma fiscală ale Legii 85/2014, este vădit nelegală.

Mai mult, contestatorul arată că potrivit prevederilor art. 178 alin. 2 din Legea 99/2016. *"Operatorul economic nu este exclus din procedura de*

atribuire dacă, anterior deciziei de excludere, își îndeplinește obligațiile prin plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate ori prin alte modalități de stingere a acestora sau beneficiază, în condițiile legii, de eşalonarea acestora ori de alte facilități în vederea plății acestora, inclusiv, după caz, a eventualelor dobânzi ori penalități de întârziere acumulate sau a amenzilor".

Conform prevederilor legale anterior citate, contestatorul solicită Consiliului să constate că excepția de la obligativitatea pentru entitatea contractantă de a exclude din cadrul procedurii de atribuire a ofertantului care ar înregistra creanțe fiscale restante vizează și situația în care ofertantul în cauză *"beneficiază în condițiile legii, de eşalonarea acestor creanțe sau alte facilități privind plata acestora"*.

Așa cum se poate constata, contestatorul învederează faptul că legiuitorul nu a statuat că acest caz de excepție de la excluderea ofertantului din procedura de achiziție sectorială ar viza exclusiv beneficierea de eşalonare a creanțelor fiscale sau alte facilități privind plata acestora în condițiile legislației fiscale, ci, din contră, reglementarea legală face trimitere generală la prevederi legale în baza cărora creanțele fiscale restante pot fi achitate eşalonat.

De asemenea, contestatorul consideră că potrivit principiului *"unde legiuitorul nu distinge nici interpretul nu distinge"* entitatea contractantă nu putea limita analiza facilităților de plată a creanțelor fiscale la prevederile legislației fiscale, ci trebuia să aibă în vedere cele statuate de societatea sa cu privire la reglementărilor speciale din materia insolvenței.

Contestatorul arată că o reglementare legală ce vizează *"facilități"* de plată unor creanțe restante o reprezintă chiar dispozițiile Legii 85/2014 a insolvenței ce reglementează, în esență, procedura de acoperire a pasivului înregistrat de debitorul aflat în insolvență, procedură ce vizează inclusiv creanțele de natură fiscală.

Conform prevederilor art. 2 din Legea 85/2014, *"Scopul prezentei legi este instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului, cu acordarea, atunci când este posibil, a șansei de redresare a activității acestuia"*.

În conformitate cu prevederile art. 5 punctele 46, 53 și 54 din Legea 85/2014 *"46. procedura generală reprezintă procedura de insolvență prevăzută de prezenta lege, prin care un debitor care îndeplinește condițiile prevăzute la art. 38 alineat (1), fără a le îndeplini simultan și pe cele de la art. 38 alineat (2), intră, după perioada de observație, succesiv, în procedura de reorganizare judiciară și în procedura falimentului sau, separat, numai în reorganizare judiciară ori doar în procedura falimentului;*

53. programul de plată a creanțelor este graficul de achitare a acestora menționat în planul de reorganizare care include:

a) cuantumul sumelor pe care debitorul se obligă să le plătească creditorilor, dar nu mai mult decât sumele datorate conform tabelului definitiv de creanțe; în cazul creditorilor beneficiari ai unei cauze de preferință sumele vor putea include și dobânzile;

b) termenele la care debitorul urmează să plătească aceste sume;

54. reorganizare judiciară este procedura ce se aplică debitorului în insolvență, persoană juridică, în vederea achitării datoriilor acestuia,

conform programului de plată a creanțelor. Procedura de reorganizare presupune întocmirea, aprobarea, confirmarea, implementarea și respectarea unui plan, numit plan de reorganizare, care poate să prevadă, nelimitativ, împreună sau separat:

- a) restructurarea operațională și/sau financiară a debitorului;*
- b) restructurarea corporativă prin modificarea structurii de capital social;*
- c) restrângerea activității prin lichidarea parțială sau totală a activului din averea debitorului".*

Contestatorul arată că dispozițiile art. 75 din Legea 85/2014 reglementează suspendarea de drept a oricăror alte proceduri ce vizează recuperarea creanțelor anterioare deschiderii procedurii insolvenței (fie că este vorba de acțiuni în justiție sau executări silite, inclusiv cele fiscale), scopul reglementării acestui caz de suspendare fiind acela al recuperării tuturor creanțelor anterioare deschiderii procedurii insolvenței în cadrul procedurii concursuale reglementate de Legea 85/2014.

Prevederile art. 87 din Legea insolvenței 85/2014, care reglementează operațiunile din perioada de observație (perioadă în care societatea sa se află de la data deschiderii procedurii, 12.08.2020, și până la data confirmării planului de reorganizare, care va fi 08.12.2021) permit doar derularea de activități curente și efectuarea de plăți „care se încadrează în condițiile obișnuite de exercitare a activității curente” și astfel interzic plata creanțelor „istorice”, născute anterior deschiderii procedurii.

Pe de altă parte chiar prevederile Codului de procedură fiscală reglementează, prin art. 265 alin. 5, faptul că *"(5) în vederea recuperării creanțelor fiscale de la debitorii care se află în stare de insolvență potrivit Legii nr. 85/2014, organul fiscal solicită înscrierea la masa credală a impozitelor, taxelor, contribuțiilor sociale existente în evidența creanțelor fiscale la data declarării insolvenței"*.

Acest text se coroborează pe deplin cu prevederile art. 102 alin. 1 din Legea 85/2014 (text la care organul fiscal s-a conformat, așa cum s-a arătat anterior, depunând declarație de creanță anexa 4 la contestatie) conform căreia *„Cu excepția salariilor ale căror creanțe vor fi înregistrate de administratorul judiciar conform evidențelor contabile, toți ceilalți creditori, ale căror creanțe sunt anterioare datei de deschidere a procedurii, vor depune cererea de admitere a creanțelor în termenul fixat în hotărârea de deschidere a procedurii"*.

Nu în ultimul rând, contestatorul arată că în conformitate cu prevederile art. 80 din Legea 85/2014, *"Nicio dobândă, majorare sau penalitate de orice fel ori cheltuială, numită generic accesorii, nu va putea fi adăugată creanțelor născute anterior datei deschiderii procedurii, cu excepția situațiilor prevăzute la art. 103"*.

Așa cum rezultă din prevederile legale anterior redate, contestatorul menționează că legislația specială în materia insolvenței:

- are ca scop, pe lângă acoperirea pasivului debitoarei, astfel cum este înscris la masa credală și acordarea posibilității debitoarei de redresare a activității sale;
- posibilitatea de redresare a activității debitoarei se realizează prin procedura de reorganizare, procedura care presupune, în privința creanțelor anterioare intrării debitoarei în insolvență, eşalonarea acestora

și achitarea conform unui program de plăți, parte a Planului de reorganizare;

- pe perioada de observație, cuprinsă între data deschiderii procedurii și data confirmării planului de reorganizare, în cazul societății sale 12.08.2020-08.12.2021, debitoarea nu face nicio plată pentru creanțele anterioare deschiderii procedurii (conform art. 87 mai sus citat), ceea ce constituie o mare facilitate la plată, menită a asigura creșterea șansei de redresare;

- legislația privind insolvență instituie și o serie de facilități în privința acoperirii creanțelor anterioare deschiderii procedurii insolvenței, atât prin reglementarea stopării curgerii de accesorii ale creanțelor negarantate anterioare deschiderii procedurii insolvenței, cât și prin dreptul de plată eșalonată - pe parcursul procedurii de reorganizare - a acestor creanțe.

Așadar, se poate lesne constata faptul că dispozițiile art. 178 alin. 2 din Legea 99/2018 nu pot fi interpretate exclusiv prin raportare la dispozițiile legislației în materie fiscală, în condițiile în care, eșalonarea creanțelor este reglementată și de dispozițiile Legii 85/2014 în cadrul prevederilor ce vizează reorganizarea activității debitoarei, eșalonarea vizând creanțele, inclusiv cele de natură fiscală, anterioare deschiderii procedurii insolvenței.

Mai mult decât atât, contestatorul precizează că întreaga procedură a insolvenței instituie o serie de facilități de acoperire a pasivului unei societăți aflate în insolvență, prin reglementările ce vizează atât stoparea posibilității de percepere a accesoriilor în privința creanțelor anterioare deschiderii procedurii insolvenței, cât și prin dreptul de plată eșalonată a acestora în cadrul procedurii de reorganizare judiciară.

În cazul societății sale planul de reorganizare pe care îl atașează (anexa 10) a fost aprobat de către Adunarea Creditorilor, sens în care atașează Procesul-verbal al ședinței adunării creditorilor SRL încheiat la data de 20.10.2021 și publicat în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. ... (anexa 11).

Contestatorul subliniază și faptul că o interpretare a dispozițiilor art. 178 alin. 2 din Legea 99/2016 în maniera în care a făcut-o entitatea contractantă ar lăsa fără efecte prevederile art. 180 alin. 2 din Legea 99/2016 ar căror scop este tocmai acela de a permite societăților în insolvență participarea la procedurile de achiziție publică.

Potrivit acestora *"entitatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență și care se află în perioada de observație atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic sau în orice alt mod, stabilește că operatorul economic în cauză are capacitatea de a executa contractul sectorial/acordul-cadru, ținând cont de măsurile adoptate de respectivul operator privind continuarea activității. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, fie este în cadrul procesului de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță."*

Contestatorul arată că în conținutul ofertei depuse în cadrul procedurii, în vederea atestării încadrării societății sale în condițiile art. 180 alin. 2 din Legea 99/2018 de participare la procedura de atribuire, a inclus o descriere detaliată a măsurilor adoptate în perioada de observație atât referitoare la întocmirea planului de reorganizare, cât și continuarea activității curente de o manieră sustenabilă - fiind evidențiate inclusiv veniturile pe care societatea le va obține din derularea contractelor în desfășurare care atestă posibilitatea societății sale de continuare a activității curente și, implicit, de executare a contractului ce face obiectul procedurii inițiate de SNGN ROMGAZ SA. În susținerea celor precizate, contestatorul invocă adresa din 26.04.2021 emisă de Administratorul Judiciar depusă de societatea sa în cadrul ofertei (anexa 13).

În plus, contestatorul arată că prin nota explicativă nr. 241420/28.06.2021 depusă de societatea sa în cadrul procedurii (anexa 14) a detaliat regimul juridic aplicabil creanțelor fiscale înscrise în certificatul de atestare fiscală din 25.06.2021.

Astfel, apare mai mult decât evident faptul că pentru ca o societate aflată în procedura de observație reglementată de Legea 85/2014, care:

- înregistrează creanțe anterioare deschiderii procedurii, cel mai adesea inclusiv de natură fiscală,
- nu poate beneficia oricum de o eșalonare a creanțelor fiscale în acord cu prevederile art. 184 și următoarele Cod procedură fiscală, în condițiile în care potrivit prevederilor art. 186 Cod procedură fiscală, una din condițiile pentru acordarea eșalonării la plată a creanțelor fiscale este aceea ca solicitantul să nu fie în insolvență;

interpretarea dată de entitatea contractantă cazurilor de excepție reglementate de art. 178 alin. din Legea 98/2016 este nelegală.

Având în vedere toate considerentele anterior expuse, contestatorul solicită Consiliului să constate că pentru societățile aflate în procedura insolvenței reglementată de Legea 85/2014 - fie în procedura de observație, fie în reorganizare judiciară - cazul de excludere reglementat de art. 178 din Legea 99/2016 nu se poate referi decât la înregistrarea de creanțe de natură fiscală restante curente, adică datorate pentru perioada de după deschiderea procedurii insolvenței, și nu la înregistrarea de creanțe de natură fiscală anterioară deschiderii procedurii insolvenței.

Contestatorul arată că acest fapt rezultă inclusiv din interpretarea:

- prevederilor art. 77 alin. 6 din Legea 85/2014 potrivit cărora *"Art.77 (6) Debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii"* și
- prevederilor art. 341 din Legea 85/2014 conform cărora *"Art. 341 Orice decăderi, limitări, interdicții ori altele asemenea instituite prin norme legale sau prevederi contractuale pentru cazul deschiderii procedurii de insolvență vor fi aplicabile doar de la data deschiderii falimentului. Dispozițiile contrare se abrogă"*.

Contestatorul menționează că aplicabilitatea prevederilor art. 178 alin. 2 din Legea 99/2016 în sensul celor precizate de societatea sa în contestație a fost reținută inclusiv de jurisprudența CNSC, amintind, cu titlu de exemplu Decizia nr. 1049/C3/1004 din 19.05.2021, pronunțată de CNSC într-o speță similară ce viza interpretarea și aplicarea dispozițiilor

art. 167 din Legea 98/2016, dispoziții legale similare cu cele reglementate de art. 178 din Legea 99/2016 (anexa 16).

Mai mult, contestatorul arată faptul că societății sale i-a fost atribuit de către aceeași entitate contractantă, în urma unei proceduri de achiziții publice sectoriale, un contract de furnizare piese de schimb, în cadrul procedurii de atribuire ... reținând, conform raportului procedurii nr. 465/11.01.2021 (anexa 15), faptul că aceleași creanțe fiscale evidențiate în Certificatul de atestare fiscală, reprezentând creanțe anterioare deschiderii procedurii insolvenței, nu constituie motiv de excludere a societății sale din cadrul procedurii de atribuire a respectivului contract.

În condițiile în care starea societății sale de insolvență și creanțele fiscale anterioare deschiderii procedurii au fost analizate de aceeași entitate contractantă, în opinia contestatorului, concluziile la care s-a ajuns în luna ianuarie 2021 nu pot fi contrazise ulterior în condițiile în care starea de fapt nu s-a modificat.

Față de toate cele anterior precizate, motivat de faptul că:

- societatea sa nu înregistrează creanțe fiscale curente datorate bugetului de stat sau bugetelor autorităților publice locale;

- ținând cont, colateral, și de faptul că la data prezentei societatea sa are propus un Plan de reorganizare care a fost aprobat de adunarea creditorilor și a fost depus în vederea confirmării acestuia de către judecătorul sindic, în cauza 3516/99/2020 aflată pe rolul Tribunalului judecătorul sindic urmând a se pronunța în privința confirmării Planului de organizare pe data de 08.12.2021,

- legea insolvenței reglementează o sumă de facilități de eșalonare la plată cum ar fi posibilitatea de redresare a activității debitoarei care se realizează prin procedura de reorganizare, procedura care presupune, în privința creanțelor anterioare intrării debitoarei în insolvență, eșalonarea acestora și achitarea conform unui program de plăți, faptul că pe perioada de observație debitoarea nu face nicio plată pentru creanțele anterioare deschiderii procedurii, stoparea curgerii de accesorii ale creanțelor negarantate anterioare deschiderii procedurii insolvenței;

- legea insolvenței este specială și derogatorie de la legislația fiscală, așa cum a statuat în mod obligatoriu Înalta Curte de Casație și Justiție;

- starea societății sale de insolvență și creanțele fiscale anterioare deschiderii procedurii au fost analizate de aceeași entitate contractantă, concluziile la care s-a ajuns în luna ianuarie 2021 nu pot fi contrazise ulterior în condițiile în care starea de fapt nu s-a modificat;

contestatorul solicită Consiliului să constate că societatea sa întrunește toate condițiile pentru participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică sectorială ce face obiectul contestației, decizia autorității contractante de excludere a ofertei societății sale fiind dispusă cu interpretarea și aplicarea eronată a prevederilor legale, dispozițiile art. 143 alin. 2 lit. b) din lege nefiind incidente.

În opinia contestatorului, decizia entității contractante de anulare a procedurii în temeiul prevederilor art. 225 alin. 1 lit. a) din Legea 99/2016, este nelegală.

În condițiile în care oferta societății sale este admisibilă, așa cum a detaliat pe larg, contestatorul solicită Consiliului să statueze că nu se

impunea anularea procedurii, motiv pentru care solicită Consiliului să dispună și obligarea entității contractante la reluarea procedurii de atribuire și la reevaluarea ofertei depuse de societatea sa în cadrul procedurii.

Pe cale de consecință, contestatorul solicită admiterea contestației, așa cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 3404/17.12.2021 înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ... S.A., în calitate de entitate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC SRL, solicitând respingerea acesteia ca fiind neîntemeiată, pentru următoarele:

În fapt, entitatea contractantă arată că a organizat procedura de licitație deschisă, într-o singură etapă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de servicii „Reparație capitalizabilă instalație trifazică de refulare, separare, măsurare gaze”, cu data limită de depunere a ofertelor în data de 26.04.2021, ora 15:00.

SC SRL, ..., a contestat comunicarea rezultatului procedurii nr. 40141/23.11.2021 și raportul procedurii nr. 40134/23.11.2021 prin care s-a anulat procedura, deoarece nu a fost depusă nici o ofertă/solicitare de participare admisibilă.

Entitatea contractantă solicită Consiliului să respingă aparările contestatorului ca fiind neîntemeiate având în vedere următoarele argumente:

- Deși nu avea obligația de a accepta solicitarea SC SRL, ..., de prelungire cu 30 de zile a termenului de prezentare pentru Certificatele constatatoare privind lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, a fost de acord cu prelungirea termenului oferind timp suficient ofertantului de a obține toate documentele suport DUAE (ofertantul a solicitat prelungirea termenului până la data de 25.06.2021, iar entitatea contractantă a stabilit termenul final de depunere a documentelor ca fiind 29.06.2021).

- Prevederile cuprinse în legislația specifică domeniului fiscal:

Art. 158 alin. 2 din Codul de procedura fiscală care menționează:
„Certificatul de atestare fiscală se eliberează pe baza datelor cuprinse în evidența creanțelor fiscale a organului fiscal central competent și cuprinde obligațiile fiscale restante existente în sold în ultima zi a lunii anterioare depunerii cererii și nestinse până la data eliberării acestuia, precum și alte creanțe bugetare individualizate în titluri executorii emise potrivit legii și existente în evidența organului fiscal central în vederea recuperării.”

Art. 157 alin. 1 lit. a) din Codul de Procedura fiscală definește obligațiile fiscale restante ca fiind obligațiile fiscale pentru care s-a implinit scadența sau termenul de plată.

Prevederile art. 6 din Ordinul 3654/2015 potrivit cărora, în cadrul secțiunii A „Obligații fiscale și alte obligații bugetare” din Certificatul de atestare fiscală *„se înscriu totalul obligațiilor fiscale principale și al obligațiilor fiscale accesorii restante, existente în sold în ultima zi a lunii anterioare depunerii cererii și nestinse până la data eliberării certificatului de atestare fiscală”;*

- Faptul că într-adevăr, în cadrul perioadei de observație reglementate de Legea nr. 85/2015 nu pot fi achitate decât datoriile curente, însă suma restantă din certificat reprezintă o datorie istorică, născută și scadentă

anterior deschiderii insolvenței. Mai mult, legislația achizițiilor sectoriale prevede că entitatea contractantă are obligația de a exclude un operator economic care înregistrează debite fiscale restante mai mari de 10.000 lei, ori datoriile contestatorului sunt de 19.419.906 lei. În acest sens nu există nicio excepție/prevedere legală care să accepte în procedură un ofertant cu datorii istorice. Datoriile istorice, chiar dacă sunt născute și scadente anterior deschiderii insolvenței au fost generate tot de către ofertant/contestator prin neplata acestora, existența acestora fiind tot din culpa contestatorului.

- Prevederile art. 178 alin. 1 din Legea nr. 99/2016 potrivit cărora entitatea contractantă are obligația de a exclude din procedură ofertantul care înregistrează obligații privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, singurele excepții permise fiind în situația în care operatorul economic stinge datoriile fiscale/ beneficiază de eșalonarea acestora (art. 178 alin. 2 din Legea nr. 99/2016) sau dacă datoriile sunt sub pragul de 10.000 lei ((art. 179 din Legea nr. 99/2016) ori dacă motive de interes general impun menținerea ofertantului în cadrul procedurii.

- Oferta contestatorului a fost respinsă ca fiind inacceptabilă, potrivit art. 143 alin. (1) din HG 394/2016 în care se precizează: "*comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme*", deoarece oferta nu se încadrează în situațiile de excepție reglementate de art. 178 alin. 2 și art. 179 din Legea nr. 99/2016, aceasta fiind considerată inacceptabilă potrivit art. 143, alin (2) lit. b) în care se precizează: "oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire".

În concluzie, pentru cele expuse anterior, entitatea contractantă solicită respingerea contestației, ca fiind neîntemeiată și nefondată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..... S.A., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție sectorială de servicii având ca obiect "...", cod CPV 50531000-6. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

În procesul-verbal al ședinței de vizualizare a ofertelor nr. 4239/27.04.2021, s-a consemnat depunerea a 2 oferte.

În raportul procedurii nr. 40134/23.11.2021, s-a consemnat respingerea acestora ca inacceptabile, precum și anularea procedurii conform art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016.

Împotriva deciziei autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale și de anulare a procedurii, comunicată prin adresa nr. 40141/23.11.2021, SC SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr.

Analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul

urmează să admită contestația SC SRL, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Oferta contestatorului a fost respinsă ca inacceptabilă în temeiul prevederilor art. 178 alin.(1) din Legea nr. 99/2016 care reglementează faptul că entitatea contractantă are obligația de a exclude din procedură ofertantul care înregistrează obligații privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, singurele excepții permise fiind în situația în care operatorul economic stinge datoriile fiscale/beneficiază de eşalonarea acestora (art. 178 alin. 2 din Legea 99/2016) sau dacă datoriile sunt sub pragul de 10.000 lei (art. 179 din Legea 99/2016) ori dacă motive de interes general impun menținerea ofertantului în cadrul procedurii.

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține faptul că SC SRL este o societate comercială pentru care a fost deschisă procedura insolvenței.

Potrivit Certificatului de atestare fiscală nr. ..., reținut de entitatea contractantă în raportul procedurii nr. 40134/23.11.2021, societatea înregistra la data de 25.06.2021 obligații de plată către bugetul de stat în valoare de 19.419.906 lei.

În apărarea sa, pentru a demonstra nelegalitatea excluderii ofertei sale din procedură, contestatorul susține că întreaga creanță fiscală evidențiată în certificatul de atestare fiscală nr. ... reprezintă o creanță anterioară deschiderii procedurii insolvenței societății sale, astfel că în perioada de observație societatea sa nu poate achita creanțe anterioare deschiderii procedurii insolvenței, acest aspect fiind reglementat de dispozițiile Legii 85/2014.

Pe de altă parte, Consiliul observă că entitatea contractantă nu a avut în vedere dispozițiile legale speciale din Legea nr.99/2016, care fac referire la situația operatorilor economici aflați în insolvență.

Potrivit dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit.b) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016, *„(1) Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:.....*

b) se află în procedura insolvenței sau în lichidare, în supraveghere judiciară, sau în încetarea activității;

(2) Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) lit. b), entitatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență și care se află în perioada de observație atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic sau în orice alt mod, stabilește că operatorul economic în cauză are capacitatea de a executa contractul sectorial/acordul-cadru, ținând cont de măsurile adoptate de respectivul operator privind continuarea activității. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, fie este în cadrul procesului de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță”.

Consiliul reține de asemenea că legiuitorul a stabilit o formă de protecție a societăților pentru care a fost deschisă procedura de insolvență

prin dispozițiile art. 77 alin. 6 din Legea nr. 85/2014 potrivit căroră „(6) *Debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii*”.

În aprecierea Consiliului, în situația dată, entitatea contractantă trebuia să solicite clarificări ofertantului SC SRL, în aplicarea dispozițiilor anterior citate, clarificări care ar putea sau nu să demonstreze faptul că acesta are capacitatea de a executa contractul sectorial.

Din reglementările prevederilor art.180 alin.(1) lit.b) și alin.(2) din Legea nr. 99/2016 rezultă faptul că la momentul evaluării ofertei entitatea contractantă era ținută să permită ofertantului să prezinte dovezile necesare conform excepțiilor prevăzute de lege, iar, în măsura în care acestea erau pertinente, să le accepte, nu să aprecieze că, dacă ofertantul avea datorii la bugetul de stat, conform Certificatului de atestare fiscală nr. ..., ab initio, trebuia luată decizia respingerii ofertei. Entitatea contractantă era obligată să țină seama de faptul că pentru ofertant a fost deschisă procedura de insolvență și să aplice dispozițiile legale care reglementează această situație specială. Oricum, în aprecierea Consiliului, în situația dată, nu au prioritate dispozițiile art.178 din Legea nr.99/2016, ci au prioritate de aplicare dispozițiile art.180 alin.(1) lit.b) și alin.(2) din Legea nr. 99/2016, anterior citate.

Relevantă este și teza a doua din conținutul art.180 alin. (2) din Legea nr.99/2016, care prezintă modul în care entitatea contractantă stabilește dacă operatorul economic are capacitatea de a executa contractul, în speța analizată prestarea de servicii de „Reparație capitalizabilă instalație trifazică de refulare, separare, măsurare gaze”, aceasta urmând a avea în vedere „că respectivul operator economic se află fie în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, (...)”, ofertantul contestator declarând că se afla în această primă ipoteză la momentul evaluării ofertelor, respectiv „în perioada de observație”.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) lit.a) și b) și alin.(5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC SRL și va dispune anularea raportului procedurii nr. 40134/23.11.2021 și a comunicărilor subsecvente acestuia, în partea care privește oferta SC SRL, precum și continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei SC SRL conform motivării, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei decizii.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) lit.a) și b) și alin.(5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de către SC SRL în contradictoriu cu S.A.

Dispune anularea raportului procedurii nr. 40134/23.11.2021 și a comunicărilor subsecvente acestuia, în partea care privește oferta SC SRL.

Dispune continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei SC SRL conform motivării, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

...

....

....

MEMBRU,

MEMBRU,

....