

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. 25/04.05.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 22765/04.05.2021, depusă de SC ... SA, lider al asocierii SC ... SA – SC ... SA, cu sediul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal de ... – administrator, formulată împotriva adresei nr. 128967.52/23.04.2021, emisă de ... SA, cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de servicii (în afara celor cuprinse în Anexa II) având ca obiect „IMPLEMENTARE CRM SALESFORCE”, s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 128967.52/23.04.2021, ca nelegală și netemeinică;

- obligarea entității contractante la reevaluarea situației terțului susținător, ..., cu respectarea prevederilor legale aplicabile și cu luarea în considerare a tuturor argumentelor prezentate în legătură cu situația personală a acestuia, cu consecința declarării acestui terț susținător ca nefiind într-o situație ce ar putea atrage excluderea acestuia din procedura de atribuire.

De asemenea, s-a solicitat de către contestatoare suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației. Prin Încheierea nr. ..., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației, pe care l-a respins.

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

Consiliul a fost sesizat și este competent să soluționeze contestația formulată de SC ... SA, împotriva solicitării nr. 128967.52/23.04.2021 de înlocuire a terțului susținător ..., ca nelegală și netemeinică, contestatoarea solicitând anularea acestei adrese și reevaluarea situației terțului susținător, ..., cu respectarea prevederilor legale aplicabile și cu luarea în considerare a tuturor argumentelor prezentate în legătură cu

situația personală a acestuia, cu consecința declarării acestui terț susținător ca nefiind într-o situație ce ar putea atrage excluderea acestuia din procedura de atribuire.

I. Preliminar, ... SA arată că a depus ofertă, având ca ofertant asociat ... SA, subcontractant ... S.R.L și terț susținător, cu respectarea tuturor cerințelor documentației de atribuire și a răspuns în termen la toate solicitările de clarificări formulate de entitatea contractantă pe parcursul derulării procesului de evaluare a ofertelor.

Prin adresa nr. 128967.48/16.04.2021, entitatea contractantă a solicitat prezentarea documentelor justificative pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE, respectiv *„să explice stadiul și modul de rezolvare a situațiilor constatate în certificatul de atestare fiscală prezentat în cazul ... - terț susținător, referitor la:*

- *Dosar plată nr. 06820200043838647, an fiscal 2016, pe numele ..., predat instituției însărcinate cu încasarea la data de 10.07.2020, provenit din înregistrarea de acte judiciare, pentru o datorie de 633,17 euro;*

- *Contestație împotriva avizului SDC TMB031J00097-19 (2014) pentru anul fiscal 2014, legat de ..., starea contenciosului gradul I, pentru suma contestată în valoare de 1.300.213,00 euro”.*

Contestatoarea susține că la data de 20.04.2021 a răspuns solicitării de clarificări nr. 128967.48/16.04.2021 și a depus un set de documente care susțin declarația reprezentantului legal al ... din care reiese că *„litigiul pentru anul 2014 nu poate fi considerat definitiv, întrucât avizul de evaluare a fost contestat în mod corespunzător în fața Comisiei fiscale competente”.*

În data de 23.04.2021, entitatea contractantă a publicat în SEAP adresa nr. 128967.52/23.04.2021, prin care comunica decizia de a exclude terțul susținător ... din procedura de atribuire a contractului, împreună cu solicitarea de înlocuire a acestuia.

II. În ceea ce privește solicitarea de admitere a prezentei contestații, petenta arată că în conformitate cu prevederile art. 2 alin. (2) din Legea 99/2016, entitatea contractantă, în mod netemeinic și cu rea credință a evaluat situația personală a terțului susținător ca fiind neconformă, încadrând-o în prevederile art. 182 din Legea nr. 99/2016, nefiind susținută faptic și mai ales juridic, deoarece entitatea contractantă nu a precizat și nu a motivat, din perspectiva art. 178 din Legea nr. 99/2016, aplicarea prevederilor art. 182 din actul normativ referit anterior, astfel încât consideră comunicarea ca netemeinică, raportat atât la situația de fapt ce reiese din documentația depusă în cadrul răspunsului la clarificări din data de 20.04.2021, dar și la textul articolului 178 din Legea nr. 99/2016.

În opinia sa, entitatea contractantă a evaluat în mod netemeinic și nejustificat situația personală a terțului susținător, în considerarea unor

elemente, care nu pot conduce în niciun caz la respingerea terțului susținător.

Astfel, raportându-se la prevederile art. 3 alin. 1 litera a) și lit. f) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea consideră că sunt încălcate principiile fundamentale care guvernează materia achizițiilor publice și anume egalitatea de tratament, transparența decizională și nediscriminarea ofertelor depuse, entitatea contractantă luând decizia de excludere a terțului susținător raportat la unele elemente care nu se încadrează în prevederile legale, apreciind în mod total nejustificat documentele depuse.

În acest sens, entitatea contractantă a reținut că terțul susținător înregistrează sume de plată reprezentând taxe și impozite într-o sumă considerabilă în opinia sa, deși raportat la cifra de afaceri a activității terțului susținător această sumă nu ar putea conduce la dificultăți de plată.

Mai mult, precizează că situația acestor sume nu este stabilită definitiv printr-o hotărâre a instanței de judecată legală, mai ales în contextul în care acestea sunt sume care au rezultat ca urmare a unui control fiscal și nu sume care ar rezulta din neplata sumelor datorate cu titlu de taxe și impozite din activitatea curentă, din declarațiile fiscale depuse curent. Totodată, petenta subliniază că potrivit legislației italiene, respectivele obligații nu sunt scadente la plata în integralitatea lor, ci doar 1/3 din ele până la soluționarea cauzei, astfel cum rezultă din Decizia de impunere depusă în cadrul documentației, împreună cu dovada plății acestui debit.

În consecință, petenta consideră că poziția și adresa emisă de comisia de evaluare fără argumente, fără motivare și fără o analiză adecvată, raportat la importanța deciziei luate, nu este justificată și nici temeinică, constituind o încălcare a principiilor nediscriminării și tratamentului egal, aplicabil în materia achizițiilor publice, reglementat și de art. 36 alin. (1) din Directiva 2014/25/UE, astfel cum acesta a fost interpretat prin jurisprudența obligatorie a CJUE în aplicarea Directivei 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii ("Directiva 2004/18"), reluate de Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE ("Directiva 2014/24").

Raportat la dispozițiile art. 18 alin. (1) al Directivei 2014/24, petenta apreciază că poziția entității contractante de a nu motiva decizia emisă, dar mai ales de a nu cere clarificări față de o situație de fapt pe care poate nu a înțeles-o în mod clar, poate fi caracterizată și ca o încălcare atât a principiului securității juridice în materia remediilor din domeniul achizițiilor publice, așa cum a fost dezvoltat de către jurisprudența CJUE în aplicarea Directivei privind coordonarea legilor,

reglementărilor și dispozițiilor administrative privind aplicarea procedurilor de recurs la atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări (89/665/CEE) ("Directiva 89/665"), dar și a principiilor fundamentale ale tratamentului egal, nediscriminării și transparenței.

În opinia sa, a evalua ofertele fără indicarea textelor legale aplicabile sau fără a solicita clarificări suplimentare legate de aceste aspecte reprezintă un precedent extrem de vătămător, repudiat expres și direct de dreptul UE aplicabil, astfel cum rezultă și din unele Decizii ale CJUE:

- în ceea ce privește principiile fundamentale ale tratamentului egal, nediscriminării și transparenței, aplicabile sunt cauzele Enterprise Focused Solutions SRL c/o Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia (C-278/14), paragrafele 27-29, Comisia Europeană c/a Irlandei (C-266/09), paragrafele 59-60 și EVN și Wienstrom c/a Austriei (C-448/01), paragrafele 92-93.

- în ceea ce privește principiul fundamental al securității juridice, aplicabile sunt cauzele Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft (C-470/99), paragrafele 75-76, Lammerz GmbH c/a Freie Hansestadt Bremen (C-241/06), paragraful 51, cauza Comisia Europeană c/a Irlandei (C-456/08), paragraful 52.

III. În ceea ce privește temeinicia contestației, petenta arată că în adresa contestată entitatea contractantă nu a indicat în mod detaliat cazul și situația specifică prevăzută la art. 178 din Legea nr. 99/2016, cu privire la care a aplicat sancțiunea prevăzută la art. 182 din Legea 99/2016. În consecință, deși apreciază adresa și decizia entității contractante ca nefondate și netemeinice, aceasta precizează că va analiza în continuare prevederile legale pe care presupune că entitatea contractantă le-ar fi putut avea în vedere în luarea deciziei, respectiv art. 178 din Legea nr. 99/2016.

Astfel, aceasta susține că la data depunerii ofertelor ..., în calitate de terț susținător al Asocierii ... SA - ... SA, a completat în platforma SEAP formularul DUAЕ, declarând pe propria răspundere că societatea nu se încadrează în prevederile art. 178 din Legea nr. 99/2016.

La momentul solicitării documentelor justificative ... a depus certificate de atestare fiscală ce evidențiază faptul că nu exista, la momentul emiterii acestora, taxe restante de plată în așteptare, constatate definitiv, pe cale de consecință nu se aplică dispozițiile art. 178 alin. 1 litera a) din Legea nr. 99/2016.

Din certificatul depus în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 128967.45/07.04.2021, rezultă că la momentul emiterii acestuia exista în așteptare două rezultate privind Dosarul de plată nr. 06820200043838647 și Contestația împotriva avizului SDC TMB031J00097-19 (2014) pentru anul fiscal 2014, ce nu au o decizie definitivă de plată.

La data de 23 septembrie 2019 ... a primit decizia de impunere nr. TMB031J000972019, referitoare la anul fiscal 2014 și privind impozite mai mari de 591.006 euro și penalități (amenzi) de 709.217 euro, contribuabilul având posibilitatea de a depune o contestație fiscală la Tribunalul Fiscal în termen de 60 de zile (plus 90 de zile în cazul în care contribuabilul inițiază o procedură de soluționare a impozitelor) care curge de la notificarea actului, sistemul italian având trei grade de jurisdicție pentru aceste tipuri de litigii.

Astfel societatea a facut apel împotriva acestei evaluări fiscale în fața Tribunalului Fiscal Provincial din Milano, iar audierea va avea loc în data de 4 mai 2021.

Potrivit legislației italiene, respectiv art. 15 din Decretul Președintelui Italiei nr. 602/1973, în forma consolidată, atâta vreme cât o creanță fiscală este contestată, contribuabilul nu poate achita decât o treime (1/3) din respectiva sumă, până la soluționarea definitivă a contestației. Urmare a acestei prevederi, în termenul legal, la data de 18 februarie 2021, ... a achitat o treime din suma contestată și astfel compania nu mai avea datorii exigibile către stat, drept urmare nu se încadra în prevederile art. 178 alin (1) lit. a), ci în prevederile art. 178 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

În ceea ce privește sumele datorate după pronunțarea Curții, alineatul 1 al articolului 68 din Decretul legislativ nr. 546/1992 al statului italian prevede ca impozitul, împreună cu dobânzile aferente prevăzute de legislația fiscală, trebuie plătite după cum urmează:

(i) 2/3 din impozitele și penalitățile impuse de Curtea Fiscală (plus dobânzile relevante), după deducerea sumelor deja plătite (adică 1/3 de mai sus), după decizia de prim grad (Tribunalul Fiscal Provincial) de respingere a recursului contribuabilului;

(ii) suma ramasă după decizia de al doilea grad (în fața Tribunalului Fiscal Regional).

În cazul în care Curtea Fiscală acceptă pretențiile contribuabilului, orice sumă plătită în mod provizoriu va fi rambursată împreună cu dobânda aferentă (aproximativ 2% pe an).

Contestatoarea arată că potrivit raportului de inspecție fiscală nr. TMB031J00097 a Agenției de Venituri - Direcția Regională Lombardia din data de 19.09.2019 s-au stabilit debite fiscale de plată în valoare de 1.400.806,31 euro, sumă ce nu este definitivă, drept urmare nu există posibilitatea efectuării plății. Tot din acest document reiese că exigibilă la plată este suma de 230.538,87 Euro la care se adaugă penalități, astfel rezultând o sumă totală de plată de 247.039,15 Euro. Această sumă este stabilită și prin decizia de impunere în vederea executării nr. 0812054 din data de 12.11.2020. Contestatoarea susține că debitul stabilit a fost plătit în totalitate, conform tranzacției 120465997/18.02.2021.

În ceea ce privește calendarul litigiului intern în fața instanței fiscale italiene, solicită Consiliului să rețină că se poate estima la

aproximativ șapte sau opt ani pentru obținerea unei decizii la cele trei niveluri de judecată.

Astfel, existența acestui litigiu aflat în curs de soluționare nu poate și nici nu trebuie să constituie un element pe care entitatea contractantă îl poate avea în vedere în situația de față, astfel încât prevederea legală din art. 178 alin. (1) lit. a) nu este aplicabilă în speță.

Or, în susținerea tuturor documentelor anexate, reprezentantul legal al terțului susținător ... a întocmit o declarație suplimentară pentru a explica "stadiul și modul de rezolvare a situațiilor constatate în certificatul de atestare fiscală prezentat în cazul ...", astfel cum s-a solicitat prin adresa nr. 128967.48 din 16.04.2021, documente depuse prin SEAP în data de 20.04.2021, ca răspuns la solicitarea de clarificări nr. 28967.48/16.04.2021.

Concluzionând, petenta arată că nu era necesar un alt document care să dovedească neîncadrarea situației terțului susținător în vreo situație de excludere, cele deja depuse fiind suficiente, pertinente și concludente, însă consideră că entitatea contractantă a apreciat cu superficialitate necesitatea excluderii terțului susținător, nu a demonstrat în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, motivația principală fiind suma prea mare de plată, înscrisă ca o creanță în certificatul fiscal, fără nicio apreciere sub aspectul caracterului definitiv al acestui înscris sau a acestei creanțe.

Mai mult, apreciază că, în raport cu dispozițiile art. 235 din Codul de procedura fiscală, entitatea contractantă, pentru a respecta legislația, trebuia să solicite clarificări și în sensul precizării dacă respectivele creanțe sunt executorii sau există vreun motiv de suspendare a executării, pentru a putea aprecia credibilitatea terțului susținător.

În consecință, petenta consideră că motivul concret al respingerii acestui terț susținător este o apreciere incorectă, abuzivă, fără a analiza în detaliu a documentelor depuse, fără niciun fel de bază legală sau factuală.

În susținerea faptului că aceste creanțe nedefinitive nu sunt de natură să împiedice participarea terțului la procedurile de achiziție publică, petenta învederează licitațiile câștigate și atribuite către ..., anexând comunicări ale adjudecării anumitor contracte de diferite instituții publice italiene, unde acesta nu a fost descalificat pentru creanțele incerte și nedefinitive cuprinse în certificatul de atestare fiscală.

Astfel, reiterează că ... respectă legislația fiscală italiană aplicabilă în ceea ce privește plățile la zi datorate/exigibile în legătură cu evaluarea fiscală descrisă mai sus, prezentând în facsimile inserate în contestație extrase din legile italiene care susțin cele expuse mai sus.

Contestatoarea opinează că dacă entitatea contractantă a avut în vedere ipoteza prevăzută de art. 178 alin. (1) lit. b), nu dispune de niciun astfel de motiv întemeiat și nu își poate susține decizia de

excludere a terțului susținător, deoarece nu a solicitat Asocierii niciun fel de altă clarificare, deși conform legislației UE aplicabilă, dar și a practicii CJUE acest lucru reprezintă o obligație a sa.

În acest sens, învederează importanța reținerii considerentelor din preambul 101 al Directivei 2014/24 EU, a art. 57 alin. (6) din Directiva 2014/24 EU, texte apreciate ca fiind extrem de relevante în speță, raportat la poziția entității contractante de a refuza orice clarificare suplimentară a situației, la fel ca și imposibilitatea Asocierii de a clarifica situația personală a terțului susținător.

În acest context, petenta arată că CJUE a reținut, în decizii date în interpretarea prevederilor Directivei 2014/24 EU, art. 57, că *„în cazul în care dovezile furnizate de către operatorul economic sunt considerate suficiente din perspectiva normelor dreptului național pertinente în acest scop, acesta nu este exclus de la procedura de achiziție”, „clarificarea faptelor și a împrejurărilor de către entitățile însărcinate cu investigația în sensul articolului 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24 nu vizează aceeași finalitate precum cea urmărită prin examinarea fiabilității operatorului economic care a adoptat măsuri prevăzute de această dispoziție și care trebuie să furnizeze entității contractante elementele de probă care să îi permită să ateste caracterul suficient al acestora în vederea admiterii sale la procedura de achiziții”.*

Pe de altă parte, petenta arată că în altă hotărâre a CJUE s-a statuat cu privire la exercitarea drepturilor entităților contractante de a exclude anumiți ofertanți pentru aspecte legate de situația lor personală ca fiind, considerentul (101), primul paragraf al acestei directive enunțând că entitățile contractante au posibilitatea de a exclude *„operatorii economici care s-au dovedit a nu fi fiabili”*, în timp ce al doilea paragraf ia în considerare *„un comportament necorespunzător care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic”*.

Față de toate argumente prezentate, contestatoarea consideră că poziția entității contractante nu este nici temeinică și nici serioasă, denotând o apreciere superficială și neprofesionistă a documentelor depuse ca suport DUAЕ de către Asociere.

Pentru toate motivele de fapt și de drept invocate, contestatoarea solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată și dispunerea măsurilor precizate în partea introductivă a prezentei decizii.

Cu adresa nr. 49901.2/05.05.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 23135/05.05.2021, ... SA a transmis un punct de vedere preliminar cu privire contestația formulată de Asocierea ... SA - ... SA, prin care solicită respingerea acesteia, în principal ca fiind prematură sau ca inadmisibilă, față de împrejurarea că nu a fost emis raportul de evaluare al comisiei, iar adresa ce face obiectul contestației nu reprezintă un act administrativ al entității contractante în sensul dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, iar în subsidiar, ca neîntemeiată cu consecința menținerii actelor contestate ca fiind legale și temeinice.

I. În ceea ce privește excepția prematurității contestației, entitatea contractantă solicită Consiliului să aibă în vedere că în actualul stadiu al procedurii de atribuire nu a fost emis raportul de evaluare al comisiei, participanții nefiind în vreun fel descalificați, iar ofertele acestora nu au fost declarate ca fiind neconforme sau inacceptabile.

Din această perspectivă, învederează că adresa pe care a emis-o, contestată prin prezenta contestație, nu poate fi calificată drept un act al entității contractante din categoria celor definite de art. 3 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, acesta nefiind un act de natură a produce efecte juridice, fiind doar o solicitare din partea entității contractante prin care se solicita înlocuirea terțului susținător, întrucât această companie figurează cu datorii fiscale în spațiul comunitar.

Opinia entității contractante este că prin această solicitare nu se naște propriu-zis niciun fel de obligație în cadrul procedurii de achiziție, modalitatea în care ofertantul va înțelege să dea curs solicitării entității fiind la dispoziția exclusivă a acestuia, iar odată cu emiterea raportului de evaluare al procedurii participanții pot contesta modalitatea în care autoritatea contractantă a înțeles să finalizeze procedura.

Aceasta apreciază că în cazul contestației de față petenta înțelege că, de plano, o astfel de solicitare din partea entității contractante ar putea fi contestată, apreciind că ar fi nelegală tocmai exercitarea de către entitatea contractantă a acestui drept instituit de dispozițiile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 care, prin raportare la alin. (1), este în același timp și o obligație. Astfel, consideră că o astfel de contestație echivalează cu o veritabilă critică de neconstituționalitate a dispozițiilor legale care instituie această obligație, formularea unei astfel de critici pe calea contestației în fața Consiliului fiind inadmisibilă, deoarece soluționarea unei astfel de chestiuni este atributul exclusiv al Curții Constituționale.

Prin urmare, entitatea contractantă este de părere că prezenta contestație este inadmisibilă sau prematură, întrucât solicitarea de clarificări nu este de natură a da naștere sau a stinge drepturi sau obligații, nefiind așadar un act susceptibil de a fi contestat, întrucât dreptul său de a le pretinde nu poate fi contestat, ci doar actul administrativ emis în urma procesului deliberativ al autorității în cadrul analizei tuturor elementelor obținute în timpul procedurii de atribuire.

Reiterând, autoritatea contractantă arată că această contestație este prematură sau inadmisibilă, tocmai datorită inexistenței unui rezultat asupra procedurii sau a unui alt act juridic din cadrul procedurii care să producă o vătămare părții contestatoare.

De asemenea, solicită Consiliului să ia în considerare și practica unitară a CNSC, dar și pe cea a instanțelor de judecată care în mod unanim au statuat că nu pot face obiectul contestațiilor actele de corespondență premergătoare unor acte administrative ce urmează a fi emise ulterior.

Pentru aceste considerente solicită admiterea excepției invocată și, pe cale de consecință, respingerea contestației ca fiind prematură sau ca inadmisibilă.

II. Pe fondul cauzei, entitatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată cu consecința menținerii actelor contestate ca fiind legale și temeinice.

Astfel, aceasta arată că deși se critică pentru nelegalitate solicitarea de înlocuire a terțului susținător ..., din probele depuse de ofertant în cadrul procedurii de atribuire rezultă tocmai contrariul.

În acest sens, comisia de evaluare, în conformitate cu prevederile art. 183 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, a considerat că dovezile prezentate de terțul susținător ... nu sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere și, având în vedere valoarea mare a taxei în așteptare menționată în Certificatul de atestare fiscală prezentat, a apreciat că se încadrează în prevederile art. 182 din Legea nr. 99/2016.

Din certificatul de atestare fiscală în baza evidențelor din sistemul informatic al agenției de administrare a finanțelor publice emis de organele fiscale italiene pentru contribuabilul ... rezultă că aceasta figurează cu două datorii fiscale, constatate nedefinitiv, în cuantum de 633,17 euro, și respectiv 1.300.213,00 euro.

Entitatea contractantă precizează că indiferent de semnificația acestui caracter nedefinitiv al creanțelor din perspectiva legislației italiene, în lipsa unui document oficial care să ateste acest lucru, membrii comisiei nu puteau trage concluzia că societatea din Italia, terț susținător, și-ar fi îndeplinit obligațiile fiscale prin plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor câtă vreme din Certificatul fiscal rezultă contrariul.

Concluzionând, în raport de apărările formulate în cadrul punctului de vedere, dar și de conținutul dosarului achiziției, entitatea contractantă solicită constatarea caracterului prematur (inadmisibil) și nefondat al contestației ..., solicitând respingerea acesteia ca atare.

În completare, cu adresa nr. 49901.4/07.05.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 23628/07.05.2021, ... SA a formulat punct de vedere suplimentar pe fondul cauzei, prin care solicită respingerea contestației și a cererii de obligare la reevaluarea situației terțului susținător ... și a aplicării oricărei decizii luate până la soluționarea prezentei cauze.

Detaliind suplimentar, autoritatea contractantă arată în urma finalizării etapei a III-a de evaluare a ofertelor și stabilirea clasamentului intermediar, conform procesului-verbal nr. 128967.44/07.04.2021, ofertantul Asocierea ... - ... a fost clasat pe primul loc în clasamentul intermediar, în baza aplicării criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”.

Astfel, în temeiul art. 205 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, coroborat cu art. 138 alin. (2) din HG nr. 394/2016, comisia de evaluare

a solicitat, prin adresa nr. 128967.45/07.04.2021, ca ofertantul să depună documentele justificative în demonstrarea îndeplinirii cerințelor de calificare în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ, termenul de răspuns la această solicitare fiind stabilit pentru data de 14.04.2021.

La această dată ofertantul a postat în SEAP răspunsul, iar în urma analizei răspunsului și a documentelor suport, comisia a concluzionat că informațiile cuprinse în formularele DUAЕ, în baza cărora ofertantul a fost declarat inițial calificat nu sunt demonstrate în totalitate, prin documentele prezentate întrucât terțul susținător ... nu face dovada certă privind lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat.

Astfel, prin documentul suport intitulat *„Certificat de atestare fiscală în baza evidențelor din sistemul informatic al Agenției de Administrare a Finanțelor Publice”* emis de Direcția Regională Lombardia pentru la data de 18.12.2020 se certifică existența următoarele taxe în așteptare, cu mențiunea: *„Nu s-a constatat definitiv:*

- *Dosar plată nr. 06820200043838547, an fiscal 2016, pe numele ..., predat instituției însărcinate cu încasarea la data de 10.07.2020, provenit din înregistrarea de acte judiciare, pentru o datorie de 633,17 euro;*

- *Contestație împotriva avizului SDC TMB031J00097-19 (2014) pentru anul fiscal 2014, legat de ..., starea contenciosului gradul I, pentru suma contestată în valoare de 1.300.213,00 euro”.*

Având în vedere că din acest certificat fiscal rezultă existența acestor „taxe în așteptare”, comisia a solicitat clarificări asocierii emitând în acest sens adresa nr. 128967.48/16.04.2021, prin care a solicitat ofertantului, printre altele, să explice stadiul și modul de rezolvare a situațiilor constatate în certificate de atestare fiscală prezentat în cazul

Prin răspunsul la aceste solicitări ofertantul anexează declarația din partea ..., precum și alte documente suport care, în opinia sa, atestă faptul că nu a comis încălcări grave, constatate definitiv, cu privire la obligații referitoare la plata impozitelor și contribuțiilor la asigurări sociale, în conformitate cu legislația italiană.

Autoritatea contractantă reiterează că dovezile prezentate de terțul susținător nu sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, astfel că a hotărât excluderea terțului/subcontractantului din procedura de atribuire.

Ca urmare a excluderii terțului susținător, comisia de evaluare a solicitat Asocierii ... - ... SA, în conformitate cu art. 183 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, înlocuirea terțului/subcontractantului exclus din procedura de atribuire, cu un alt terț/subcontractant, respectând aceleași condiții din documentația de atribuire și oferta prezentată.

Comisia de evaluare, ținând cont de complexitatea contractului și a documentelor solicitate, a acordat Asocierii ... cu ... SA un termen de 14

zile calendaristice în vederea înlocuirii subcontractantului/terțului susținător al capacității tehnice și transmiterea tuturor documentelor conexe menționate anterior.

Împotriva acestei ultime adrese a fost promovată contestația ce face obiectul prezentului litigiu, autoritatea contractantă reiterând solicitarea de admitere a excepției prematurității, în baza argumentelor expuse în cadrul punctului de vedere preliminar.

Pe fondul cauzei, solicită Consiliului să constate că argumentele expuse de partea adversă sunt nefondate, iar comisia de evaluare în mod corect a solicitat înlocuirea terțului susținător și, ca atare, consideră că se impune respingerea ca neîntemeiată a contestației cu consecința menținerii actelor procedurii ca fiind legale și temeinice.

Autoritatea contractantă învederează că tocmai datorită mențiunii din Certificatul fiscal referitoare la datorii membrii comisiei au solicitat lămuriri și documente suplimentare, oferind ofertantului posibilitatea de a demonstra că respectivele datorii nu ar fi exigibile și că nu și-a încălcat obligațiile privind plata taxelor, impozitelor etc.

În acest sens, s-a solicitat depunerea documentelor justificative (suport) în format electronic și cu semnătura electronică extinsă, însă ofertantul nu a depus documente justificative din care să rezulte clar că aceasta nu mai figurează cu datorii scadente către bugetul general consolidat, ci s-a limitat la o declarație a directorului general al terțului susținător fără ca aceasta însă să fie nici măcar autentificată în fața unui notar public, apreciind că din declarație ar rezulta că sumele datorate de ... la bugetul statului italian ar face obiectul unor litigii de natură fiscală, supuse normelor de procedură și de drept substanțial ale acestui stat și că, în conformitate cu aceste norme, datoriile respective nu ar fi scadente.

În susținerea caracterului nescadent al datoriilor menționate cu titlu „nedefinitiv” în certificatul fiscal, partea declară că, în conformitate cu legislația italiană, prin achitarea unei treimi din sumele ce fac obiectul litigiului, caracterul executoriu al actelor administrativ-fiscale ar fi suspendat deși, tot din cuprinsul declarației rezultă că cererea de suspendare (ca măsură de precauție) nu a fost încă discutată de comisia fiscală.

Autoritatea contractantă consideră că indiferent de semnificația acestui caracter nedefinitiv al creanțelor din perspectiva legislației italiene, în lipsa unui document oficial care să ateste în mod cert că datoria menționată în Certificat nu este una scadentă, membrii comisiei nu puteau trage concluzia că terțul susținător și-ar fi îndeplinit obligațiile fiscale prin plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor, câtă vreme din Certificatul fiscal rezultă contrariul.

Sub acest aspect, solicită constatarea că, astfel cum sunt expuse în cuprinsul contestației, criticile la adresa emisă de comisia de evaluare sunt nefondate și nu reprezintă decât încercarea contestatoarei de a-și

justifica imposibilitatea obținerii unui document oficial care să-i dovedească eligibilitatea din perspectiva condițiilor impuse de art. 178 din Legea nr. 99/2016.

Astfel, apreciind că o analiza juridică a situației litigioase a terțului susținător nu intră în competența comisiei de evaluare a autorității contractante, întrucât toate aspectele de fond și de procedură din litigiile respective intră sub incidența legislației statului italian, consideră că pentru a-și dovedi eligibilitatea, ofertantul trebuia să producă un înscris autentic (în sens larg).

Detaliind, aceasta arată că un astfel de înscris cu valoare autentică putea să constea fie într-un nou certificat fiscal care să ateste lipsa datoriilor scadente la momentul depunerii ofertei, fie un certificat de grefă (sau document echivalent emis de organul jurisdicțional competent) din care să rezulte efectul suspensiv al plăților efectuate sau chiar o declarație notarială, pe proprie răspundere sub sancțiunile legii penale, privind inexistența unor astfel de datorii scadente.

Omițând să producă atare înscrisuri și evitând să declare în formă autentică apostilată lipsa datoriilor către bugetul de stat al Italiei, autoritatea consideră că este mai mult decât evident că terțul susținător nu a fost în măsură să-și asume propriile susțineri referitoare la lipsa datoriilor.

Pe de altă parte, învederează că asocierea contestatoare, chiar și până la momentul formulării prezentului punct de vedere, ar fi avut posibilitatea să-și completeze documentele suport depuse în susținerea formularului DUAЕ cu un înscris autentic care să ateste lipsa datoriilor către bugetul consolidat și, implicit, respectarea întru totul a obligațiilor legale.

Entitatea contractantă arată că din această perspectivă trebuie înlăturate și apărările referitoare la o aplicare greșită a dispozițiilor art. 178 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016 față de caracterul nedefinitiv al stadiului litigiilor fiscale ale terțului susținător în condițiile în care, din chiar certificatul fiscal italian rezultă că aceasta figurează cu datorii neachitate către bugetul consolidat ceea ce, *per se*, presupune o încălcare a obligațiilor de piață a impozitelor și taxelor.

Concluzionând, în raport de apărările formulate în cadrul prezentului punct de vedere, dar și de conținutul dosarului achiziției, solicită Consiliului să constate caracterul nefondat al contestației ..., solicitând respingerea acesteia ca atare.

În replică, cu adresa nr. 30/14.05.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 25240/14.05.2021, contestatoarea a formulat note scrise prin care învederează caracterul neîntemeiat și nefondat al susținerilor din punctele de vedere și solicită obligarea entității contractante la adoptarea măsurilor de remediere precizate în partea introductivă a prezentei decizii.

Analizând motivele prezentate de entitatea contractantă în punctele de vedere transmise, consideră că acestea sunt neîntemeiate și nefondate, pentru următoarele considerente:

1. Cu referire la prematuritatea contestației, invocată de autoritatea contractantă, solicită respingerea excepției pe considerentul că acțiunea a fost formulată legal și îndreptățit, fiind formulată împotriva unui act juridic emis de autoritatea contractantă care produce efecte juridice, astfel cum acesta este definit în art. 3 alin. (1) lit. a) din legea nr. 101/2016.

În opinia sa, actul contestat produce efecte juridice atâta vreme cât prin acesta se comunică faptul că nu va lua în considerare terțul susținător ..., cu efectul înlăturării experienței necesare a acestuia care reprezintă un element esențial în evaluarea ofertei.

Totodată, consideră că prin această decizie se restrâng drepturile ofertantului, nefiind posibil ca într-un termen atât de scurt să găsească un alt terț susținător care să dispună de toată experiența necesară calificării ofertantului și de disponibilitatea susținerii unui asemenea proiect.

Astfel, experiența solicitată, dar mai ales disponibilitatea unei societăți, cu o asemenea anvergură, de a susține un asemenea proiect sunt două componente ce îngrădesc posibilitatea de înlocuire a terțului susținător și de pregătire a tuturor documentelor suport într-un timp atât de scurt.

Contestatoarea învederează Consiliului că susținerile autorității contractante legate de excepția prematurității, pe motiv că documentul contestat este doar o solicitare, sunt făcute cu rea credință, aspect ce ar rezulta chiar din propria adresă.

Spre exemplificare, petenta arată că autoritatea contractantă a folosit în cuprinsul adresei, la subiect, *Solicitare înlocuire terț susținător NTT DATA IITALIA S.p.A*, inducând ideea că este vorba doar de o solicitare de clarificări, efectele și consecințele actului nefiind interpretate doar din referința pe care aceasta o dă acestui act, ci din efectele juridice și consecințele ce rezultă din conținutul acestui act.

În opinia sa, din conținutul acestei adrese rezultă în mod clar că aceasta reprezintă, pe de o parte, comunicarea cu privire la decizia comisiei de evaluare de excludere a terțului susținător, iar ca urmare a acestei excluderi, solicitarea de înlocuire a terțului susținător.

Așadar, subliniază că obiectul contestației se raportează la decizia entității contractante de excludere a terțului susținător comunicată prin adresa contestată, ca fiind netemeinică și nejustificată, fiind aplicabile prevederile art. 3 alin. (1) litera a) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu prevederile art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ, în ceea ce privește obiectul și interesul formulării acestei contestații.

Pe de altă parte, raportat la raționamentul autorității contractante, conform căruia abia odată cu emiterea raportului procedurii se pot

formula contestații, contestatoarea menționează că acesta este eronat, întrucât în faza de derulare a procedurii, participanții la procedură au dreptul de a supune controlului de legalitate și temeinicie orice acte ale autorității care produc efecte juridice (nasc drepturi și obligații), nu numai față de rapoartele procedurii, așa cum statuează dispozițiile art. 3 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În speță, actul care produce efecte juridice este tocmai decizia de eliminare din procedură a terțului susținător, excludere ce a fost decisă de către comisia de evaluare și comunicată prin actul ce face obiectul contestației în dosarul de față, prejudiciul suferit constând tocmai în imposibilitatea calificării asocierii ca ofertant acceptabil fără sprijinul terțului susținător

2. Cu referire la fondul cauzei, argumentația invocată de entitatea contractantă în punctul de vedere suplimentar de fond este apreciată ca netemeinică și nelegală, ignorând tocmai dispozițiile art. 178 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, referitoare la legislația statului în care au fost constatate creanțele.

Conform legislației în vigoare, valabilitatea declarațiilor sub semnătură privată este acceptată, nefiind obligatorie forma autentică a acestora decât în cazul în care în statul respectiv nu este reglementată declarația pe proprie răspundere, astfel cum este precizat la art. 181 din Legea nr. 99/2016.

Astfel, petenta subliniază că înscrisurile, chiar și sub semnătură privată, produc consecințe juridice atâta vreme cât sunt depuse la o autoritate, atestarea/prezentarea necorespunzătoare a unor împrejurări pedepsindu-se de legea penală (art. 326 Cod penal - falsul în declarații). Prin urmare, declarația depusă de către reprezentantul beneficiază de prezumția de legalitate și adevăr, atâta vreme cât a fost depusă cu semnătură calificată și nu a fost constatată ca fiind falsă.

În aceste condiții, consideră că entitatea contractantă este obligată să ia în considerare această declarație și efectele juridice pe care aceasta le produce.

În ceea ce privește afirmația entității contractante că analiza juridică a situației litigioase a terțului susținător nu intră în competența comisiei de evaluare a autorității contractante, ci a legislației statului italian, partea fiind ținută să producă un înscris autentic, petenta admite acest fapt, însă precizează că din prevederile articolul 178 din Legea nr. 99/2016, coroborat cu prevederile art. 133 alin. (1) lit. j) lit. n) din același act normativ, rezultă că documentele emise și prezumate valabile, conform legislației unui stat membru trebuie evaluate ca atare pentru a califica drept definitivă sau nu respectiva creanță. Această afirmației este susținută de argumentul că Certificatul de atestare fiscală eliberat de Direcția Regională din Lombardia are rubrici distincte pentru creanțele nedefinitive, iar declarația reprezentantului companiei a venit

tocmai să clarifice statutul acestor creanțe, fiind însoțită de temeiuri legale ce trebuiau verificate de către autoritate.

Contestatoarea arată că legislația română în temeiul căreia se apreciază îndeplinirea condițiilor de calificare (art. 175 și urm. din Legea nr. 99/2016) stabilește în mod obligatoriu pentru autoritățile contractante că, în legătură cu situația fiscală a participanților, creanțele fiscale trebuie să aibă caracter definitiv, iar legislația italiană specifică stabilește care sunt datele scadente ale unei obligații fiscale contestate, date ce nu au fost depășite până la momentul prezentării documentelor fiscale și evaluării situației terțului susținător.

Aceasta face precizarea că în niciun caz entitatea contractantă nu poate să înlăture prezumția de legalitate a documentelor prezentate și cu atât mai mult, caracterul nedefinitiv al acestor creanțe atâta vreme cât litigiul nu este soluționat în mod definitiv.

În opinia sa, autoritatea contractantă face această susținere întrucât nu a parcurs cu atenție textele de lege invocate chiar în declarația supusă analizei, în răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 128967.48/16.04.2021 fiind prezentate în detaliu documente suport care explică stadiul și modul de rezolvare a situațiilor contestate, pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare prin raportare la statutul nedefinitiv al acestor creanțe și astfel, să argumenteze poziția asocierii, în sensul că terțul susținător nu avea datorii/creanțe definitive și scadente la data completării DUAЕ și neachitate la data prezentării documentelor suport.

În ceea ce privește afirmația entității contractante, respectiv că prin omiterea/evitarea declarării în formă autentică apostilată a lipsei datoriilor către bugetul de stat al Italiei, rezultă că terțul susținător nu a fost în măsură să-și asume propriile susțineri, petenta arată că prin solicitarea de clarificări nr. 128967.48/16.04.2021, entitatea contractantă nu a menționat că solicită prezentarea unei declarații în formă autentică, apostilată și/sau alte înscrisuri, aceasta fiind formulată generic.

Totodată, arată că nici în fișa de date nu se regăsesc informații suplimentare/diferite sau detaliate despre modalitatea de îndeplinire a cerinței privind situația personală a candidatului sau ofertantului de către eventualii ofertanți străini, respectiv prezentarea unor documente în formă autentică și apostilată, această cerință fiind prezentată pentru prima oară în cadrul punctului de vedere suplimentar pe fond, ceea ce reprezintă o încălcare a principiilor transparenței și a egalității de tratament.

Drept urmare, consideră că răspunsul la solicitarea de clarificare a fost redactat în strictă concordanță cu solicitarea de clarificări, a precizărilor din fișa de date a achiziției și în conformitate cu prevederile art. 181 alin. (1) și art. 184 din Legea nr. 99/2016.

În ceea ce privește afirmația entității contractante ce vizează faptul ca Asocierea ar fi avut posibilitatea să își completeze documentele suport depuse, petenta reiterează că prin adresa 128967.52/23.04.2021 autoritatea contractantă a solicitat imperativ numai înlocuirea terțului susținător și nu prezentarea altor documente care să clarifice caracterul nedefinitiv al creanțelor și, implicit, respectarea întrutotul a obligațiilor legale.

Raportat la subiectul și conținutul adresei, respectiv decizia de respingere a terțului și solicitarea de înlocuire a acestuia, precum și raportat la prevederile art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016, contestatoarea susține că nu a avut niciun mijloc procedural de a transmite, ca răspuns la solicitarea entității contractante, documente suplimentare în susținerea formularului DUAЕ аsumat de către terțul susținător, întrucât acestea nu făceau obiectul respectivei adrese, iar orice alte documentele suplimentare depuse ca răspuns la adresă nu ar fi fost considerate, din punct de vedere procedural, concludente și ar fi condus la respingerea ofertei ca inacceptabilă.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În calitate de entitate contractantă, ... SA a inițiat, în temeiul Legii nr. 99/2016 și HG nr. 394/2016, o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de servicii (în afara celor cuprinse în Anexa II) având ca obiect „IMPLEMENTARE CRM SALESFORCE”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1027942/26.01.2021.

Valoarea estimată a contractului este de 5.324.320 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost „cel mai bun raport calitate-preț”, cu factorii de evaluare prețul ofertei - pondere 60%, durata serviciilor de implementare – pondere 20% și sesiune demonstrativă – pondere 20%.

Conform procesului-verbal al ședinței de vizualizare a ofertelor nr. 128967.16/02.03.2021 și a declarației de participare publicată în SEAP în data de 02.03.2021, au depus oferte 3 operatori economici, printre care și Asocierea SC ... SA – SC ... SA, contestatoarea din acest dosar.

Potrivit procesului-verbal privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acesteia cu propunerea tehnică nr. 128967.44/07.04.2021, Asocierea SC ... SA – SC ... SA s-a clasat pe primul loc în clasamentul intermediar, cu 100 puncte și un preț de 3.904.688 lei fără TVA, celelalte 2 oferte depuse fiind respinse în urma evaluării propunerilor tehnice.

După depunerea documentelor suport DUAЕ, entitatea contractantă a solicitat Asocierii SC ... SA – SC ... SA, prin adresa nr. 128967.52/23.04.2021, înlocuirea terțului/subcontractantului, în conformitate cu prevederile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Împotriva acestei adrese, SC ... SA a formulat prezenta contestație, criticând decizia entității contractante de excludere a terțului susținător

După depunerea contestației, SC ... SA a transmis dovada constituirii cauțiunii, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 114/13.07.2020, în cuantum de 106.486,40 lei, prin consemnarea la CEC Bank – Sucursala Piața Victoriei a sumei de 85.189,12 lei de către SC ... SA și prin consemnarea la CEC Bank – Sucursala Cluj a sumei de 21.297.28 lei de către SC ... SA, sumele fiind consemnate la dispoziția Consiliului pentru contestația aferentă procedurii nr. CN 1027942/26.01.2021 inițiată de ... SA.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

Procedând la soluționarea contestației, prin raportare la prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform cărora „Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, cu încadrarea în termenul prevăzut la art. 24 alin. (1), iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”, motiv pentru care va proceda, mai întâi, la soluționarea excepțiilor prematurității și inadmisibilității contestației, invocate de entitatea contractantă.

În susținerea excepției prematurității, entitatea contractantă arată că în cauză nu a fost emis raportul procedurii, iar oferta depusă de asocierea contestatoare nu a fost respinsă. Totodată actul atacat nu poate fi calificat drept un act al autorității contractante, așa cum este definit la art. 3 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, de natură a produce efecte juridice.

Mai adaugă entitatea contractantă că prin solicitarea de înlocuire a terțului susținător, în sarcina asocierii contestatoare nu se naște niciun fel de obligație, aceasta hotărând singură modalitatea de a da curs acestei solicitări.

În opinia entității contractante, prin contestație se critică dreptul entității contractante de a solicita înlocuirea terțului susținător și, implicit dispozițiile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, critici care sunt inadmisibile, soluționarea acestor chestiuni fiind atributul exclusiv al Curții Constituționale.

Entitatea contractantă mai susține că această solicitare are aceeași valoare juridică precum solicitările de clarificări din cadrul unei proceduri de atribuire.

În soluționarea acestor excepții, Consiliul are în vedere următoarele prevederi ale Legii nr. 101/2016:

- art. 3 alin. (1) „a) act al autorității contractante - **orice act**, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice,

neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau **în cadrul unei proceduri de atribuire**, fără a include achiziția directă care intră sub incidența Legii nr. 554/2004, **prevăzute** de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, **de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale**, cu modificările și completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare;

f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

(i) **are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire**; și

(ii) a suferit, suferă sau **riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice**, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire."

- art. 8. - „(1) **Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante** poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

Contrar susținerilor entității contractante, Consiliul constată că actul atacat, respectiv adresa nr. 128967.52/23.04.2021, reprezintă un act așa cum este definit la art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind un act emis în cadrul unei proceduri de atribuire, prin licitație deschisă, a unui contract sectorial de servicii.

Actul respectiv este de natură a vătămă asocierea contestatoare, a cărei ofertă va fi respinsă în situația în care nu va răspunde acestei solicitări sau nu va putea găsi un înlocuitor al terțului susținător, care să îndeplinească, cel puțin, cerințele pe care acesta le îndeplinește în cadrul acestei proceduri de atribuire.

Contrar celor susținute de entitatea contractantă, opinia unanimă a Consiliului și a instanțelor este că pot fi atacate și solicitările de clarificări emise în cadrul evaluării ofertelor.

Pe de altă parte respingerea contestației ca prematură sau inadmisibilă nu ar profita entității contractante, întrucât în cazul formulării contestației abia după comunicarea rezultatului procedurii, așa cum susține entitatea contractantă, admiterea acesteia ar întoarce procedura la starea de dinaintea emiterii actului atacat în prezent, cu consecința prelungirii inutile a procedurii.

De asemenea, Consiliul reține că prin contestație nu se critică dreptul și obligația entității contractante de a solicita înlocuirea terțului susținător, ci se critică faptul că s-a solicitat înlocuirea terțului

susținător, deși acesta nu se află în situația de excludere prevăzută la art. 178 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

Pentru toate aceste motive, Consiliul va respinge excepțiile prematurității și inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Pe fondul cauzei, Consiliul reține că în urma solicitării entității contractante de a depune documentele suport DUAE **actualizate**, transmisă prin adresa nr. 128967.45/07.04.2021, Asocierea SC ... SA – SC ... SA a transmis pentru terțul susținător, cu adresa înregistrată la entitatea contractantă cu nr. 128967.46/15.04.2021, Certificatul de atestare fiscală în baza evidențelor din sistemul informatic al Agenției de Administrare a Finanțelor Publice - Direcția Regională Lombardia, din care reiese, că la data de **18 decembrie 2020**, situația fiscală a era următoarea:

„următoarele taxe în așteptare:

- constatate definitiv¹
 - niciuna
- nu s-au constatat definitiv
 - Dosar plată nr. 06820200043838647, an fiscal 2016, pe numele, predat instituției însărcinate cu încasarea la data de 10.07.2020, provenit din înregistrarea de acte judiciare, pentru o datorie de 633,17 euro;
 - Contestație împotriva avizului SDC TMB031J00097-19 (2014) pentru anul fiscal 2014, legat de ..., starea contenciosului gradul I, pentru suma contestată în valoare de 1.300.213,00 euro”.

Consiliul reține că semnificația indicelui 1 de la „constatate definitiv¹” nu este tradusă în limba română, în varianta în limba italiană a certificatului semnificația acestui indice fiind: „un atto si considera definitivo nel caso di inutile decorso del termine per l’impugnazione ovvero nel caso di passaggio in giudicato della pronuncia giurisdizionale favorevole in tutto o in parte all’Ufficio”, ceea ce într-o traducere aproximativă înseamnă: „un act este considerat definitiv în cazul expirării termenului de apel sau în cazul unei hotărâri definitive, în tot sau în parte, în favoarea Oficiului”.

Prin urmare, din actul depus, reiese că nu există taxele neplătite constatate în mod definitiv, ci numai taxe care nu sunt constatate definitiv, respectiv cele în sumă de 633,17 euro, aferente dosarului de plată nr. 06820200043838647, an fiscal 2016 și cele în sumă de 1.300.213,00 euro, care fac obiectul contestației împotriva avizului SDC TMB031J00097-19 (2014) pentru anul fiscal 2014.

În procesul-verbal al ședinței de verificare a documentelor suport/dovezilor pentru informațiile prezentate în DUAE nr. 128967.47/16.04.2021, cu privire la evaluarea documentului prezentat pentru dovedirea îndeplinirii obligațiilor privind plata impozitelor, taxelor

sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat de către se citează din certificatul depus partea referitoare la cele constatate nedefinitiv din certificatul depus și fără a se observa data la care se face referire, respectiv cu o lună înaintea inițierii procedurii și cu 4 luni înaintea solicitării, și fără a se face vreun alt comentariu, se consemnează:

„Constatare. Se solicită ofertantului să explice stadiul și modul de rezolvare a situațiilor constatate în certificatul de atestare fiscală prezentat în cazul ... - terț susținător, referitor la:

- Dosar plată nr. 06820200043838647, an fiscal 2016, pe numele, predat instituției însărcinate cu încasarea la data de 10.07.2020, provenit din înregistrarea de acte judiciare, pentru o datorie de 633,17 euro;

- Contestație împotriva avizului SDC TMB031J00097-19 (2014) pentru anul fiscal 2014, legat de, starea contenciosului gradul I, pentru suma contestată în valoare de 1.300.213,00 euro.

În conformitate cu dispozițiile art. 184 din Legea nr. 99/2016, operatorul economic poate furniza orice dovezi din care să rezulte că, terț susținător îndeplinește cerința de calificare și nu se găsește în niciuna dintre situațiile de excludere.”

Consiliul consideră că entitatea contractantă a evaluat cu superficialitate documentul depus, neluând în considerare că a fost emis cu 4 luni înainte de solicitare, și, deși este prezentat în traducere autorizată, nu este tradus în integralitate.

De asemenea, entitatea contractantă putea uza de prevederile art. 181 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, potrivit căroră: „În cazul în care există incertitudini în ceea ce privește existența sau inexistența unei situații de excludere, entitatea contractantă are dreptul de a solicita în mod direct informații de la autoritățile competente străine prevăzute la alin. (1)”.

Însă entitatea contractantă nu a procedat în acest sens, ci, cu adresa nr. 128967.48/16.04.2021, a formulat o altă solicitare asocierii contestatoare, în care expune constatarea din procesul-verbal al ședinței de verificare a documentelor suport/dovezilor pentru informațiile prezentate în DUA nr. 128967.47/16.04.2021 și solicită operatorul economic să furnizeze orice dovezi din care să rezulte că îndeplinește cerința de calificare și nu se găsește în niciuna dintre situațiile de excludere.

La această solicitare de clarificare, asocierea contestatoare a răspuns, prin adresa înregistrată la entitatea contractantă sub nr. 128967.49/21.04.2021, depunând în susținere un set de aproximativ 140 pagini de documente pentru demonstrarea faptului că nu a comis încălcări grave constatate definitiv cu privire la plata impozitelor și contribuțiilor de asigurări sociale, în conformitate cu legislația italiană, între care și o declarație a companiei.

În urma acestui răspuns, entitatea contractantă a întocmit procesul-verbal al ședinței de verificare a documentelor suport/dovezilor pentru informațiile prezentate în DUAE nr. 128967.51/23.04.2021.

Consiliul reține că în declarația depusă, ... recunoaște că trebuie să plătească suma de 633,17 euro, aferentă anului fiscal 2016, însă pentru datoriile de 1.300.213,00 euro aferente anului fiscal 2014 există pe rol o contestație, ... susținând în aceasta că datoriile sale sunt de 591.006 euro și nu de 1.300.213,00 euro. De asemenea, a depus dovada plății unei sume de 247.039,15 euro, reprezentând o treime din suma recunoscută de 591.006 euro, respectiv 197.002 euro+ dobânzi.

În soluționare sunt incidente următoarele prevederi ale legii nr. 99/2016:

Art. 178. - (1) Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice operator economic despre care:

a) fie 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, sau cu cele ale statului membru al autorității contractante;

b) fie poate demonstra prin orice mijloace adecvate că respectivul operator economic și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat.

(2) 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 eșalonarea acestora** ori de alte facilități în vederea plății acestora, inclusiv, după caz, a eventualelor dobânzi ori penalități de întârziere acumulate sau a amenzilor.

- art. 179 (2) Prin excepție de la dispozițiile art. 178 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 10.000 lei.

În aplicarea prevederilor art. 178 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, Consiliul constată că între documentele depuse la dosarul cauzei nu se găsește o hotărâre judecătorească sau decizie administrativă având caracter definitiv și obligatoriu privind încălcarea obligațiilor privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la buget de către, iar din documentele depuse nu reiese în mod indubitabil că operatorul economic și-a încălcat aceste obligații.

Consiliul reține că suma de 633,17 euro, aferentă anului fiscal 2016 și recunoscută de, respectiv circa 3.300 lei se încadrează în excepția prevăzută la art. 179 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Barierile lingvistice și legislative incidente în această speță sunt cele care creează dificultăți în analizarea documentelor depuse de contestatoare. Având în vedere că din documentele aflate la dosarul cauzei nu reiese în mod categoric încălcarea de către a obligațiilor sale fiscale, Consiliul consideră că se impune ca entitatea contractantă să reia verificarea acestui operator economic, inclusiv prin uzarea de prevederile art. 181 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

În consecință, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ... SA în contradictoriu cu ... SA, va anula procesul-verbal al ședinței de verificare a documentelor suport/dovezilor pentru informațiile prezentate în DUAЕ nr. 128967.51/23.04.2021 cu privire la motivul de excludere din procedură a terțului susținător, precum și actele subsecvente, inclusiv adresa nr. 128967.52/23.04.2021, și dispune reevaluarea situației terțului susținător, ..., sub aspectul incidenței prevederilor art. 178 și următoarele din Legea nr. 99/2016, în conformitate cu considerentele de mai sus, în termen de 15 zile de la primire.

Consiliul menționează că acest termen referă la începerea punerii în aplicație a deciziei Consiliului și nu la finalizarea reevaluării.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 98/2016, Consiliul admite contestația formulată de SC ... SA în contradictoriu cu ... SA, anulează procesul-verbal al ședinței de verificare a documentelor suport/dovezilor pentru informațiile prezentate în DUAЕ nr. 128967.51/23.04.2021 cu privire la motivul de excludere din procedură a terțului susținător, precum și actele subsecvente, inclusiv adresa nr. 128967.52/23.04.2021, și dispune reevaluarea situației terțului susținător, ..., sub aspectul incidenței prevederilor art. 178 și următoarele din Legea nr. 99/2016, în conformitate cu considerentele prezentei decizii, în termen de 15 zile de la primire.

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

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

Redactată în 4 exemplare, conține 22 (douăzecișidouă) pagini.