

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleus nr.6 Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. .../2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr...../...../.....

Data:

Prin contestația nr. / înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, depusă de către SC SRL, cu sediul în, ..., județul și sediul administrativ în, str. ..., județul, având Număr de Înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului și Cod Unic de Înregistrare, cu sediul procesual ales la ..., formulată împotriva adresei nr. 718/03.02..... reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, emisă de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, ..., județul, în cadrul procedurii de licitație deschisă online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii, având ca obiect „.....”, cod CPV 50232100-1, 50232110-4, s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 718/03.02..... privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire;
- anularea raportului de atribuire a contractului de achiziție publică;
- anularea deciziei autorității contractante prin care oferta SC SRL a fost declarată inacceptabilă;
- obligarea autorității contractante la reluarea evaluării ofertei depuse de SC SRL, în conformitate cu prevederile din fișa de date și anunțul de participare.

SC SA, cu sediul în, ..., județul, având Număr de Înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului și Cod Unic de Înregistrare, depune cererea de intervenție în interes propriu nr. / înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, în cadrul procedurii de licitație deschisă online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii, având ca obiect „.....”, cod CPV 50232100-1, 50232110-4, organizată de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, ..., județul, solicitând:

- încuviințarea în principiu a cererii de intervenție în interes propriu având în vedere că există un drept propriu (având oferta declarată admisibilă de către autoritatea contractantă), pe care înțelege să îl apere, și în considerarea prevederilor art. 61 alin. (2) din Cod proc. Civ. admiterea acesteia;

- respingerea contestației formulată de SC SRL ca fiind nefondată;

- în subsidiar, în situația în care Consiliul va aprecia ca fiind inadmisibilă cererea de intervenție în interes propriu, admiterea cererii ca o intervenție accesorie, în interesul autorității contractante, în sensul prevăzut de art. 61 alin. (3) din Cod proc. Civ. - iar, pe fondul cauzei, respingerea ca nefondată a contestației formulată de SC SRL și menținerea ca temeinice și legale a raportului procedurii și a comunicărilor rezultatului procedurii.

În baza dispozițiilor legale aplicabile,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin.(1) teza I din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, respinge excepția autorității de lucru judecat, invocată de autoritatea contractantă.

În temeiul art. 278 alin.(1) teza I din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, respinge excepția lipsei de obiect a contestației, invocată de autoritatea contractantă.

În temeiul art. 278 alin.(5) și alin.(6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu și dispune continuarea procedurii de atribuire.

În temeiul art. 297 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, coroborate cu dispozițiile art.67 alin.(1) cod procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de SC SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

SC SRL a formulat contestație împotriva adresei nr. 718/03.02..... reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, emisă de, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii, având ca obiect „.....”, cod CPV 50232100-1, 50232110-4, solicitând:

- anularea adresei nr. 718/03.02..... privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire;

- anularea raportului de atribuire a contractului de achiziție publică;

- anularea deciziei autorității contractante prin care oferta SC SRL a fost declarată inacceptabilă;

- obligarea autorității contractante la reluarea evaluării ofertei depuse de SC SRL, în conformitate cu prevederile din fișa de date și anunțul de participare.

În fapt, contestatorul arată că urmare a întocmirii raportului procedurii, în data de 18.11.2015, autoritatea contractantă a declarat drept câștigătoare a procedurii oferta SC SRL prin adresa nr. 9167/18.11.2015.

Împotriva acestei decizii ... a formulat contestație la CNSC, soluționată prin decizia nr.

Conform deciziei CNSC autoritatea contractantă era obligată să reevalueze oferta depusă de SC SRL.

Fără a clarifica aspectele reținute în culpa societății SRL, autoritatea contractantă a emis adresa 718/03.02....., adresă prin care oferta societății sale a fost considerată inacceptabilă, fiind reținute în culpa SRL următoarele:

I. *"datoriile scadente la plată au data scadenței depășită și nu ați prezentat un document care să fie echivalent cu eşalonarea la plată a datoriilor scadente";*

II. *"nu ați prezentat un plan de reorganizare care să stabilească ordinea de plată";*

III. *"societatea se află în faza de admitere a cererii de insolvență fără o decizie finală a instanței privind admiterea reorganizării sau falimentului";*

IV. *"nu este îndeplinită Cerința nr. 2 din documentele de calificare".*

În continuare, contestatorul prezintă Cerința nr. 2:

„Neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG 34/2006, actualizată.

Modalitatea de îndeplinire

Declarație pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG 34/2006 - completarea formularului B cu anexe:

- *certificat fiscal privind îndeplinirea obligațiilor exigibile la plata a impozitelor și taxelor către stat și a contribuției pentru asigurările sociale de stat,*

- *certificat fiscal privind îndeplinirea obligațiilor exigibile la plata a impozitelor și taxelor locale.*

Din certificatele fiscale prezentate trebuie să reiasă că ofertantul/candidatul nu are datorii scadente în luna anterioară celei în

care este prevăzut termenul limită de depunere a ofertelor/candidaturilor. Se vor prezenta, după caz, toate actele doveditoare obținute pentru înlesniri, eşalonări, etc. la plata și toate ordinele de plată cu care s-au efectuat plățile pentru înlesnirile sau eşalonările la plată pentru bugetul de stat, comisia având dreptul de a solicita originalele pentru confirmare".

Contestatorul arată că a solicitat clarificarea acestor aspecte prin adresele formulate către autoritățile competente, chiar dacă aceste aspecte ar fi trebuit să fie cunoscute de către autoritatea contractantă:

- Adresa nr. 20/12.02..... către ANAF-AJFP, reprezentând Solicitare clarificări Adresa nr. 214239/11.02....., Adresa nr. ... privind îndeplinirea obligațiilor exigibile la plata a impozitelor cu sumele defalcate înainte și după data intrării în insolvență,

- Adresa nr. 17/09.02..... către ANAF-AJFP, reprezentând Solicitare clarificări Adresa nr. 304208/10.08.2015 privind îndeplinirea obligațiilor exigibile la plata a impozitelor cu sumele defalcate înainte și după data intrării în insolvență,

- Adresa nr. 18/09.02..... către PRIMĂRIA - DIRECȚIA DE IMPOZITE ȘI TAXE reprezentând Solicitare clarificare statut datorii din Certificatul de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele și taxele locale nr. ... - suma de 16.797 RON - SRL,

- Adresa nr. 14/08.02..... către..... / Referitor la Statut datorii din Certificatul de atestare fiscală nr. ... - suma de 62.929 RON - SRL,

- Adresa nr. 15/08.02..... către..... / Referitor la Statut datorii din Certificatul de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele și taxele locale nr. ... - suma de 16.797 RON - SRL,

- Adresa nr. 16/08.02..... către..... / Referitor la Solicitare punct de vedere față de Comunicarea nr. 718/03.02..... - Licitatie ".....".

La aceste solicitări au fost primite următoarele adrese:

- Adresa nr..... emisă de către..... privind suma de 62.929 lei, sumă neexigibilă la luna anterioară emiterii cetificatului nr. ...,

- Adresa nr..... emisă de către..... privind suma de 17.135 lei, sumă neexigibilă la luna anterioară emiterii cetificatului nr. ...,

- Adresa nr. ... emisă de către..... privind punct de vedere față de cele reținute în culpa societății SRL în comunicarea nr.718/03.02..... emisă de Primăria Municipiului,

- Adresa nr..... emisă de către ANAF-AJFP privind natura sumei de 62.929 lei, care atestă neexigibilitatea acestei creanțe,

- Adresa nr..... emisă de către ANAF-AJFP privind suma de 62.929 lei, sumă pentru care nu au fost întreprinse măsuri de executare silită, datorita lipsei de exigibilitate a acestei creanțe.

Din documentele arătate mai sus rezultă, fără urmă de dubiu, lipsa de exigibilitate a creanțelor bugetare invocate.

Contestatorul apreciază că excluderea societății sale din cadrul procedurii a avut la bază, printre altele și confuzia privind exigibilitatea unei creanțe.

Luând în considerare aspectele menționate în aceste clarificări cât și prevederile legale în materie, contestatorul înțelege să conteste comunicarea nr. 718/03.02..... emisă de autoritatea contractantă ca fiind nelegală pentru următoarele considerente:

În fapt, prin încheierea din 17.12.2014 pronunțată de Tribunalul în dosarul nr. ... s-a admis cererea de deschidere a procedurii insolvenței în vederea reorganizării debitoarei

SC SRL cu sediul în, județ, Cod poștal ... număr de înmatriculare, cod unic de înregistrare (CUI) R0.... În temeiul art. 71 alin. 1 din Legea nr. 85/2014, Tribunalul a deschis procedura generală a insolvenței împotriva debitoarei SRL pe o durată maximă a perioadei de observație de 12 luni, calculate de la data deschiderii procedurii, conform art. 112 alin. 3 din aceeași lege. Tribunalul a păstrat dreptul de administrare al debitoarei, sub supravegherea administratorului judiciar desemnat și a luat act de intenția de reorganizare a debitoarei, pe bază de plan de reorganizare, (notificarea privind deschiderea procedurii insolvenței a fost publicată în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. .../08.01.2015) - document atașat contestației.

Contestatorul arată că potrivit art. 5 alin. (1) pct. 42 din Legea nr. 85/2014 perioada de observație este perioada cuprinsă între data deschiderii procedurii insolvenței și data confirmării planului de reorganizare sau, după caz, a intrării în faliment.

La data deschiderii ofertelor societatea sa se afla în perioada de observație.

I. Față de primul motiv invocat pentru declararea ca inacceptabilă a ofertei care a fost: *"datoriile scadente la plată au data scadenței depășită și nu ați prezentat un document care să fie echivalent cu eșalonarea la plată a datoriilor scadente"*, contestatorul arată că autoritatea contractantă invocând acest motiv a fost într-o gravă eroare și necunoaștere a legii întrucât conform prevederilor art. 84 din Legea nr. 85/2014 *"(1) În afara de cazurile prevăzute la art. 87, de cele autorizate de judecătorul-sindic sau avizate de către administratorul judiciar; toate actele, operațiunile și plățile efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii sunt nule de drept."*, drept pentru care datoriile anterioare deschiderii procedurii nu pot fi eșalonate.

Singura posibilitate de plată a creanțelor născute înainte de deschiderea procedurii insolvenței este fie în baza unui plan de reorganizare, fie în faliment: cu respectarea ordinii stabilite de Legea nr. 85/2014.

La data participării la licitație, societatea sa se afla în imposibilitate de a efectua plăți către creditori, indiferent de rangul și calitatea acestora:

„ART. 84 (1) În afară de cazurile prevăzute la art. 87, de cele autorizate de judecătorul-sindic sau avizate de către administratorul judiciar, toate actele, operațiunile și plățile efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii sunt nule de drept”.

Legiuitorul statuează cu valoare de principiu că momentul intrării în insolvență al unei societăți declanșează în mod automat lipsa de exigibilitate a tuturor creanțelor anterioare realizându-se astfel o suspendare *o pe legis* a tuturor acțiunilor în realizarea acestor creanțe împotriva societății, suspendând în mod echitabil și termenele de prescripție privitoare la acestea conform art. 79 din Legea nr. 85/2014.

„ART. 75 (1) De la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acțiunile judiciare, extrajudiciare sau măsurile de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului. Valorificarea drepturilor acestora se poate face numai în cadrul procedurii insolvenței, prin depunerea cererilor de admitere a creanțelor. Repunerea pe rol a acestora este posibilă doar în cazul desființării hotărârii de deschidere a

procedurii, a revocării încheierii de deschidere a procedurii sau în cazul închiderii procedurii în condițiile art. 178. În cazul în care hotărârea de deschidere a procedurii este desființată sau, după caz, revocată, acțiunile judiciare sau extrajudiciare pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului pot fi repuse pe rol, iar măsurile de executare silită pot fi reluate. La data rămânerei definitive a hotărârii de deschidere a procedurii, atât acțiunea judiciară sau extrajudiciară, cât și executările silite suspendate încetează”.

„ART. 79 Deschiderea procedurii suspendă orice termene de prescripție a acțiunilor prevăzute la art. 75 alin. (1)”.

Contestatorul arată că aceste prevederi trebuie coroborate cu art. 87 din Legea nr. 85/2014 (a insolvenței, cu caracter special, care se aplică cu prioritate): *“(1) În perioada de observație, debitorul va putea să continue desfășurarea activităților curente și poate efectua plăți către creditorii cunoscuți, care se încadrează în condițiile obișnuite de exercitare a activității curente, după cum urmează: a) sub supravegherea administratorului judiciar, dacă debitorul a făcut o cerere de reorganizare, în sensul art. 67 alin. (1) lit. g), și nu i-a fost ridicat dreptul de administrare;”*

O societate odată intrată în insolvență are dreptul să achite datoriile sale anterioare doar în anumite condiții, cu respectarea ordinii și a procedurilor prevăzute de lege, respectiv:

a) După deschiderea procedurii insolvenței împotriva sa, debitoarea (societatea) poate desfășura activitățile sale curente și efectua plăți către creditorii cunoscuți care se încadrează în condițiile obișnuite de exercitare a respectivei activități curente.

b) Achitarea creanțelor născute anterior deschiderii procedurii e posibilă fie în reorganizare: conform programului de plăți confirmat, fie în faliment: cu respectarea ordinii stabilite de Legea nr. 85/2014.

Așa cum rezultă din textele legale care guvernează situația juridică a societății sale la data participării la licitație, creditorii acestei societăți, indiferent de natura creanței lor trebuie să respecte dispozițiile speciale privind recuperarea creanțelor.

Astfel și creditorii bugetari sunt ținuti de prevederile legii insolvenței, cel puțin pentru următoarele argumente:

- Concursul dintre legea specială (Legea nr. 85/2014) și legea generală (Codul de Procedură Fiscală) se rezolvă în favoarea legii speciale. La procedura colectivă și concursuală prevăzută de Legea nr. 85/2014 participă toți creditorii, inclusiv cei bugetari;

- Procedurii speciale prevăzute de Legea nr. 85/2014 care reglementează o procedură colectivă de recuperare a creanțelor nu îi pot fi aplicate dispoziții dintr-o altă lege care reglementează o procedură individuală de recuperare a creanțelor - Codul de Procedură Fiscală;

- Odată deschisă procedura insolvenței, creditorii nu au o facultate ci o obligație de a-și recupera creanțele respectând regulile procedurii. Dacă s-ar acorda prevalență dispozițiilor Codul de Procedură Fiscală, atunci s-ar ocoli procedura de recuperare a creanțelor obligatorie, întrucât creditorul bugetar și-ar recupera creanțele anterioare deschiderii

procedurii, prioritar față de ceilalți creditori, încălcând însăși Legea nr. 85/2014.

Mai mult decât atât, contrar celor reținute de autoritatea contractantă cu privire la normele fiscale incidente, contestatorul arată că potrivit ultimelor modificări aduse Codului de procedură fiscală - art. I, pct. 3, alin. (2) și (3) din Ordonanța Guvernului 17/2015 - reglementarea unor măsuri fiscal-bugetare și modificarea și completarea unor acte normative/ M.Of. al României nr. 540/23.07.2015:

„(2) Nu sunt considerate obligații fiscale restante:

a) obligațiile fiscale pentru care s-au acordat și sunt în derulare înlesniri la plată, potrivit legii, dacă pentru acestea nu s-a împlinit termenul de plată prevăzut în actul de acordare a înlesnirii;

(3) Nu se consideră că un contribuabil înregistrează obligații fiscale restante în situația în care suma obligațiilor fiscale înscrise în certificatul de atestare fiscală emis de organul fiscal este mai mică sau egală cu suma de rambursat/restituit. În certificatul de atestare fiscală se face mențiune în acest sens.”

Contestatorul mai arată că aceste prevederi trebuiesc coroborate cu normele speciale care se aplică societăților aflate în insolvență, respectiv, art. 75, alin. (1), art. 102 alin.(1) și (6) din Legea nr. 85/2014:

„ART. 75 (1) De la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acțiunile judiciare, extrajudiciare sau măsurile de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului. Valorificarea drepturilor acestora se poate face numai în cadrul procedurii insolvenței, prin depunerea cererilor de admitere a creanțelor. Repunerea pe rol a acestora este posibilă doar în cazul desființării hotărârii de deschidere a procedurii, a revocării încheierii de deschidere a procedurii sau în cazul închiderii procedurii în condițiile art. 178. În cazul în care hotărârea de deschidere a procedurii este desființată sau, după caz, revocată, acțiunile judiciare sau extrajudiciare pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului pot fi repuse pe rol, iar măsurile de executare silită pot fi reluate. La data rămânerii definitive a hotărârii de deschidere a procedurii, atât acțiunea judiciară sau extrajudiciară, cât și executările silite suspendate încetează”.

„ART. 102 (1) Cu excepția salariaților 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; cererile de admitere a creanțelor vor fi înregistrate într-un registru, care se va păstra la grefa tribunalului. Sunt creanțe anterioare și creanțele bugetare constatate printr-un raport de inspecție fiscală întocmit ulterior deschiderii procedurii, dar care are ca obiect activitatea anterioară a debitorului (...)

(6) Creanțele născute după data deschiderii procedurii, în perioada de observație sau în procedura reorganizării judiciare vor fi plătite conform documentelor din care rezultă, nefiind necesară înscrierea la

masa credală. Prevederea se aplică în mod corespunzător pentru creanțele născute după data deschiderii procedurii de faliment".

Astfel se face distincție între datoriile curente și datoriile născute înainte de data intrării în insolvență, acestea din urmă fiind guvernate de principiul efectului suspensiv al deschiderii procedurii pentru orice acțiune judiciară sau extrajudiciară ori urmărire silită individuală ce tinde la realizarea unor creanțe asupra debitorului, urmând, pentru încercarea de realizare, calea înscrierii la masa credală.

Acesta este motivul pentru care s-a solicitat organelor fiscale și a autorităților publice locale să elibereze certificate care să permită departajarea datoriilor născute înaintea deschiderii procedurii de insolvență de cele născute după această perioadă.

În această modalitate, societățile aflate în insolvență care nu au datorii curente către bugetul de stat sau bugetul local și îndeplinesc criteriile statuate de către autoritățile contractante privind capacitatea financiară au practic posibilitatea să participe la licitații publice, organizate conform OUG nr. 34/2006.

Se naște astfel paradoxul în care o societate aflată în perioada de observație în cadrul procedurii de insolvență să poată participa la licitații publice dar în cazul în care are datorii la bugetul de stat sau bugetul local nu va putea adjudeca contractul.

Contestatorul consideră că în mod judicios și nu întâmplător legiuitorul statuează că în perioada de observație activitatea administratorului special este esențială și trebuie să se concentreze pe încercarea de redresare.

Din perspectiva reprezentării societății debitoare, activitatea administratorului special este, în general, asemănătoare cu cea a unui administrator al unei societăți înaintea deschiderii procedurii insolvenței, administratorul special fiind obligat să își desfășoare activitatea în interesul debitorului și al asociaților/acționarilor; însă, fiind vorba despre o procedură de insolvență, în activitatea pe care o desfășoară în numele debitorului el trebuie să urmărească cu prioritate și interesele creditorilor, în sensul maximizării averii debitorului în scopul recuperării creanțelor înscrise la masa credală.

Scopul urmărit de legiuitor este acela de a da posibilitatea societăților aflate în insolvență să obțină noi contracte și noi fluxuri de numerar, ceea ce ar putea conduce la o scădere a numărului de societăți care urmează cursul falimentului și nu acela al reorganizării.

În lumina noilor orientări legislative arătate mai sus, contestatorul apreciază că descalificarea societății sale motivat de faptul că parcurge procedura insolvenței este netemeinică, nelegală și discriminatorie.

Certificatele depuse în cadrul documentației de societate sa atestă faptul că aceasta nu are nicio datorie exigibilă în luna anterioară depunerii ofertei.

Creanțele despre care se face vorbire în

- Certificatul de atestare fiscală nr. ... (62.929,00 lei) - creanță ce apare la poziția 15 în tabelul preliminar publicat în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. ... și

- Certificatul de atestare fiscală nr. ... (17.135,00 lei) - creanță ce apare la poziția 14 în tabelul preliminar publicat în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. ...,

sunt creanțe anterioare deschiderii procedurii insolvenței, respectiv obligații de plată existente până la data de 17.12.2015, dată la care prin încheierea din 17.12.2014 pronunțată de Tribunalul în dosarul nr. ... s-a admis cererea de deschidere a procedurii insolvenței în vederea reorganizării debitoarei SC SRL și au fost înscrise la masa credală, astfel neputând fi considerate creanțe exigibile la luna anterioară emiterii certificatelor menționate, pentru considerentele antementionate.

Acest fapt a fost confirmat de către societatea sa și prin depunerea în cadrul documentației a:

- Adresei nr. ... Iași - AJFP în care este menționată că suma de 62.929 RON a fost înscrisă la masa credală;

- Adresei nr..... - Serviciul juridic și de aplicare a legilor proprietății, reprezentând DECLARAȚIE DE CREANȚĂ pentru suma de 17.135 RON, drept înscriere la masa credală.

Așa cum reiese din certificatul de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele și taxele locale nr. ... în cadrul căruia, la coloana "datorii curente" nu sunt înregistrate sume.

Totodată, din punct de vedere fiscal, conform documentației depuse de societatea sa, suma de 17.135 RON solicitată drept înscriere la masa credală este mai mare decât suma de 16.797 înscrisă drept datorii în coloana "Rămășiță" (acest aspect intră sub incidența art. I, pct. 3, alin. (3) din Ordonanța Guvernului 17/2015 - *reglementarea unor măsuri fiscal-bugetare și modificarea și completarea unor acte normative*, citat mai-sus, nefiind considerate de legiuitor o obligație fiscal restantă).

Se observă că sumele de 9.989 RON și 4.824 RON corespund declarației de creanță aferentă "impozit clădiri" și "mijloace de transport".

Suma aferentă "taxei de salubritate" de 2.322 RON apare în declarația de creanță dar în certificat este trecută o sumă mai mică, adică suma de 1.984 RON în coloana "Rămășiță".

Față de cele prezentate anterior, eșalonarea la plată în condițiile unei societăți aflată sub incidența Legii nr. 85/2014 (SC SRL se află în procedura insolvenței în stare de observație până în momentul expirării termenului de 30 de zile de la publicarea în Buletinul Procedurilor de Insolvență a Tabelului Definitiv al creditorilor) nu se poate face decât printr-un Plan de Reorganizare, orice altă modalitate de eșalonare și/sau plată fiind nulă.

II. Față de al doilea motiv invocat pentru declararea ca inacceptabilă a ofertei care a fost: *"nu ați prezentat un plan de reorganizare care să stabilească ordinea de plată"*, contestatorul precizează că autoritatea contractantă dovedește faptul că nu a clarificat documentele depuse, iar societatea sa a fost sancționată, în mod nejustificat și nelegal, pentru lipsa unui document inexistent și imposibil de întocmit în actualul stadiu procedural al Legii 85/2014, respectiv planul de reorganizare.

În continuare, contestatorul prezintă textele de lege care reglementează pașii ce trebuie urmați conform Legii nr. 85/2014, până la depunerea unui plan de reorganizare:

„Art. 110 (1) Ca rezultat al verificărilor făcute, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va întocmi și va înregistra la tribunal un tabel preliminar cuprinzând toate creanțele împotriva averii debitorului cu mențiunile prevăzute la art. 5 pct. 68 (3) Tabelul preliminar de creanțe va fi, totodată, publicat în BPI. După publicare, creditorii înscriși în tabelul preliminar de creanțe pot participa la adunările creditorilor.

Art. 111 (1) Debitorul, creditorii și orice altă parte interesată vor putea să formuleze contestații față de tabelul de creanțe, cu privire la creanțele și drepturile trecute sau, după caz, netrecute de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar în tabel.

Art. 112 (1) După ce toate contestațiile la creanțe au fost soluționate și s-a predat raportul de evaluare a garanțiilor, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va înregistra, de îndată, la tribunal și va publica în BPI tabelul definitiv al tuturor creanțelor împotriva averii debitorului, arătând suma, prioritatea și situația fiecărei creanțe, beneficiară sau nu a unei cauze de preferință.

Art. 132 (1) Următoarele categorii de persoane vor putea propune un plan de reorganizare:

a) debitorul, cu aprobarea adunării generale a acționarilor/asociaților, în termen de 30 de zile de la publicarea tabelului definitiv de creanțe, cu condiția formulării intenției de reorganizare potrivit art. 67 alin. (1) lit. g), dacă procedura a fost declanșată de acesta, și în termenul prevăzut de art. 74, în cazul în care procedura a fost deschisă ca urmare a cererii unuia sau mai multor creditor;

b) administratorul judiciar, de la data desemnării sale și până la îndeplinirea unui termen de 30 de zile de la data publicării tabelului definitiv de creanțe;

c) unul sau mai mulți creditor, deținând împreună cel puțin 20% din valoarea totală a creanțelor cuprinse în tabelul definitiv de creanțe, în termen de 30 de zile de la publicarea acestuia; administratorul judiciar este obligat să puna la dispoziția acestora informațiile existente și necesare pentru redactarea planului, în acest sens, debitorul, prin administrator special, sau administratorul judiciar, în măsura în care acesta din urmă le deține, dacă dreptul de administrare i-a fost ridicat debitorului, au obligația ca, în termen de maximum 10 zile de la primirea solicitării, să pună la dispoziția creditorului actele și informațiile prevăzute de art. 67 alin. (1) lit. a), b) și e), actualizate corespunzător depunerii tabelului definitiv de creanțe. Se va pune la dispoziția creditorului și lista tuturor creanțelor născute în timpul procedurii, precum și orice alte documente solicitate, care sunt utile pentru redactarea unui plan de reorganizare”.

Față de aceste prevederile legale, contestatorul arată că după depunerea cererilor de creanță de către creditor, administratorul judiciar întocmește Tabelul Preliminar al Creditorilor, îl depune la dosarul cauzei și îl publică în Buletinul procedurilor de Insolvență. (Tabelul Preliminar al Creditorilor a fost publicat în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. .../05.03.2015) - document atașat contestației.

După publicarea acestuia în Buletinul Procedurilor de Insolvență, creditorii au posibilitatea de a contesta înscrierea sau neînscrierea unei creanțe, precum și cuantumul acestora în Tabelul Preliminar al Creditorilor.

După soluționarea tuturor contestațiilor la Tabelul Preliminar al creditorilor și predarea raportului de evaluare, administratorul judiciar întocmește Tabelul Definitiv al Creditorilor și îl Publică în Buletinul Procedurilor de Insolvență.

Atât la data participării la licitație cât și la data formulării prezentei există încă contestații în curs de soluționare la acest Tabel Preliminar, conform extraselor "ECRIS" atașate, motiv pentru care nu s-a putut realiza Tabelul Definitiv și, pe cale de consecință, Planul de reorganizare al societății sale.

De la data publicării Tabelului Definitiv al creditorilor în Buletinul Procedurilor de Insolvență, în termen de 30 de zile se va depune Planul de reorganizare conform dispozițiilor 132 alin. 1 din Legea nr. 85/2014.

La data depunerii ofertelor SC SRL nu era în acest stadiu al procedurii, procedură independentă de voința societății.

Având în vedere cele precizate, contestatorul consideră că al doilea motiv ce a fost avut în vedere pentru declararea ca inacceptabilă a ofertei sale este în totală contradicție cu prevederile legale în vigoare neținând cont de stadiul procedural în care se găsește SC SRL.

III. Față de al treilea motiv invocat pentru declararea ca inacceptabilă a ofertei care a fost: *"societatea se află în faza de admitere a cererii de insolvență fără o decizie Finală a instanței privind admiterea reorganizării sau falimentului"*, contestatorul îl consideră nejustificat, neoportun și în totală contradicție cu normele legale în vigoare și denotă o necunoaștere și o nesocotire flagrantă a legii.

Astfel, contestatorul arată că procedura insolvenței a fost deschisă împotriva SC SRL prin încheierea de Ședință din data de 17.12.2014 (notificarea privind deschiderea procedurii insolvenței a fost publicată în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. .../08.01.2015).

Cu privire la Procedura reorganizării judiciare sau a falimentului, judecătorul-sindic nu se poate pronunța atât timp cât nu a fost întocmit Tabelul Definitiv al creditorilor, susținerea de mai sus fiind o limitare nejustificată și nesusținută de niciun text de lege.

La punctul anterior a arătat pașii care trebuiesc urmați, conform Legii 85/2014, de la deschiderea procedurii insolvenței în perioada de observație până la aprobarea planului de reorganizare.

Art. 5 pct. 46 din Legea nr. 85/2014 definește: *„46. procedura generală reprezintă procedura de insolvență prevăzută de prezenta lege, prin care un debitor care îndeplinește condițiile prevăzute la art. 38 alin. (1), fără a le îndeplini simultan și pe cele de la art. 38 alin. (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”.*

După depunerea planului de reorganizare în condițiile art. 132 din Legea 85/2014, enunțat anterior, judecătorul sindic se va pronunța cu

privire la confirmarea acestuia, după ce adunarea creditorilor va vota planul.

„Art. 139 (1) Judecătorul-sindic fixează termenul pentru confirmarea planului în cel mult 15 zile de la depunerea la tribunal de către administratorul judiciar a procesului-verbal al adunării creditorilor prin care acesta a fost aprobat.

Art. 140 (1) Când sentința care confirmă un plan intră în vigoare, activitatea debitorului este reorganizată în mod corespunzător; creanțele și drepturile creditorilor și ale celorlalte părți interesate sunt modificate astfel cum este prevăzut în plan.

Art. 141 (1) În urma confirmării unui plan de reorganizare, debitorul își va conduce activitatea sub supravegherea administratorului judiciar și în conformitate cu planul confirmat, până când judecătorul-sindic va dispune, motivat, fie încheierea procedurii insolvenței și luarea tuturor măsurilor pentru reinsertia debitorului în activitatea de afaceri, fie încetarea reorganizării și trecerea la faliment, potrivit prevederilor art. 145.

(2) Pe parcursul reorganizării, debitorul va fi condus de administratorul special, sub supravegherea administratorului judiciar”.

Din cele precizate anterior rezultă faptul că SC SRL se află în procedura insolvenței, în perioada de observație, urmând ca după depunerea tabelului definitiv de creanțe, în termen legal, să se depună planul de reorganizare care va cuprinde și programul de plăți.

Până la depunerea planului de reorganizare care va cuprinde și programul de plăți, asupra sumelor înscrise în certificate și care au fost înscrise la masa credală, operează principiul efectului suspensiv, lucru confirmat și de..... prin adresa nr..... privind suma de 62.929 lei, sumă pentru care nu au fost întreprinse măsuri de executare silită, exigibilitatea sumei fiind suspendată.

Față de acestea, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a fost într-o gravă eroare de interpretare a prevederilor Legii nr. 85/2014, dând o greșită interpretare a textelor legale, în sensul limitării prerogativelor societății sale aflată în procedura de observație.

IV. Față de al patrulea motiv invocat pentru declararea ca inacceptabilă a ofertei care a fost: *"nu este îndeplinită Cerința nr.2 din documentele de calificare"*.

Prezentând cerința nr. 2 din fișa de date a achiziției, contestatorul menționează că certificatele depuse în cadrul documentației de societatea sa atestă faptul că aceasta nu are nici o datorie exigibilă în luna anterioară depunerii ofertei.

Asupra creanței de 62.929 RON (înscrisă în Certificatul de atestare fiscală nr. ...) și asupra creanței de 16.797 RON (înscrisă în Certificatul de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele și taxele locale nr. ...), așa cum a mai arătat și mai sus, operează principiul efectului suspensiv, nefiind exigibile, lucru confirmat și de prin adresa nr..... privind suma de 62.929 lei, sumă pentru care nu au fost întreprinse măsuri de executare silită, exigibilitatea sumei fiind suspendată.

Creanțele de 62.929 RON și 16.797 RON - reprezintă creanțe anterioare, respectiv obligații de plată existente până la data de 17.12.2015, dată la care prin încheierea din 17.12.2014 pronunțată de Tribunalul în dosarul nr. ... s-a admis cererea de deschidere a procedurii insolvenței în vederea reorganizării debitoarei SC SRL.

În continuare, contestatorul arată că Legea nr. 85/2014 statuează dreptul debitorului de a participa la licitații:

Art. 77 (6) *"Debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii"*.

Aceasta este întărită prin 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 precizează că autoritatea contractantă nu a făcut decât să invoce decizia CNSC nr..../...../16.12.2015, fără a mai verifica și clarifica dacă aspectele menționate pot sau nu fi reținute situației juridice în care se află SRL la data depunerii ofertelor.

Autoritatea contractantă nu a făcut decât să încalce aceste prevederi imperative ale legii, solicitând documente inexistente în acest stadiu procedural.

- Autoritatea contractantă invocă nedepunerea unui document privind eşalonarea datoriilor în condițiile în care eşalonarea acestora se face doar printr-un plan de reorganizare, imposibil de depus până nu sunt soluționate toate contestațiile la tabelul preliminar de creanțe și apoi întocmirea, de către administratorul judiciar, a tabelului definitiv de creanțe.

- Autoritatea contractantă invocă nedepunerea unui plan de reorganizare, care așa cum prevede Legea nr. 85/2014, se va depune în termen de 30 de zile de la întocmirea tabelului definitiv de creanțe, aspect lămurit din punct de vedere procedural în cele de mai sus.

- Autoritatea contractantă invocă faptul ca societatea se află în faza de admitere a cererii de insolvență, situație neadevărată atât timp cât societatea, începând cu data de 17.12.2014, este în procedura prevăzută de Legea nr. 85/2014 în stare de observație.

- Autoritatea contractantă invocă faptul că nu este îndeplinită Condiția nr. 2 din documentele de calificare, în condițiile în care au fost depuse documente justificative din care rezulte că datoriile SC SRL ce apar în certificate sunt înscrise la masa credală, și prin interpretarea corectă a prevederilor legale rezultă că SC SRL nu avea datorii scadente exigibile în luna anterioară.

Contestatorul arată că însăși cerința din fișa de date a achiziției face precizarea că se solicită - *"certificat fiscal privind îndeplinirea obligațiilor exigibile la plată a impozitelor și taxelor ..."*,

Din certificatele fiscale prezentate trebuie să reiasă că ofertantul/candidatul nu are datorii scadente în luna anterioară celei în care este prevăzut termenul limită de depunere a ofertelor/candidaturilor. Se vor prezenta, după caz, toate actele doveditoare obținute pentru înlesniri, eşalonări, etc.

Acestea sunt creanțe anterioare deschiderii procedurii insolvenței, înscrise la masa credală, astfel neputând fi considerate creanțe exigibile la luna anterioară emiterii certificatelor menționate.

Este îndeplinită astfel cerința *"ca ofertantul/candidatul nu are datorii scadente în luna anterioară celei în care este prevăzut termenul limită de depunere a ofertelor/candidaturilor. Se vor prezenta, după caz, toate actele doveditoare obținute pentru înlesniri, eşalonări, etc. la plată și toate ordinele de plată cu care s-au efectuat plățile pentru înlesnirile sau eşalonările la plată pentru bugetul de stat, comisia având dreptul de a solicita originalele pentru confirmare"*.

Interpretarea *"nu ați prezentat un document care să fie echivalent cu eşalonarea la plată a datoriilor scadente"* este contrară prevederilor legale.

..... SRL putea depune *"actele doveditoare obținute pentru înlesniri, eşalonări, etc."* - adică acte doveditoare obținute pentru înlesniri sau acte doveditoare obținute pentru eşalonări sau etc. (adică orice alt document din care să rezulte starea juridică a datoriilor SRL și anume că acestea nu sunt exigibile la luna anterioară depunerii ofertelor, lucru confirmat și de..... prin adresa nr..... privind suma de 62.929 lei, sumă pentru care nu au fost întreprinse măsuri de executare silită, exigibilitatea sumei fiind suspendată).

Exigibilitatea sumelor înscrise la masa credală fiind probată rezultă că SRL a făcut dovada privind îndeplinirea obligațiilor exigibile.

În lumina textelor de lege evocate mai sus, autoritatea contractantă și-a însușit fără a mai verifica:

"(...) Tribunalul a luat act de intenția de reorganizarea a debitoarei, pe bază de plan de reorganizare, fapt ce probează, în mod idubitabil că, procesul în cauză se află încă în faza de analiză, neexistând încă o decizie cu privire la eşalonarea sau nu a datoriilor S.C. S.R.L. (...)

(...) consideră că se impune reiterarea dispozițiilor art. 80 alin (2) din Legea 85/2014, potrivit cărora suma cuprinsă în planul de reorganizare este eşalonată la plată astfel: „în cazul în care se confirmă un plan de reorganizare, dobânzile, majorările ori penalitățile de orice fel sau cheltuielile accesorii la obligațiile născute ulterior datei deschiderii procedurii generale se achită în conformitate cu actele din care rezultă și cu prevederile programului de plăți. În cazul în care planul eşuează, acestea se datorează până la data deschiderii procedurii falimentului". (...)

(...) S.C. S.R.L. nu a depus niciun document care să rezulte că aceasta se află în situația prevăzută la Secțiunea a -6- a Reorganizare - Plan, din legea nr. 85/2014 respectiv că a elaborat planul de reorganizare care a fost aprobat și publicat în Monitorul Oficial al României, Partea a-IV-a și că acesta a fost confirmat, potrivit dispozițiilor art. 139 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, se face vorbire doar despre intenția de reorganizare. Mai mult conform celor precizate pe Portalul Tribunalul în dosarul nr. ..., următoarea ședință a fost programată pe data de 17.02....., cauza fiind amânată (...)"

Autoritatea contractantă nu a mai verificat argumentele acestor supoziții și și-a însușit fără a mai verifica:

a) Citarea trunchiată a unei decizii civile care are la bază prevederile Legii nr. 85/2006, speța la care se face la situația unei societăți aflate în insolvență care înregistrează datorii curente: *"Obligațiile de plată fiind consemnate în titluri executorii necontestate de către debitoare, și constată neîndeplinirea cerinței minime de calificare referitoare la plata obligațiilor către bugetul de stat și către bugetul local, cerința minimă obligatorie prevăzută în fișa de date a achiziției"* - situație juridică diferită de a societății sale.

b) greșita interpretare a efectelor juridice diferite aplicabile creanțelor anterioare și creanțelor curente ale unei societăți aflate în insolvență;

c) încălcarea principiului nediscriminării privind liberul acces la licitațiile publice ale societăților aflate în insolvență, nesocotind astfel scopul urmărit de legiuitor prin modificarea Legii în anul 2014.

În acest sens, contestatorul consideră că autoritatea contractantă trebuia să depună toate diligențele pentru efectuarea unei analize corecte și în cadrul legal a ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, respectiv de a aplica principiile consacrate de art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006: nediscriminarea, tratamentul egal, eficiența utilizării fondurilor, asumarea răspunderii.

O societate în observație cu datorii bugetare anterioare intrării în insolvență nu are dreptul să achite datorii anterioare, imposibilitatea participării la licitații publice vizând doar înregistrarea de datorii curente.

Acesta este și motivul pentru care noul Cod al insolvenței a introdus o prevedere expresă, statuând practic faptul că societățile aflate în insolvență pot să participe la licitații publice, solicitându-se organelor fiscale și autorităților publice locale să elibereze certificate care să permită departajarea datoriilor născute înaintea deschiderii procedurii de insolvență de cele născute după această perioadă.

În această modalitate, societățile aflate în insolvență care nu au datorii curente către bugetul de stat sau bugetul local și îndeplinesc criteriile statuate de către autoritățile contractante privind capacitatea financiară au practic posibilitatea să participe la licitații publice.

În continuare, contestatorul invocă Sentința nr. 641/2012 pronunțată de Curtea de Apel Galați *„Legiuitorul a intuit acest remediu în concordanță cu dispozițiile art. 14 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, evitând astfel crearea unui dezechilibru între interesul general și obligația protejării drepturilor fundamentale ale recurentului ca urmare a imposibilității societăților aflate în insolvență să obțină noi contracte și noi fluxuri de numerar, ceea ce ar putea conduce la o scădere a numărului de societăți care urmează cursul falimentului și nu acela al reorganizării”*.

Contestatorul arată că potrivit art. 75 din Legea nr. 85/2014 *„de la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acțiunile judiciare, extrajudiciare sau măsurile de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului”*, lucru confirmat și de prin adresa nr..... privind suma de 62.929 lei, sumă pentru care nu au

fost întreprinse măsuri de executare silită, exigibilitatea sumei fiind suspendată.

„Valorificarea drepturilor acestora se poate face numai în cadrul procedurii insolvenței, prin depunerea cererilor de admitere a creanțelor” astfel se instituie principiul efectului suspensiv al deschiderii procedurii pentru orice acțiune judiciară sau extrajudiciară ori urmărire silită individuală ce tinde la realizarea unor creanțe asupra debitorului, anterioare deschiderii procedurii, toate aceste creanțe urmând, pentru încercarea de realizare, calea înscrierii la masa credală.

Contestatorul arată că potrivit dispozițiilor art. 1 alin (5) din Constituția României, respectarea Constituției și a legilor este obligatorie, iar raportat la aceste dispoziții coroborate cu cele arătate mai sus solicită admiterea contestației formulată împotriva comunicării nr. 718/03.02....., emisă de autoritatea contractantă -

În consecință, contestatorul solicită admiterea contestației, anularea comunicării rezultatului procedurii, precum și actele subsecvente acesteia și reevaluarea ofertelor, precum și continuarea procedurii din faza stabilirii ofertelor admisibile.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr....., ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită în principal respingerea contestației ca lipsită de obiect deoarece aspectele contestate au autoritate de lucru judecat (ca urmare a pronunțării asupra acestora de către CNSC prin decizia nr. .../...../16.12.2015 și de către Curtea de Apel prin Hotărârea nr. .../..... din 28.01..... care a respins plângerea formulată de SC SRL), precum și menținerea ca legale și temeinice a raportului procedurii nr. 703/01.02..... și a comunicării nr. 718/03.02..... și continuarea procedurii.

În fapt, autoritatea contractantă arată că în urma reevaluării ofertei depuse de SC SRL, în conformitate cu cele dispuse prin Decizia CNSC nr. .../..... din 16.12.2015, aceasta a fost considerată inacceptabilă în baza art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006 actualizată, fiind depusă de un ofertant ce nu îndeplinește una sau mai multe dintre cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire.

În urma procesului de reevaluare, câștigătoare a fost declarată oferta depusă de SC SA, care fiind considerată admisibilă și conformă în urma aplicării criteriului de atribuire s-a situat pe locul 1, cu prețul cel mai scăzut, dintre ofertele admisibile rămase în competiție.

După primirea comunicării rezultatului procedurii, SC SRL a formulat contestație, prin care consideră ca fiind nelegală comunicarea nr. 718/03.02....., privind excluderea din cadrul procedurii, care a avut la bază, după cum apreciază contestatorul, o gravă eroare de interpretare a prevederilor Legii nr. 85/2014, dând o greșită interpretare a textelor legale, în sensul limitării prerogativelor societății aflate în procedura de observație.

Autoritatea contractantă precizează că la primirea contestației se aștepta ca SC SRL să critice oferta câștigătorului, având acum acest drept, deși n-ar fi putut argumenta interesul în cauză, dar a constatat că SC SRL revine asupra aceluiași aspecte care au făcut ca o ofertă să fie încadrată ca inacceptabilă, prin motivarea din Decizia CNSC nr. .../....., care a fost ulterior confirmată de Hotărârea Curții de Apel și, urmare argumentelor de fapt și de drept aduse de către CNSC, însușită de comisia de evaluare.

Astfel, comisia de evaluare a hotărât respingerea ofertei ca inacceptabilă în baza art. 36 alin. (1) lit. b) - ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe cerințe de calificare, deoarece acesta nu a îndeplinit cerința nr. 2, respectiv prezentarea certificatelor fiscale privind plata taxelor și impozitelor către bugetul de stat și local din care să rezulte că la depunerea ofertelor nu avea datorii scadente la sfârșitul lunii anterioare datei de depunere.

Autoritatea contractantă arată că potrivit deciziei nr. .../...../16.12.2015, dată de CNSC cu privire la contestația depusă de către SC SA:

- s-a admis contestația formulată de către SC SA, în contradictoriu cu Pe cale de consecință s-a respins cererea de intervenție formulată de SC SRL;

- s-a anulat raportul procedurii și adresele de comunicare a rezultatului procedurii de achiziție publică, ca acte subsecvente ale raportului procedurii;

- s-a obligat autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reevalueze oferta depusă de SC SRL, cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, a dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare;

- s-a dispus continuarea procedurii de achiziție publică, cu respectarea celor decise anterior.

Comisia de evaluare a analizat Decizia CNSC, și-a însușit observațiile și a concluzionat că:

- datoriile SC SRL au fost scadente la plată, cu data scadenței depășită;

- nu a existat un plan de reorganizare aprobat care să stabilească ordinea de plată, echivalentul unei reeșalonări la plată a datoriilor scadente; înscrierea la masa credală prin documentele atașate de ofertant nu este echivalentă cu reeșalonarea la plată, aceasta fiind asigurată prin Planul de reorganizare aprobat, conform prevederilor legale detaliate în decizia CNSC;

- societatea se află în faza de admitere a cererii de insolvență fără o decizie finală a instanței privind aprobarea unui plan de reorganizare.

Prin urmare nu poate fi considerată îndeplinită cerința nr. 2: *"neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG 34/2006, actualizată"* având ca modalitate de îndeplinire:

- *Declarație pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG 34/2006*

- *completarea formularului B cu anexe:*

- *Certificat fiscal privind îndeplinirea obligațiilor exigibile la plată a impozitelor și taxelor către stat și a contribuției pentru asigurările sociale de stat,*

- *Certificat fiscal privind îndeplinirea obligațiilor exigibile la plată a impozitelor și taxelor locale.*

Din certificatele fiscale prezentate trebuie să reiasă că ofertantul/candidatul nu are datorii scadente în luna anterioară celei în care este prevăzut termenul limită de depunere a ofertelor/candidaturilor. Se vor prezenta, după caz, toate actele doveditoare obținute pentru înlesniri, eşalonări, etc la plată și toate ordinele de plată cu care s-au efectuat plățile pentru înlesnirile sau eşalonările la plată pentru bugetul de stat, comisia având dreptul de a solicita originalele pentru confirmare".

Comisia de evaluare a considerat că nu mai sunt necesare alte clarificări întrucât, neexistând planul de reorganizare aprobat la data depunerii ofertelor, o acceptare a acestui document ulterior acestei date ar fi însemnat depășirea cadrului legislativ, care nu permite completarea ofertei cu documente noi, ci numai completări la documentele existente, în caz contrar încălcându-se principiul tratamentului egal, mai mult, la data raportului procedurii 01.02....., Tribunalul nu se pronunțase asupra programului de reorganizare, ședința fiind fixată în data de 17.02....., deci contestatorul nu avea un document nou cu care să-și susțină reeșalonarea datoriilor scadente.

Autoritatea contractantă precizează că solicitarea contestatorului de anulare a adresei nr.718/03.02..... privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, anularea raportului de atribuire a contractului de achiziție publică și anularea deciziei autorității contractante prin care oferta SRL a fost declarată inacceptabilă nu poate fi judecată întrucât contestatorul nu a ținut cont de soluțiile date de cele două instanțe de judecată, respectiv CNSC și Curtea de Apel

În concluzie, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca netemeinică și nefondată, menținerea ca legale și temeinice a raportului procedurii nr. 703/01.02..... și a comunicării nr. 718/03.02..... și continuarea procedurii.

Prin adresa nr. 024/24.02..... înregistrată la Consiliu sub nr. 5124/....., contestatorul formulează concluzii scrise, precizând că nu va reitera argumentele susținute în cadrul contestației ci va răspunde la apărărilor formulate de autoritatea contractantă și va aduce lămuriri suplimentare cu privire la situația juridică în care se află societatea sa.

1. Cu privire la excepția autorității de lucru judecat, contestatorul arată că în temeiul art. 431 Cod de procedură, efectul lucrului judecat este reprezentat de faptul că „*Nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul aceleiași cauze și pentru același obiect*".

Elementele lucrului judecat se referă la tripla identitate de părți, obiect și cauză.

În ceea ce privește părțile, contestatorul arată că autoritatea de lucru judecat nu poate fi opusă de către autoritatea contractantă întrucât nu a avut aceeași situație juridică în cauza precedentă, contestatorul din prezenta cauză fiind intervenient. Din acest punct de vedere admiterea excepției de lucru judecat ar lipsi contestatorul din prezenta cauză de garanțiile procedurale conferite de lege calității de reclamant/contestator.

Pentru a exista autoritate de lucru judecat este necesar ca obiectul să fie identic. În dosarul de față obiectul contestației este comunicarea nr. 718/03.02....., emisă de autoritatea contractantă -, prin care oferta SRL este declarată inacceptabilă. Prin Decizia nr. .../..... din 16.12.2015 și Hotărârea nr. .../..... a Curții de Apel a fost soluționată, în primă instanță și pe calea plângerii, cauza ce a avut ca obiect anularea adresei nr. 9168/18.11.2015, anularea raportului procedurii de achiziție publică nr. 9132/18.11.2015 și a tuturor actelor subsecvente. Lipsa de identitate a obiectului se poate verifica prin raportarea statuărilor cuprinse în dispozitivul Deciziei și al Hotărârii la obiectul prezentei contestații.

Făcând paralela între dispozitivul Deciziei și al Hotărârii invocate și pretenția din prezenta contestație reiese faptul că prin prezenta contestație se urmărește valorificarea unui drept diferit, respectiv dreptul la reevaluarea ofertei depuse în cadrul procedurii de achiziție publică.

Cel de-al treilea element esențial al puterii lucrului judecat vizează identitatea de cauză. Aceasta rezidă în fundamentul juridic al acțiunii și se materializează, practic, în situația de fapt calificată juridic. Distinct de cauza contestației precedente, motivul care a stat la baza formulării prezentei contestații de către ... îl reprezintă descalificarea efectuată în mod arbitrar de către autoritatea contractantă, fără a se parcurge, în prealabil, etapa reevaluării ofertei acesteia, astfel cum a fost stabilit chiar de către Consiliu prin Decizia nr. .../..... din 16.12.2015.

De asemenea, contestatorul arată faptul că prin prezenta contestație și-a exercitat dreptul de a contesta actul administrativ vătămător emis de autoritatea contractantă, respectiv adresa nr. 718/03.02....., conform art. 255 din OUG nr. 34/2006. A-l împiedica să conteste actul vătămător, respectiv adresa nr. 718/03.02....., ar reprezenta o încălcare a dreptului la liberul acces la justiție, garantat de Constituție și de art. 255 din OUG nr. 34/2006.

Având în vedere aceste aspecte, contestatorul solicită respingerea excepția autorității de lucru judecat, invocată de autoritatea contractantă și judecarea prezentei cauze.

2. Referitor la soluția pronunțată de Consiliu prin Decizia nr. .../..... din 16.12.2015 și Hotărârea nr. .../..... a Curții de Apel

Deși actele contestate în cauza de pe rolul CNSC, în care s-au pronunțat deciziile mai sus enunțate, nu sunt aceleași acte administrative ca cele contestate în prezenta contestație, contestatorul face câteva referiri la cele două decizii, având în vedere faptul că acestea sunt invocate de către autoritatea contractantă în punctul său de vedere.

În primul rând, contestatorul arată că potrivit art. 278 alin. (2) și (4) din OUG nr. 34/2006 Consiliul are competența să se pronunțe cu privire la legalitatea și temeinicia unui act emis de autoritatea contractantă și să dispună luarea unor măsuri de remediere de către autoritatea contractantă.

Soluția pronunțată de Consiliu în Decizia nr. .../..... și menținută de Curtea de Apel, a fost de „a obliga autoritatea contractantă, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, de a reevalua oferta depusă de S.R.L.”.

Consiliul nu are competența, conform ordonanței, de a se substitui comisiei de evaluare din cadrul autorității contractante și să declare ofertele depuse de operatorii economici drept conforme, neconforme sau inacceptabile.

În acest sens interpretând coroborat aceste două argumente și textele legale incidente invocate, autoritatea contractantă era obligată să reevalueze oferta SC SRL, însă nu era obligată să o respingă ca inacceptabilă, pentru că acest fapt ar însemna, în concret, substituirea Consiliului în rolul comisiei de evaluare a autorității contractante.

Luând în considerare acest aspect, contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu poate invoca în apărarea sa că, fără să gândească și să analizeze actele depuse de societatea sa, deci în concret fără să reevalueze, ea nu a făcut decât să pună în aplicare Decizia CNSC și Hotărârea Curții de Apel

Contestatorul arată că dispozitivul ambelor decizii evocate obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC SRL și nu la respingerea ei ca inacceptabilă, astfel că solicită Consiliului să respingă aceste apărări ca nefondate.

Mai mult decât atât, contestatorul arată faptul că prin cele două decizii s-a dispus reevaluarea ofertei SRL și nu reevaluarea ofertei SRL, astfel cum în mod greșit susține autoritatea contractantă.

În cauza de față este clar faptul că autoritatea contractantă, după pronunțarea celor două decizii, nu a procedat la nicio reevaluare, ci pur și simplu și-a însușit o parte din argumentele contestatorului SRL și le-a inclus în comunicarea contestată în prezenta cauză.

În aceste condiții autoritatea contractantă a renunțat la dreptul său exclusiv, recunoscut de OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006, de a fi singura competentă să evalueze și să reevalueze o ofertă, preluând pur și simplu argumentele contestatorului din cauza anterioară și respingând, în acest sens, oferta sa.

Având în vedere aceste argumente, contestaorul solicită Consiliului să respingă aceste apărări ale autorității contractante ca nefondate.

3. Pe fondul cauzei, contestatorul, fără a reitera toate argumentele avute în vedere în contestație, dorește să aducă argumente juridice suplimentare doar cu privire la problema de drept din prezenta cauză, respectiv dacă la data depunerii ofertei în prezenta procedură de achiziție publică societatea sa avea sau nu datorii exigibile și scadente și dacă aceasta îndeplineau sau nu cerința 2 din documentația de atribuire.

Astfel, contestatorul arată că la data depunerii ofertei, societatea sa se afla în procedura insolvenței, prevăzută de OUG nr. 85/2014, în perioada de observație.

În continuare, contestatorul explică ce reprezintă perioada de observație și care sunt drepturile și obligațiile unei societăți aflate în insolvență - în perioada de observație.

În acest sens, contestatorul arată că prin Încheierea din 17.12.2014, pronunțată de Tribunalul, în dosarul nr. ..., s-a admis cererea de deschidere a procedurii insolvenței în vederea reorganizării debitoarei SC SRL cu sediul în, ..., județ, Cod poștal ... număr de înmatriculare, cod unic de înregistrare (CUI) RO....

În temeiul art. 71 alin. 1 din Legea nr. 85/2014, Tribunalul a deschis procedura generală a insolvenței împotriva debitoarei SRL pe o durată maximă a perioadei de observație de 12 luni, calculate de la data deschiderii procedurii, conform art. 112 alin. 3 din aceeași lege. Tribunalul a păstrat dreptul de administrare al debitoarei, sub supravegherea administratorului judiciar desemnat și a luat act de intenția de reorganizare a debitoarei, pe bază de plan de reorganizare.

Conform art. 5 din OUG nr. 85/2014, punctul 42, perioada de observație este *„perioada cuprinsă între data deschiderii procedurii insolvenței și data confirmării planului de reorganizare sau, după caz, a intrării în faliment”*.

Conform aceluiași art. 5 din OUG nr. 85/2014, punctul 46, *„procedura generală reprezintă procedura de insolvență prevăzută de prezenta lege, prin care un debitor care îndeplinește condițiile prevăzute la art. 38 alin. (1), fără a le îndeplini simultan și pe cele de la art. 38 alin. (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”*.

Contestatorul învederează faptul că în orice procedură de insolvență, societatea intră succesiv mai întâi în perioada de observație și apoi fie în reorganizare, fie în faliment. Perioada de observație este o etapă prealabilă, în care se definitivează tabelul creanțelor, se stabilește în concret care sunt toate datoriile debitorului și care este cuantumul acestora.

Această perioadă de observație are dublu rol: primul este de a se stabili toate datoriile pe care le are debitorul, care vor fi recuperate de creditorii eşalonat abia în etapa reorganizării sau falimentului; iar al doilea rol este de a suspenda toate acțiunile în justiție și executările pornite împotriva debitoarei, precum și de a îngheța toate datoriile anterioare intrării în insolvență, pentru care a nu se va mai putea calcula penalități și accesorii.

Atât insolvența cât și mai ales perioada de observație au ca scop o analiză temeinică a posibilității reale a debitorului de a se reorganiza, în caz contrar urmând să intre în faliment.

Conform art. 75 alin. (1) din OUG nr. 85/2014 *„De la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acțiunile judiciare, extrajudiciare sau măsurile de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului. Valorificarea drepturilor acestora se poate face numai în cadrul procedurii insolvenței, prin depunerea cererilor de admitere a creanțelor.”* Suspendarea de drept a tuturor

acțiunilor judiciare și de executare silită are ca scop tocmai a da o șansă operatorului economic de a nu pierde bani, a nu fi executat, ci de a vedea dacă prin eşalonarea acestor creanțe, în etapa reorganizării judiciare, societatea poate să-și continue activitatea, în mod normal.

OUG 85/2014 face o diferențiere foarte clară între debitele pe care societatea în insolvență le avea anterior deschiderii procedurii și cele pe care le are ulterior deschiderii procedurii. Motivul pentru care se face această distincție este faptul că datoriile anterioare intrării în insolvență sunt cele care au cauzat insolvența și care trebuie reeșalonate în perioada de reorganizare, pentru ca societatea să aibă o șansă să supraviețuiască și să-și desfășoare activitatea, iar datoriile ulterioare deschiderii procedurii se consideră că vor fi mai mici, date fiind restricțiile impuse de legea insolvenței și vor trebui achitate de debitor în mod curent.

Contestatorul arată că un alt aspect foarte important este faptul că în perioada de observație societatea nu poate să-și plătească decât datoriile curente, cele de zi cu zi, și nu și cele anterioare deschiderii procedurii, a căror quantum se îngheață la data deschiderii procedurii și nu se mai calculează penalități de întârziere și accesorii. În acest sens, contestatorul reiterează prevederile art. 87 alin. (1) și 102 alin. (6) din OUG nr. 85/2014.

Invocând prevederile art. 84 alin. (1) din OUG nr. 85/2014, contestatorul arată că și în ipoteza în care societatea sa ar fi dorit să facă plata vreunei datorii anterioare deschiderii procedurii insolvenței era într-o imposibilitate obiectivă, absolută, pentru că o astfel de operațiune de plată era nulă de drept în temeiul art. 84.

Revenind la cauza de față, contestatorul arată faptul că datoriile înscrise în certificatele de atestare fiscală (respectiv cele incluse în Certificatul de atestare fiscală nr. ... și în Certificatul de atestare fiscală pentru persoanele juridice privind taxele și impozitele locale nr. ...), ce reprezintă datorii bugetare, sunt datorii anterioare deschiderii procedurii insolvenței, înghețate, înscrise la masa credală, astfel cum rezultă din documentele depuse, care în perioada de observație, în care se află societatea sa, nu puteau fi plătite, în mod legal, orice astfel de plată fiind nulă.

Motivul pentru care legea insolvenței a declarat plățile făcute de debitoare nule, pe perioada de observație, este tocmai să asigure protecție creditorilor care au creanțe privilegiate. Astfel, în această perioadă de observație societatea în insolvență nu va putea face nicio plată, până nu se aprobă planul de reorganizare, prin care este stabilită ordinea de prioritate a creanțelor, quantumul final al acestora și eşalonarea acestora la plată.

Contestatorul arată că perioada de observație are un caracter tranzitoriu, în care societatea determină quantumul total al tuturor datoriilor pe care le are, ce vor fi înscrise în tabelul final al creanțelor, la masa credală.

Contestatorul precizează că la data depunerii ofertelor, precum și la acest moment, 24.02....., societatea sa se află încă în perioada de

observație, astfel cum rezultă din înscrisuri, Buletinul insolvenței și contestațiile la creanțele înscrise la masa credală, pe care le anexează concluziilor scrise. Acest lucru înseamnă practic că încă nu s-au stabilit toate datoriile pe care societatea sa trebuie să le achite, motiv pentru care nu s-a putut stabilit încă eșalonarea tuturor datoriilor și planul de reorganizare. Această situație juridică nu este imputabilă societății sale, aceasta nu este culpabilă, ci este un pas normal în procedura insolvenței, pentru a se determina cuantumul total și corect al tuturor datoriilor ce vor fi achitate de societatea sa în etapa reorganizării.

Contestatorul arată că societatea sa a dat dovadă de bună credință, pe toată perioada de observație, achitându-și datoriile bugetare, ulterioare datei deschiderii procedurii insolvenței, data de 17.12.2014, a căror executare nu mai era suspendată, în condițiile art. 87 din OUG nr. 85/2014. În acest sens, contestatorul depune extrase de cont, în care a evidențiat plățile făcute de societatea sa spre bugetul de stat, reprezentând datorii curente pe care societatea sa le-a putut achita, nefiind suspendate, înghețate, precum sumele, rămășițe, incluse în certificatul de atestare fiscală, emis de ANAF și certificatul de taxe și impozite emis de Primăria

De asemenea, contestatorul arată că suma de 62.929 RON, cuprinsă în Certificatul de atestare fiscală nr. ..., este o datorie anterioară deschiderii procedurii insolvenței, înscrisă la masa credală, înghețată și imposibil de a fi achitată de debitoare în această perioadă de observație, plata putând fi făcută doar în faza de reorganizare. Faptul că suma de 62.929 RON a fost înscrisă la masa credală rezultă din adresa nr. ... Iași - AJFP, în care este menționat că suma de 62.929 RON a fost înscrisă la masa credală.

Totodată, contestatorul arată că suma de 17.135 RON, cuprinsă în Certificatul de atestare fiscală pentru persoanele juridice privind taxele și impozitele locale nr. ..., este o datorie anterioară deschiderii procedurii insolvenței, înscrisă la masa credală, înghețată și imposibil de a fi achitată de debitoare în această perioadă de observație, plata putând fi făcută doar în faza de reorganizare. Faptul că suma de 17.135 RON a fost înscrisă la masa credală rezultă din adresa nr. 16538/19.01.2015 - Serviciul juridic și de aplicare a legilor proprietății, reprezentând DECLARAȚIE DE CREANȚĂ pentru suma de 17.135 RON, drept înscriere la masa credală.

În continuare, contestatorul solicită Consiliului să rețină următoarele concluzii foarte importante pentru soluționarea prezentei cauze:

1. Societatea sa se află în procedura insolvenței, în perioada de observație și nu în perioada de reorganizare.

2. Creanțele menționate în Certificatul de atestare fiscală nr. ... și în Certificatul de atestare fiscală pentru persoanele juridice privind taxele și impozitele locale nr. ... nu sunt obligații exigibile și scadente în sensul cerinței de calificare nr. 2 din documentația de atribuire - având în vedere faptul că societatea sa nu avea dreptul să le plătească, orice astfel de plată fiind nulă în temeiul art. 84 din OUG nr. 85/2014.

3. Societatea sa era într-o imposibilitate absolută și obiectivă de a plăti sumele menționate la punctul 2, în perioada de observație.

4. Creanțele bugetare urmează a se eșalona și a deveni scadente doar în etapa reorganizării sau falimentului, la acest moment fiind suspendate de la plată prin efectul art. 75 din OUG nr. 85/2014.

5. Având în vedere faptul că din punct de vedere legal creanțele menționate în certificatele fiscale sunt suspendate, deci nu sunt nici scadente nici exigibile, contestatorul consideră că a îndeplinit pe deplin cerința de calificare nr. 2.

Contestatorul arată că cerința de calificare nr. 2, din documentația de atribuire, face referire la *"toate actele doveditoare obținute pentru înlesniri, eşalonări, etc la plată"*, ori termenul de înlesniri lato sensu se referă inclusiv la acele înlesniri oferite de legea insolvenței, care fac ca respectivele creanțe să nu fie nici scadente, nici exigibile, ci suspendate. Înlesnirea la plată la care se referă cerința nr. 2 din documentația de atribuire face ca societatea să nu fie obligată să plătească aceste sume la momentul depunerii ofertei, deci să nu aibă datorii, ceea ce reprezintă de fapt scopul urmărit de această cerință de calificare.

Având în vedere toate aceste aspecte, contestatorul solicită Consiliului să constate că societatea să îndeplinească la data depunerii ofertei toate condițiile impuse de cerința de calificare nr. 2 din documentația de atribuire, aceasta neînregistrând obligații scadente sau exigibile în luna anterioară celei în care este prevăzut termenul limită de depunere a ofertelor/candidaturilor.

Contestatorul arată că un ultim argument pe care dorește să-l aducă în atenția Consiliului este cel referitor la spiritul și litera art. 77 alin. (6) din OUG nr. 85/2014, conform căruia: *"art. 77 - (6) Debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii"*.

Contestatorul precizează că art. 77 alin. (6) din OUG nr. 85/2014 se referă la deschiderea procedurii, lato sensu, fără a se referi la o anumită etapă a procedurii insolvenței.

Astfel, în baza art. 77 alin. (6) din OUG nr. 85/2014, orice operator economic aflat în procedura insolvenței, indiferent că se află în perioada de observație, sau în etapa de reorganizare, nu poate fi împiedicat să participe la licitații.

Contestatorul arată că aici este elementul cel mai important ce trebuie înțeles de Consiliu, respectiv faptul că orice societate comercială, ce se va afla în insolvență în perioada de observație, va avea exact aceeași problemă ca și societatea sa, creanțe înghețate, înscrise la masa credală, care sunt suspendate și nu sunt nici scadente, nici exigibile și nu pot fi plătite în mod legal de către societate în perioada de observație, ci doar în etapa de reorganizare.

Contestatorul precizează că art. 77 alin. (6) din OUG nr. 85/2014 nu face distincție între perioada de observație sau etapa de reorganizare, ci impune o obligație absolută de a nu împiedica societățile în insolvență să participe la licitații, invocând în acest sens principiul de drept *unde legea nu distinge nici noi nu trebuie să distingem*.

Având în vedere această interpretare, contestatorul menționează că autoritatea contractantă a interpretat greșit acest articol, împiedicând societatea aflată în perioada de observație să participe la procedură, pentru că deși în mod legal datoriile societății sale sunt suspendate pe perioada de observație autoritatea contractantă a considerat că acestea

sunt scadente și exigibile. O astfel de interpretare este greșită și contrară literei și spiritului art. 77 alin. (6) din OUG nr. 85/2014, pentru că reține în mod nelegal și nejustificat sfera operatorilor economici aflați în insolvență, în perioada de observație, ce pot conform acestui text de lege să participe la licitații.

În concluzie, având în vedere toate aceste argumente, contestatorul consideră nelegală și netemeinică adresa nr. 718/03.02....., prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă și pe cale de consecință solicită Consiliului să admită contestația astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr..... înregistrată la Consiliu sub nr....., contestatorul răspunde la punctul de vedere nr..... formulat de autoritatea contractantă, solicitând admiterea contestației astfel cum aceasta a fost formulată.

I. Cu privire la interesul de a formula contestația

În conformitate cu prevederile art. 270 alin. (1) lit. d¹) din OUG nr. 34/2006, contestatorul învederează Consiliu că are un interes legitim în formularea contestației.

Astfel, potrivit art. 255 alin. (1) și alin. (2) din OUG nr. 34/2006, contestația poate fi introdusă de orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin persoana vătămată înțelegându-se orice operator economic care are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedura de atribuire.

Interesul constă în desemnarea drept câștigătoare a ofertei sale, ca urmare a unei evaluări legale, corecte și complete a ofertei sale. În ipoteza evaluării corecte a ofertei sale, există o șansă reală ca această ofertă să fie declarată câștigătoare a procedurii (având în vedere că oferta sa are prețul cel mai scăzut) și prin urmare, ca societatea sa să semneze contractul de achiziție publică cu autoritatea contractantă.

Având în vedere că respingerea ofertei sale a fost comunicată de autoritatea contractantă prin adresa nr. 718/03.02..... este neîndoielnic că societatea sa justifică un interes actual, personal și legitim în reevaluarea corectă și legală a ofertei depuse.

II. Cu privire la excepția autorității de lucru judecat și lipsei de obiect a contestației

1. Inexistența autorității de lucru judecat

Contestatorul arată că, contrar celor susținute de autoritatea contractantă prin punctul de vedere, criticile formulate prin contestație nu beneficiază de autoritate de lucru judecat.

În acest sens, contestatorul arată că dispozițiile art. 431 alin. (1) din Codul de procedura civilă prevăd că *„nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul aceleiași cauze și pentru același obiect”*.

Prin urmare, pentru a exista autoritate de lucru judecat, potrivit dispozițiilor antecitate, trebuie să existe tripla identitate de părți, de obiect și de cauză.

Cu privire la aceste elemente, se remarcă faptul că, în cauza de față:

- Nu există identitate de părți - în contestația care a format obiectul dosarului CNSC nr./..., calitatea de contestator a revenit ofertantului SA, în timp ce, în prezenta contestație, calitatea de contestator îi revine SC SRL, prin urmare, autoritatea de lucru judecat nu poate fi opusă de autoritatea contractantă întrucât SC SRL nu a avut aceeași situație juridică în contestația anterioară, din acest punct de vedere, admiterea excepției de lucru judecat ar lipsi SC SRL de garanțiile procedurale conferite de lege calității de reclamant/contestator.

- Nu există identitate de obiect - obiectul contestației care a format obiectul dosarului CNSC nr./... este diferit de obiectul prezentei contestații întrucât vizează acte diferite ale autorității contractante. În cauza de față, obiectul contestației este reprezentat de anularea comunicării rezultatului procedurii, prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă, pe când obiectul contestației anterioare a avut ca obiect anularea adresei nr. 9168/18.11.2015, anularea raportului procedurii de atribuire nr. 9132/18.11.2015 și a tuturor actelor subsecvente. Lipsa de identitate a obiectului se poate verifica prin simpla comparare a dispozitivului Deciziei CNSC cu obiectul prezentei contestații.

- Nu există identitate de cauză - cauza rezidă în fundamentul juridic al acțiunii și se materializează, practic, în situația de fapt calificată juridic. Distinct de cauza contestației anterioare, cauza prezentei contestații este reprezentată de descalificarea efectuată în mod arbitrar de către autoritatea contractantă, fără a parcurge, în prealabil, etapa reevaluării ofertei SC SRL, astfel cum impunea chiar Decizia CNSC. Deși contestația care a format obiectul dosarului CNSC nr./... a vizat și reevaluarea ofertei SC SRL, motivele care au stat la baza acestei contestații sunt diferite de motivele invocate de autoritatea contractantă pentru respingerea ofertei SC SRL. În continuare, contestatorul prezintă diferența dintre aceste motive:

„ofertantul SC SRL nu a declarat conform art. 181 din O.U.G nr. 34/2006, că și-a îndeplinit obligațiile de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale către bugetele componente ale bugetului general consolidat. Mai mult, a prezentat certificate de atestare fiscală cu datorii, fără nicio eşalonare la plată și fără niciun ordin de plată cu care s-au efectuat plățile pentru înlăturarea sau eşalonările la plată pentru bugetul de stat” (pagina 4 din contestația formulată de SA)	„- datoriile scadente la plată au data scadentei depășită și nu ați prezentat un document care să fie echivalent cu eşalonarea la plată a datoriilor scadente; - nu ați prezentat un plan de reorganizare care să stabilească ordinea de plată; - societatea se află în faza de admitere a cererii de insolvență fără o decizie finală a instanței privind admiterea reorganizării sau faliment; - nu este îndeplinită Cerința nr. 2 din documentele de calificare” (comunicare rezultatului procedurii)
---	---

Prin urmare, contestatorul precizează că atâta timp cât:

- la momentul formulării contestației care a format obiectul dosarului CNSC nr./... nu exista o decizie de respingere a ofertei sale fiind,

așadar, indubitabil că fiecare dintre cele două contestații vizează o măsură diferită a autorității contractante;

- motivele care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale i-au fost comunicate abia la data de 03.02....., prin comunicarea rezultatului procedurii, deci ulterior formulării primei contestații de către celălalt operator economic,

nu se poate pune problema existenței „lucrului judecat”, neexistând o judecată, un raționament juridic, asupra situației create prin comunicarea motivelor de respingere a ofertei sale care să nu mai poată face obiectul unei judecăți viitoare.

A admite că SC SRL nu este îndreptățită să solicite reevaluarea propriei oferte prin prisma motivelor invocate de autoritatea contractantă prin comunicarea rezultatului procedurii, ar conduce la încălcarea dreptului de a solicita anularea unui act nelegal al autorității contractante și astfel, dreptul la un remediu efectiv.

Contestatorul arată că prin prezenta contestație își exercită dreptul de a contesta actul vătămător emis de autoritatea contractantă, respectiv comunicarea rezultatului procedurii, în deplină conformitate cu prevederile art. 255 din OUG nr. 34/2006.

A aprecia ca SC SRL nu ar avea posibilitatea contestării actului vătămător, respectiv comunicarea rezultatului procedurii, ar echivala cu îngrădirea nejustificată a accesului la justiție, garantat de art. 21 din Constituție și de dispozițiile art. 255 din OUG nr. 34/2006. Este evident că SC SRL nu putea promova prezenta contestație anterior existenței unui interes real, născut și actual, respectiv anterior cunoașterii modalității de evaluare a ofertei și motivelor concrete care au stat la baza respingerii ofertei, acestea reprezentând premisa pentru însăși nașterea dreptului la acțiune.

Contestatorul arată că dreptul de a contesta respingerea propriei oferte este confirmat și de dispozițiile art. 206 alin. (1) și alin. (1¹) coroborate cu dispozițiile art. 207 alin. (2) lit. d) din OUG nr. 34/2006. Potrivit acestora:

- autoritatea contractantă are obligația de a informa operatorii economici implicați în procedura de atribuire cu privire la rezultatul procedurii de atribuire;

- prin operator economic interesat se înțelege orice ofertant pe care autoritatea contractantă nu l-a informat încă despre decizii care îi vizează direct oferta proprie sau orice ofertant care nu a fost încă respins definitiv de autoritatea contractantă; în acest sens, se menționează că „o respingere este considerată definitivă dacă a fost comunicată operatorului economic în cauză și fie a fost considerată legală de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sesizat în legătură cu acest aspect, fie nu a făcut ori nu mai poate face obiectul unei căi de atac”;

- odată cu informarea operatorilor economici implicați în procedura de atribuire cu privire la rezultatul procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a indica data-limită până la care aceștia au dreptul de a depune contestație.

Or, având în vedere că:

- respingerea ofertei sale nu putea fi considerată definitivă - respingerea ofertei sale nu a fost considerată legală de Consiliu, acesta nefiind investit să se pronunțe cu privire la legalitatea respingerii ofertei sale anterior depunerii prezentei contestații, respingerea nu a făcut obiectul unei căi de atac și nici nu se poate considera că nu mai poate face obiectul unei căi de atac, astfel cum a arătat anterior;

- autoritatea contractantă l-a informat în mod explicit prin comunicarea rezultatului procedurii cu privire la data-limită până la care are dreptul de a depune contestație, în deplină conformitate cu dispozițiile legale antecitate,

rezultă, fără putință de tăgadă, că societatea sa este pe deplin îndreptățită să promoveze prezenta contestație. Altminteri, dispozițiile antecitate ar fi lipsite de efecte juridice, reprezentând simple „forme fără fond”.

2. Inadmisibilitatea excepției lipsei obiectului contestației

Cât privește susținerile autorității contractante privind lipsa de obiect a contestației, contestatorul precizează că acestea nu pot fi reținute de Consiliu cât timp obiectul contestației vizează anularea comunicării rezultatului procedurii prin care autoritatea contractantă a respins, în mod nelegal, oferta sa.

Obiectul unei contestații reprezintă prestația concretă dedusă judecății, respectiv pretenția concretă a contestatorului. Or, cât timp actul nelegal atacat, respectiv comunicarea rezultatului procedurii, este în ființă și produce efecte, nu se poate pune problema lipsei obiectului contestației.

III. Cu privire la nelegalitatea și netemeinicia deciziei de respingere a ofertei sale

1. Lipsa unei evaluări efective a ofertei sale și încălcarea principiului asumării răspunderii

Contestatorul arată că, prin punctul de vedere, autoritatea contractantă susține că respingerea ofertei SC SRL este efectul însușirii de către comisia de evaluare a motivării, respectiv a argumentelor de fapt și de drept aduse de către Consiliu în Decizia nr. .../..... din data de 16.12.2015 (denumită în continuare „Decizia C.N.S.C.”).

În acest sens, contestatorul menționează că argumentele de fapt și de drept invocate de Consiliu prin decizia amintită nu reflectă, astfel cum pare să pretindă autoritatea contractantă, faptul că oferta SC SRL este inacceptabilă.

Dimpotrivă, din Decizia CNSC se desprinde concluzia că principalul argument care a stat la baza admiterii contestației formulate de ofertantul SA a fost reprezentat de faptul că decizia comisiei de evaluare privind admiterea ofertei SC SRL nu a fost fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei.

Astfel, verificarea ofertelor și fundamentarea deciziilor astfel adoptate reprezintă atributul exclusiv al comisiei de evaluare, potrivit dispozițiilor art. 72 alin. (2) lit. h) din HG nr. 925/2006.

Prin urmare, în adoptarea deciziei cu privire la oferta SC SRL, autoritatea contractantă nu se poate mărgini în a menționa „achiesarea” comisiei de evaluare la argumentele aduse de Consiliu. În virtutea obligației legale de evaluare a ofertei SC SRL și de motivare a eventualei decizii de respingere a acesteia, autoritatea contractantă era ținută la a evalua în mod efectiv această ofertă și, astfel cum s-a arătat prin Decizia CNSC, „sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente”.

Or, indicarea faptului că, în cauză, comisia de evaluare își însușește motivarea din Decizia CNSC, în contextul în care, astfel cum a arătat, această motivare nu conduce la concluzia inacceptabilității ofertei SC SRL, denotă lipsa realizării unei evaluări efective a acestei oferte de către comisia de evaluare.

Contestatorul arată că în strânsă legătură cu obligația comisiei de evaluare de a verifica ofertele și de a motiva orice decizii privind acceptarea/respingerea acestora este și principiul asumării răspunderii statuat la art. 2 alin. (2) lit. g) din OUG nr. 34/2006. Nemotivarea actului administrativ conduce, *per se*, la nulitatea acestuia.

Pentru fiecare decizie luată în legătură cu procedura de achiziție publică, autoritățile contractante trebuie să își asume răspunderea în sensul că trebuie să își motiveze decizia luată. După cum s-a arătat și în doctrina de specialitate, *„asumarea răspunderii pentru deciziile luate trebuie coroborată în fiecare moment al procedurii cu scopul și obiectul contractului de achiziție publică care urmează să fie încheiat”*.

Or, contrar principiului asumării răspunderii, autoritatea contractantă se mărginește să facă trimitere la Decizia CNSC, lipsind practic orice motivare a actului administrativ, fără o evaluare efectivă și temeinică a ofertei sale.

2. Lipsa adoptării unei atitudini proactive și diligente și încălcarea principiilor nediscriminării, tratamentului egal, proporționalității și eficienței utilizării fondurilor

Contestatorul arată că prin evaluarea superficială a ofertei sale și, pe cale de consecință, prin respingerea nelegală a acesteia, autoritatea contractantă:

- nu a dovedit o atitudine proactivă și diligentă; și
- a încălcat principiile nediscriminării, tratamentului egal, proporționalității și eficienței utilizării fondurilor.

Contestatorul precizează că a depus, ca parte a ofertei, o serie de documente care dovedeau faptul că sumele incluse în certificatele de atestare fiscală prezentate nu erau scadente în luna anterioară celei în care a fost prevăzut termenul limită de depunere a ofertelor, reprezentând, în fapt, creanțe bugetare:

- care nu ar fi putut fi achitate de societatea sa (față de interdicția expresă cuprinsă în art. 84 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență);
- a căror achitare nu ar fi putut fi pretinsă de organele competente (având în vedere că începând cu data deschiderii procedurii insolvenței se suspendă de drept toate acțiunile judiciare, extrajudiciare sau

măsurile de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului, potrivit art. 75 alin. (1) din Legea nr. 85/2014).

De asemenea, contestatorul arată că în măsura în care autoritatea contractantă avea nelămuriri cu privire la această situație de fapt incontestabilă, comisia de evaluare avea obligația să aplice dispozițiile art. 11 alin. (3) din OUG nr. 34/2006 și să solicite de la autoritățile publice competente detalii, precizări sau completări suplimentare care să confirme statutul creanțelor bugetare antemenționate.

Prin urmare, atât timp cât situația creată poate fi privită, cel mult, drept o incertitudine a autorității contractante cu privire la îndeplinirea cerinței din documentația de atribuire, comisia de evaluare avea obligația lămuririi tuturor aspectelor și de a se asigura de o eventuală neîndeplinire a cerinței de calificare, anterior adoptării măsurii abuzive de respingere a ofertei. Contestatorul arată că aceste concluzii au fost reținute și în jurisprudența instanțelor de judecată, invocând în acest sens decizia Curții de Apel Cluj nr.

Cu privire la faptul că în situația în care există incertitudini cu privire la admisibilitatea ofertei, dreptul autorității contractante de a solicita clarificări devine o obligație, contestatorul arată că este elocventă interpretarea Curții de Justiție a Uniunii Europene care a statuat că, în ipoteza în care termenii unei oferte și circumstanțele cunoscute de către autoritatea contractantă indică o anumită ambiguitate care are o explicație simplă și este aparent ușor de rezolvat (cum ar fi putut autoritatea contractantă să procedeze în situația de față, solicitând confirmări de la autoritățile competente), respingerea ofertei fără adresarea unei solicitări de clarificări este contrară cerințelor de bună administrare. O astfel de decizie riscă să fie afectată de o eroare vădită de apreciere din partea autorității contractante respective.

Contestatorul precizează că, pe lângă nelegalitatea evidentă a măsurii adoptate de autoritatea contractantă, aceasta a încălcat în mod grav și principiul proporționalității, prin aplicarea unei sancțiuni extrem de severe pentru aspecte ale ofertei ce ar fi putut fi clarificate cu ușurință, având în vedere situația incontestabilă a societății sale, aceea de a se afla în procedura insolvenței.

De asemenea, contestatorul arată că principiul proporționalității, care impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, presupune că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport de scopurile urmărite (Hotărârea Curții Europene de Justiție nr. C-157/96, National Farmers Union și alții, pct. 60).

Mai mult, contestatorul arată că starea de insolvență nu poate fi utilizată împotriva societății sale, fără ca, în acest mod, să fie încălcate și principiile nediscriminării și tratamentului egal, care se opun interpretării regulilor și cerințelor stabilite de autoritatea contractantă altfel decât în mod obiectiv. În acest sens, sunt relevante dispozițiile art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014 care prevăd că „debitorul aflat în procedura

insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii".

Contestatorul precizează că respingerea ofertei sale în condițiile expuse anterior conduce, astfel, la încălcarea principiilor statuate la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

3. Societatea sa a dovedit îndeplinirea Cerinței nr. 2 din Fișa de date a achiziției, prin prezentarea documentelor care atestă că datoriile nu erau exigibile, precum și a documentelor echivalente cu eşalonarea/înlesnirea la plată a datoriilor

Contestatorul menționează că a depus întocmai, conform cerințelor Fișei de date a achiziției, atât certificatele de atestare fiscală solicitate, precum și documente care atestă că exigibilitatea sumelor înscrise în aceste certificate a fost suspendată, având în vedere că societatea sa face obiectul procedurii speciale a insolvenței, aflându-se în perioada de observație conform dispozițiilor art. 5 alin. (1) pct. 42 din Legea nr. 85/2014.

Prin urmare, contestatorul precizează că, contrar motivului reținut de autoritatea contractantă pentru respingerea ofertei sale, datoriile menționate în certificatele de atestare prezentate nu pot fi considerate exigibile (exigibilitatea fiind suspendată), iar societatea sa a prezentat un „document care să fie echivalent cu eşalonarea la plată a datoriile scadente”.

În acest sens, contestatorul arată că a prezentat:

- atât documentul care atestă deschiderea procedurii insolvenței și faptul că societatea sa se află în perioada de observație (încheierea din 17.12.2014 pronunțată de Tribunalul în dosarul nr. ...);

- cât și documente care atestă înscrierea sumelor menționate în certificatele de atestare fiscală la masa credală,

care dovedesc faptul că sumele nu sunt datorate în prezent de către societatea sa, întrucât nici nu pot fi achitate de societatea sa și nici nu pot fi executate silit de către organele competente, fără încălcarea dispozițiilor imperative ale Legii nr. 85/2014, astfel cum a arătat anterior.

Contestatorul arată că, în pofida faptului că însăși autoritatea contractantă recunoaște că societatea sa putea depune și un „document care sa fie echivalent” cu eşalonarea/înlesnirea la plată a datoriilor scadente, aceasta nu a luat în considerare documentele echivalente prezentate de societatea sa.

Faptul că documentele prezentate sunt echivalente cu eşalonarea/înlesnirea la plată rezultă și din dispozițiile art. 114 alin. (2) din O.G. nr. 92/2003 privind Codul de procedura fiscală, potrivit căruia „prin excepție de la prevederile alin. (2²), în cazul în care debitorii beneficiază de înlesniri la plată potrivit reglementărilor legale în vigoare ori se află sub incidența Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, cu modificările și completările ulterioare, distribuirea sumelor achitate în contul unic se efectuează de către organul fiscal competent, potrivit ordinii prevăzute la art. 115 alin. (1) sau (3), după caz, indiferent de tipul de creanță”.

Prin urmare, în optica Codului de procedura fiscală, situația debitorilor care beneficiază de înlesniri la plată este echivalentă cu situația debitorilor aflați sub incidența legislației privind insolvența.

În ceea ce privește faptul că sumele în cauză nu erau exigibile la momentul depunerii ofertei, contestatorul arată că exigibilitatea creanțelor fiscale se determină în conformitate cu prevederile art. 111 alin. (1) din Codul de procedură fiscală, conform căruia *„creanțele fiscale sunt scadente la expirarea termenelor prevăzute de Codul fiscal sau de alte legi care le reglementează”*.

De asemenea, contestatorul arată că în doctrină s-a statuat în sensul că *„stabilirea termenului de plată are importanță sub aspectul exigibilității dreptului de a cere executarea silită și sub aspectul momentului de început al curgerii termenului de prescripție extinctivă a dreptului de a cere executarea silită”*. Prin urmare, împlinirea scadentei creanței fiscale îndreptățește organul fiscal să adopte măsuri coercitive pentru colectarea respectivelor creanțe care nu au fost achitate de bunăvoie de către contribuabil.

Mai mult, potrivit doctrinei de specialitate, cu privire la obligațiile fiscale suspendate la executare silită, s-a statuat în sensul că *„organul fiscal nu mai poate pretinde executarea obligației după împlinirea termenului legal de plată; ceea ce se traduce prin „amânarea” acestui termen”*. Amânarea termenului de plată, chiar dacă nu este definitivă, nu poate conduce în niciun caz la concluzia că respectivele obligații fiscale sunt exigibile, cât timp exigibilitatea determină, astfel cum a arătat anterior, posibilitatea organului fiscal de a cere executarea silită.

Or, cu privire la sumele înscrise în certificatele de atestare fiscală prezentate, contestatorul precizează că a dovedit, pe deplin, faptul că acestea reprezintă, în fapt, obligații fiscale suspendate la executare silită, în sensul că organele competente nu pot adopta nicio măsură coercitivă (executare silită) pentru colectarea acestora, data fiind perioada de observație în care se află societatea sa.

Prin urmare, rezultă fără putință de tăgadă că termenul legal de plată a acestor sume a fost amânat și prin urmare, a fost suspendat și caracterul exigibil al creanțelor bugetare în cauză.

Contestatorul arată că în același sens s-a pronunțat și Consiliul în jurisprudența sa anterioară (decizia CSNC publicată în Buletinul Oficial nr. 2410/2014): *„Așa cum rezultă din aceste texte de lege, sumele cu care ... figurează în evidențele fiscale la data de 31.05.2014 nu reprezintă obligații de plată exigibile, acestea fiind înscrise în tabelul preliminar al obligațiilor debitoarei... beneficiind de un regim juridic aparte. [...] Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită în parte contestația depusă de ... și să anuleze raportul procedurii și adresele de comunicare a rezultatului procedurii de achiziție publică, ca acte subsecvente ale raportului procedurii”*.

4. Inexistența planului de reorganizare și a deciziei finale privind admiterea reorganizării sau falimentului nu poate fi imputată societății sale

Contestatorul precizează că, așa cum a arătat pe larg în contestație, nu avea obligația și nici posibilitatea legală de a prezenta un plan de reorganizare sau o decizie finală privind admiterea reorganizării sau falimentului.

Astfel, nu pot fi sancționat pentru neprezentarea unor documente inexistente la momentul depunerii ofertei și imposibil de întocmit/procurat în virtutea Legii nr. 85/2014, față de stadiul actual al procedurii de insolvență - perioada de observație.

Lipsa planului de reorganizare și lipsa deciziei finale privind admiterea reorganizării sau falimentului nu îi poate fi imputată, cât timp atât întocmirea planului cât și pronunțarea deciziei sunt independente de voința sa, având un caracter obiectiv și de neînlăturat.

Nu în ultimul rând, contestatorul precizează faptul că aceste documente nu au fost solicitate prin Fișa de date a achiziției, pentru ipoteza în care ofertantul ar face obiectul legislației insolvenței.

Prin urmare, lipsa acestor documente nu poate constitui un motiv legal și temeinic pentru respingerea ofertei și se impune cenzurarea de către Consiliu a motivelor invocate în acest sens de autoritatea contractantă.

Pentru toate considerentele expuse atât prin contestație, cât și prin răspunsul la punctul de vedere, contestatorul solicită admiterea contestației.

În cererea de intervenție în interes propriu nr./..... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr./....., SC SA solicită:

- încuviințarea în principiu a cererii de intervenție în interes propriu având în vedere că există un drept propriu (având oferta declarată admisibilă de către autoritatea contractantă), pe care înțelege să îl apere, și în considerarea prevederilor art. 61 alin. (2) din Cod proc. Civ. admiterea acesteia;

- respingerea contestației formulată de SC SRL ca fiind nefondată;

- în subsidiar, în situația în care Consiliul va aprecia ca fiind inadmisibilă cererea de intervenție în interes propriu, admiterea cererii ca o intervenție accesorie, în interesul autorității contractante, în sensul prevăzut de art. 61 alin. (3) din Cod proc. Civ. - iar, pe fondul cauzei, respingerea ca nefondată a contestației formulată de SC SRL și menținerea ca temeinice și legale a raportului procedurii și a comunicărilor rezultatului procedurii.

Intervenientul învederează faptul că astfel cum este precizat în cadrul raportului procedurii de atribuire, oferta aparținând sa a fost desemnată câștigătoare a procedurii de atribuire, din această perspectivă, solicită Consiliului să aprecize că societatea sa respectă

principiul de drept potrivit căruia „*folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii judiciare trebuie să aparțină celui care recurge la acțiune*”.

Cu privire la motivele ce susțin respingerea contestației depuse de către SC SRL ca fiind nefondată:

Intervenientul arată că prin solicitarea de clarificări a autorității contractante, formulată în concordanță cu dispozițiile art. 201 din OUG nr. 34/2006 și art. 34 alin. (1) și art. 35 din HG nr. 925/2006, i s-a permis ofertantului SC SRL să redeponă un document (cerință minimă obligatorie) ce nu a fost prezentat în mod corespunzător la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor, respectiv declarația privind neîncadrarea în prevederile art. 181 din OUG nr. 34/2006.

Astfel, ofertantul SC SRL a prezentat în cadrul ofertei sale, documente de calificare, următoarele documente:

- Formularul B - Declarație privind situația personală (neîncadrarea în prevederile art. 181 a OUG nr. 34/2006) care nu era completat în conformitate cu formularul din documentația de atribuire, respectiv formularul prezentat nu includea punctele c) și e)

punctul c) „*mi-am îndeplinit obligațiile de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale către bugetele componente ale bugetului general consolidat, în conformitate cu prevederile legale în vigoare în România (sau în țara în care este stabilit)*”

punctul e) „*nu prezintă informații false sau nu prezintă informațiile solicitate de către autoritatea contractantă, în scopul demonstrării îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție*”;

- Certificatul de atestare fiscală nr. ... ce înregistrează datoriile către bugetele componente ale bugetului general consolidat al statului în suma de 62.929 lei;

- Adresa nr. în care este menționată că suma de 62.929 RON a fost înscrisă la masa credală;

- Certificatul de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele și taxele locale nr. ... ce înregistrează datoriile în suma de 16.797 lei;

- Adresa nr. ... reprezentând DECLARAȚIE DE CREDANȚĂ pentru suma de 17.135 RON, drept înscriere la masa credală.

În conformitate cu fișa de date a achiziției cap III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului a fost solicitat:

„Cerința 2

Neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG 34/2006, actualizată.

Modalitatea de îndeplinire

Declarație pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG 34/2006

- *completarea formularului B cu anexe:*

- *certificat fiscal privind îndeplinirea obligațiilor exigibile la plată a impozitelor și taxelor către stat și a contribuției pentru asigurările sociale de stat,*

- *certificat fiscal privind îndeplinirea obligațiilor exigibile la plată a impozitelor și taxelor locale.*

Din certificatele fiscale prezentate trebuie să reiasă că ofertantul/candidatul nu are datorii scadente în luna anterioară celei în care este prevăzut termenul limită de depunere a ofertelor/candidaturilor. Se vor prezenta, după caz, toate actele doveditoare obținute pentru înlesniri, eşalonări, etc. la plată și toate ordinele de plată cu care s-au efectuat plățile pentru înlesnirile sau eşalonările la plată pentru bugetul de stat, comisia având dreptul de a solicita originalele pentru confirmare".

Așa cum se poate observa, ofertantul SC SRL nu a declarat conform art. 181 din OUG nr. 34/2006, actualizată, că și-a îndeplinit îndeplinit obligațiile de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale către bugetele componente ale bugetului general consolidat. Mai mult decât atât, a prezentat certificatele de atestare fiscală cu datorii, fără nici o eşalonare la plată și fără nici un ordin de plată cu care s-au efectuat plățile pentru înlesnirile sau eşalonările la plată pentru bugetul de stat.

Ca atare, în această situație, autoritatea contractantă, conform legislației și Deciziei CNSC nr. .../...../16.12.2015, menținută prin Decizia Curții de Apel nr. .../28.01....., respectiv art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, a declarat oferta SC SRL ca fiind inacceptabilă întrucât nu îndeplinește cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire, și anume:

„- datoriile scadente la plată au data scadenței depășită și nu ați prezentat un document care să fie echivalent cu eşalonarea la plată a datoriilor,

- nu ați prezentat un plan de reorganizare care să stabilească ordinea de plată,

- societatea se află în faza de admitere a cererii de insolvență fără o decizie finală a instanței privind admiterea reorganizării sau faliment,

- nu este îndeplinită cerința nr. 2 din documentele de calificare".

Intervenientul arată că problema ce se impune a fi dezlegată este aceea dacă SC SRL, care a prezentat în cadrul ofertei depuse certificatele fiscale cu datorii, prezintă înlesniri la plată de genul eşalonărilor sau compensărilor, aprobate de organele competente în domeniu.

Astfel, potrivit cerinței din cadrul documentației de atribuire *„Din certificatele fiscale prezentate trebuie să reiasă că ofertantul/candidatul nu are datorii scadente în luna anterioară celei în care este prevăzut termenul limită de depunere a ofertelor/candidaturilor. Se vor prezenta, după caz, toate actele doveditoare obținute pentru înlesniri, eşalonări, etc. la plată și toate ordinele de plată cu care s-au efectuat plățile pentru înlesnirile sau eşalonările la plată pentru bugetul de stat, comisia având dreptul de a solicita originalele pentru confirmare".*

La solicitarea adresată de comisia de evaluare, respectiv „Dumneavoastră ați depus aceste certificate cu datorii, neprezentând acte doveditoare obținute pentru înlesniri sau eşalonări la plată. Vă rugăm să justificați nerespectarea acestei cerințe" de justificare a datoriilor care apar în certificatele fiscale, SC SRL s-a limitat să

menționeze aspectele legate de posibilitatea debitorului aflat în procedura insolvenței de a participa la proceduri de achiziție publică și aspecte legate de faptul că în perioada de observație, debitorul va putea să continue desfășurarea activităților curente și poate efectua plăți către creditorii cunoscuți.

Astfel, SC SRL a concluzionat în actul de răspuns faptul că „certIFICATELE depuse în cadrul documentației de societatea noastră atestă faptul că societatea noastră nu are nici o datorie scadentă în luna anterioară depunerii ofertei”.

În aprecierea acestei finalități, SC SRL, are în vedere „că între datorii curente și datorii născute înainte de data intrării în insolvență Legea nr. 85/2014 face distincție”.

Intervenientul arată că un aspect demn de reținut în soluționare este faptul că SC SRL concluzionează în actul de răspuns că Tribunalul a luat act de intenția de reorganizare a debitoarei, pe bază de plan de reorganizare, fapt ce probează, în mod idubitabil că, procesul în cauză se află încă în faza de analiză, neexistând încă o decizie cu privire la eşalonarea sau nu a datoriilor SC SRL.

De asemenea, intervenientul arată că *„O societate odată intrată în insolvență are dreptul să achite datoriile sale anterioare doar în anumite condiții, cu respectarea ordinii și a procedurilor prevăzute de lege. După deschiderea procedurii insolvenței împotriva sa, debitoarea (societatea) poate desfășura activități sale curente și efectua plăți către creditorii cunoscuți care se încadrează în condițiile obișnuite de exercitare a respectivei activități curente. Achitarea creanțelor născute anterior deschiderii procedurii e posibilă fie în reorganizare: conform programului de plăți confirmat, fie în faliment: cu respectarea ordinii stabilite de Legea nr. 85/2014”.*

Având în vedere cadrul juridic anterior invocat, intervenientul solicită Consiliului să ia în considerare faptul că sunt adevărate aspectele vizavi de faptul că „Tribunalul a luat act de intenția de reorganizare a debitoarei, pe bază de plan de reorganizare. Atât la data deschiderii ofertelor cât și la data prezentei societatea noastră se află și se află în perioada de observație” însă în cazul analizat SC SRL nu a depus niciun document care să rezulte că acesta se află în situația prevăzută la Secțiunea a -6- a Reorganizare - Plan, din legea nr. 85/2014, respectiv că a elaborat planul de reorganizare care a fost aprobat și publicat în Monitorul Oficial al României, Partea a-IV-a și că acesta a fost confirmat, potrivit dispozițiilor art. 139 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, facându-se vorbire doar despre intenția de reorganizare. Mai mult, intervenientul arată că potrivit celor precizate pe Portalul Tribunalul în dosarul nr. ..., următoarea ședință a fost programată pe data de 06.04....., cauza fiind amânată.

În continuare, intervenientul arată că prin decizia CNSC nr. .../...../16.12.2015, menținută prin decizia Curții de Apel nr. .../28.01....., în mod legal și fundamentat: «...raportat la răspunsul furnizat de S.C. S.R.L. Consiliul apreciază că incidența prevederilor art. 79 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 față de oferta S.C. S.R.L. devine evidentă; în opinia Consiliului, obligarea autorității contractante la o nouă rundă de clarificări nu ar face decât, pe

de-o parte, să prelungească, în mod nejustificat, această procedură, iar, pe de altă parte, ar conduce la nerespectarea dispozițiilor art. 201 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, care stipulează că „autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”. În concluzie, se constată că evaluarea realizată de autoritate a înregistrat abateri de la cadrul legal, motiv pentru care se impune reevaluarea ofertei declarate câștigătoare cu privire la aspectul în referință, pentru a permite realizarea unei evaluări obiective a ofertei».

Ca atare, opinia contestatorului SC SRL „fără a clarifica aspectele reținute în culpa societății SRL autoritatea contractantă emite adresa nr. 718/03.02....., adresă prin care oferta societății noastre este considerată inacceptabilă...” este nefundamentată, întrucât așa cum se observă din textul antecitat, CNSC prin Decizia nr. .../...../16.12.2015, menținută prin decizia Curții de Apel nr. .../..... 28.01....., a subliniat în mod clar și fără nici un dubiu faptul că: „În opinia Consiliului, obligarea autorității contractante la o nouă rundă de clarificări nu ar face decât, pe de-o parte, să prelungească, în mod nejustificat, această procedură, iar, pe de altă parte, ar conduce la nerespectarea dispozițiilor art. 201 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, care stipulează că „autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”.

Astfel, având în vedere prevederile art. 34 alin. (1) din HG nr. 925/2006, se constată că membrii comisiei de evaluare au ținut cont în etapa de reevaluare a ofertelor de cerințele obligatorii solicitate prin fișa de date a achiziției.

Intervenientul precizează că raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare prin documentele prezentate de ofertanți, din punct de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor minime din fișa de date, așa cum este prevăzut la art. 72 alin. (2) lit. b) din HG nr. 925/2006, se constată că această verificare în etapa de reevaluare a ofertelor s-a făcut cu respectarea legislației în domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorului nu sunt întemeiate.

Autoritatea contractantă și-a exercitat atribuțiile în etapa de reevaluare a ofertelor, în cadrul legal cu respectarea principiilor proporționalității, nediscriminării și tratamentului egal, conform art. 2 din OUG nr. 34/2006, întrucât aceasta avea obligația de a constata că ofertei SC SRL îi sunt incidente dispozițiile art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, conform cărora oferta SC SRL este considerată inacceptabilă, fiind depusă de un ofertant care nu îndeplinește cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire, așa cum a fost indicat de altfel și prin Decizia CNSC nr. .../...../16.12.2015, menținută prin decizia Curții de Apel nr. .../28.01.....

Intervenientul arată că afirmațiile SC SRL „...suma de 17.135 RON solicitată drept înscriere la masa credală este mai mare decât suma de 16.797 înscrisă drept datorii în coloana „Rămășiță”. Se

observă că sumele de 9.989 RON și 4.824 RON corespund declarației de creanță aferentă „impozit clădiri,” și „mijloace de transport”. Suma aferentă „taxei de salubritate” de 2.322 RON apare în declarația de creanță dar în certificat este trecută suma de 1.984 RON în coloana „Rămășiță”, reprezintă chiar recunoașterea faptului că înregistrează datorii, desigur însoțind această recunoaștere de diverse explicații lipsite de orice relevanță nu numai în raport cu cerința formulată în documentația de atribuire, dar și în raport cu dispozițiile legale exhibate de SC SRL.

Dispozițiile art. 114 alin. (2)⁷ și art. 115 alin. (1) sau (3) C. proc. fiscală nu pot fi considerate drept modificare a scadenței obligațiilor către bugetul de stat, ci au rolul de a stabili ordinea de stingere a acestora.

Este relevant, în acest sens, art. 115 alin. (3) C. proc. fiscală, textul respectiv vorbește de obligații fiscale datorate și neachitate la scadență, și nu de o nouă scadență viitoare. Ordinea de stingere a creanțelor are cu totul alt scop, respectiv acela de a face cât mai puțin oneroasă pentru debitor plata creanțelor respective. Astfel, creanțele născute înaintea deschiderii procedurii, se află la poziția c) în ordinea creanțelor, deși sunt mai vechi decât obligațiile fiscale cu termene de plată după data deschiderii procedurii insolvenței. Rațiunea legii este aceea că la aceste creanțe născute înainte de deschiderea procedurii nu se mai adaugă accesorii (Art. 80 Legea 85/2014), în schimb, la cele ulterioare, se adaugă accesoriile respective. De asemenea, rata de plată conform planului de reorganizare se află în fața creanțelor mai vechi, deoarece succesul planului este vital pentru continuarea activității operatorului economic.

Mai mult, chiar definiția insolvenței astfel cum este aceasta prevăzută la art. 5 din Legea nr. 85/2014 lasă loc concluziei conform căreia avem de-a face cu creanțe deja scadente, și nu cu o scadență viitoare: *„insolvența este acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide și exigibile, astfel:*

a) insolvența debitorului se prezumă atunci când acesta, după 60 de zile de la scadență, nu a plătit datoria sa față de creditor; prezumția este relativă;

b) insolvența este iminentă atunci când se dovedește că debitorul nu va putea plăti la scadență datoriile exigibile angajate, cu fondurile bănești disponibile la data scadenței”.

Intervenientul arată că în acest sens este și practica judecătorească, relevantă fiind decizia civilă nr. 1 din 7 ianuarie 2013 a Curții de Apel Timișoara, Secția de contencios administrativ și fiscal.

Chiar dacă, în situația de speță, quantumul creanțelor statului nu este de acest nivel, este de remarcat că acesta este totuși important, respectiv 62.929 lei și 16.797 lei, fiind corect reținut de autoritate drept motiv de respingere a ofertei contestatorului.

În acest sens, se consideră că autoritatea contractantă în baza deciziei CNSC nr. .../...../16.12.2015, menținută prin decizia Curții de Apel nr. .../28.01....., a depus toate diligențele pentru

efectuarea unei analize corecte și în cadrul legal al ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, respectiv de a aplica principiile consacrate de art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006: nediscriminarea, tratamentul egal, eficiența utilizării fondurilor, asumarea răspunderii.

Prin adresa nr..... înregistrată la Consiliu sub nr....., contestatorul formulează concluzii scrise în urma studierii dosarului și răspuns la cererea de intervenție, solicitând admiterea contestației, astfel cum aceasta a fost formulată.

I. Precizări prealabile cu privire la cererea de intervenție

Pe de o parte, contestatorul solicită Consiliului să observe faptul că în cadrul cererii de intervenție, intervenientul reia cu titlu general motivarea Consiliului din Decizia CNSC nr. .../...../16.12..... fără a răspunde însă în concret argumentelor prezentate prin contestație. Este evident, așadar, ca intervenientul nu are niciun contraargument concret cu privire la aspectele care demonstrează caracterul abuziv și nelegal al măsurilor adoptate de autoritatea contractantă pe parcursul reevaluării ofertelor.

Pe de altă parte, contestatorul învederează Consiliului faptul că modalitatea trunchiată de prezentare a informațiilor și trimiterile intervenientului la decizia CNSC în susținerea inacceptabilității ofertei sale nu pot fi reținute, fiind lipsite de fundament.

Astfel cum a demonstrat pe larg în cadrul răspunsului nr. 1673/25.02..... la punctul de vedere al autorității contractante, criticile formulate prin contestație nu beneficiază de autoritate de lucru judecat, dat fiind că nu există identitate de părți, obiect și de cauză între prezentul dosar și dosarul ce a fost soluționat prin decizia CNSC.

De altfel, se observă că în mod voit intervenientul încearcă să inducă existența unei similitudini în ceea ce privește obiectul prezentei contestații și obiectul contestației soluționate prin decizia CNSC, în momentul în care prezintă în mod trunchiat și distorsionat situația de fapt.

Astfel, alegațiile intervenientului în sensul că autoritatea contractantă ar fi declarat oferta SC SRL ca inacceptabilă ca urmare a faptului că „nu a declarat conform art. 181 din OUG 34/2006 actualizată, că și-a îndeplinit obligațiile de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale către bugetele componente ale bugetului generai consolidat”, sunt simple afirmații nefondate, contrazise de documentele aflate la dosarul achiziției publice.

În acest sens, contestatorul arată că în ceea ce privește documentul „Declarație pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG 34/2006 - formular B" depus de societatea sa, atât în raportul procedurii nr. 703/01.02..... (pagina 45), cât și în procesul-verbal de analiză a documentelor de calificare după decizia CNSC nr. ... (pagina 3), s-a menționat în mod explicit „cerința îndeplinită”.

II. Cu privire la nelegalitatea și netemeinicia deciziei de respingere a ofertei sale

1. Lipsa unei evaluări efective a ofertei sale și încălcarea principiului asumării răspunderii

Contestatorul arată că prin cererea de intervenție, similar susținerilor autorității contractante, intervenientul pretinde că respingerea ofertei SC SRL este efectul însușirii de către comisia de evaluare a motivării, respectiv a argumentelor de fapt și de drept aduse de către Consiliu în Decizia CNSC „ca atare, în această situație, autoritatea contractantă, conform legislației și Deciziei CNSC nr. .../....., din 16.12.2015, dosar ... menținută prin Decizia Curții de Apele Hotărârea nr. .../..... 28.01....., respectiv art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, a declarat oferta SC SRL ca fiind INACCEPTABILĂ întrucât nu îndeplinește cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire [...]”.

Contestatorul precizează că, astfel cum a aratat și prin răspunsul la punctul de vedere al autorității contractante, argumentele de fapt și de drept invocate de Consiliu prin decizia amintită nu reflectă faptul că oferta sa este inacceptabilă.

Dimpotrivă, din Decizia CNSC se desprinde concluzia că principalul argument care a stat la baza admiterii contestației formulate de a fost reprezentat de faptul că decizia comisiei de evaluare privind admiterea ofertei SC SRL nu a fost fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei.

Astfel cum a demonstrat, comisia de evaluare avea obligația de a efectua evaluarea propriu zisă a ofertei SC SRL în temeiul principiului asumării răspunderii, fiind inadmisibil ca oferta să fie respinsă prin „achiesarea” comisiei de evaluare la argumentele aduse de Consiliu.

Contestatorul arată că potrivit art. 2 alin. (4) din HG nr. 925/2006, *„autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor aplicabile”*. Responsabilitatea autorității contractante este statuată și prin art. 6 din OUG nr. 30/2006 privind funcția de verificare a aspectelor procedurale aferente procesului de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii.

Pornind de la aceste dispoziții legale clare, care reflectă principiul asumării răspunderii de către autoritatea contractantă, contestatorul arată că în doctrina de specialitate s-a reținut că *„asumarea răspunderii, concepută ca principiu, ar trebui să concretizeze interdicția autorității contractante de a „arunca” vina pe altcineva pentru faptele sale; de a se eschiva răspunderii ce-i revine; pe de o parte, iar pe de altă parte; obligația de a își recunoaște aceste fapte (eventual greșeli) și de a își face autocritica [...]”*.

Or, astfel cum rezultă din raportul procedurii nr. 703/01.02..... (pagina 45), precum și din procesul-verbal de analiză a documentelor de calificare după decizia CNSC nr. .../23.12.2015 (pagina 4), autoritatea contractantă nu a reevaluat oferta SC SRL, ci s-a mulțumit să o respingă „conform deciziei CNSC.

Prin urmare, contrar principiului asumării răspunderii prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. g) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă nu a evaluat în mod efectiv oferta SC SRL, deși prin decizia CNSC

autoritatea contractantă era ținută la reevaluarea ofertei „sub toate aspectele acesteia; și pe probe concludente”.

2. Lipsa adoptării unei atitudini proactive și diligente și încălcarea principiilor nediscriminării, tratamentului egal, proporționalității și eficienței utilizării fondurilor

Contestatorul precizează că, așa cum a arătat prin răspunsul la punctul de vedere al autorității contractante, prin evaluarea superficială a ofertei sale și, pe cale de consecință, prin respingerea nelegală a acesteia, autoritatea contractantă:

- nu a dovedit o atitudine proactivă și diligentă; și
- a încălcat principiile în materia achizițiilor publice.

În primul rând, contestatorul menționează că, astfel cum a demonstrat prin intermediul documentelor depuse la dosarul cauzei, în măsura în care autoritatea contractantă avea nelămuriri în ceea ce privește admisibilitatea ofertei, comisia de evaluare avea obligația de a adopta o atitudine proactivă, diligentă, în sensul solicitării de clarificări și de informații suplimentare cu privire la presupusele neclarități.

Contestatorul arată că obligația comisiei de evaluare de a solicita clarificări în astfel de ipoteze a fost reținută și în jurisprudența Consiliului, invocând în acest sens decizia CNSC publicată în Buletinul Oficial nr. 0253/2014.

De asemenea, contestatorul arată că însăși decizia CNSC (pagina 27) menționează că *"Jurisprudența Consiliului este constantă în sensul că orice decizie a autorității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia și pe probe concludente; iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte - care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei"*.

În al doilea rând, în opinia contestatorului nici susținerile intervenientului privind respectarea principiilor proporționalității, nediscriminării și tratamentului egal nu pot fi reținute, dat fiind că astfel cum a demonstrat anterior, prin respingerea ofertei sale, autoritatea contractantă a încălcat principiile ce stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică.

Contestatorul precizează că starea de insolvență nu poate fi utilizată împotriva societății sale, în contextul în care:

- art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014 menționează că *„debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii”,*

- art. 341 din Legea nr. 85/2014 prevede că *„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 arată că relevantă în acest sens este și interpretarea instanțelor de judecată, din care amintește, cu titlu exemplificativ Decizia civilă nr. 4024 din 16 septembrie 2013 a Curții de Apel Galați: *„situația că un operator economic se află în procedura insolvenței nu este un*

impediment în a participa și chiar a deveni semnatar de contract, având în vedere chiar dispozițiile art. 181 invocate de petenta [...] O societate ajunsă în stare de insolvență are posibilitatea, dacă întrunește anumite condiții expres prevăzute de lege, să intre într-o fază de reorganizare a activității, pe baza unui plan aprobat de creditorii și confirmat de judecătorul-sindic. Dacă activitatea astfel reorganizată este profitabilă și permite plata tuturor creanțelor; conform termenilor și condițiilor stabiliți în plan, atunci respectiva societate iese din starea de insolvență, își menține personalitatea juridică, urmând să își desfășoare activitatea în continuare fără intervenția administratorului judiciar sau a judecătorului-sindic. [...] Astfel este protejată societatea care se află într-o situație dificilă din punct de vedere economic și ajutată să se redreseze".

Mai mult, contestatorul precizează că este inacceptabilă interpretarea dispozițiilor legale în materie ca fiind de natură a crea o situație mai dezavantajoasă unui debitor aflat în perioada de observație (o fază incipientă a procedurii insolvenței), față de debitorul aflat în reorganizare (o fază mai avansată a procedurii insolvenței).

3. Societatea sa a dovedit îndeplinirea cerinței nr. 2 din fișa de date a achiziției, prin prezentarea documentelor care atestă că datoriile nu erau exigibile, precum și a documentelor echivalente cu eşalonarea/înlesnirea la plată a datoriilor

Contestatorul menționează că, astfel cum a demonstrat pe larg în cadrul documentelor depuse în prezentul dosar, societatea sa a dovedit îndeplinirea cerinței nr. 2 din fișa de date a achiziției, prin prezentarea documentelor care atestă că datoriile nu erau exigibile, precum și a documentelor echivalente cu eşalonarea/înlesnirea la plată a datoriilor.

Prin urmare, susținerile intervenientului privind inacceptabilitatea ofertei SC SRL nu pot fi reținute, având în vedere următoarele:

- SC SRL a depus întocmai, conform cerințelor fișei de date a achiziției certificatele de atestare fiscală solicitate, precum și documente care atestă că exigibilitatea sumelor înscrise în aceste certificate a fost suspendată, având în vedere că SC SRL face obiectul procedurii speciale a insolvenței, aflându-se în perioada de observație conform dispozițiilor art. 5 alin. (1) pct. 42 din Legea nr. 85/2014; astfel, datoriile menționate în certificatele de atestare prezentate nu pot fi considerate exigibile (exigibilitatea fiind suspendată), iar SC SRL a prezentat un „document care să fie echivalent cu eşalonarea la plată a datoriile scadente”;

- faptul că documentele prezentate sunt echivalente cu eşalonarea/înlesnirea la plată rezultă și din dispozițiile art. 114 alin. (2⁷) din Codul de procedura fiscală potrivit căruia „*prin excepție de la prevederile alin. (22), în cazul în care debitorii beneficiază de înlesniri la plată potrivit reglementărilor legale în vigoare ori se află sub incidența Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, cu modificările și completările ulterioare, distribuirea sumelor achitate în contul unic se efectuează de către organul fiscal competent, potrivit ordinii prevăzute la art. 115 alin. (1) sau (3), după caz, indiferent de tipul de creanță*”; prin urmare, în optica Codului de procedură fiscală, situația debitorilor care

beneficiază de înlesniri la plată este echivalentă cu situația debitorilor aflați sub incidența legislației privind insolvența;

- exigibilitatea creanțelor fiscale se determină în conformitate cu prevederile art. 111 alin. (1) din Codul de procedură fiscală, care marchează momentul de la care organul fiscal devine îndreptățit să solicite executarea silită a creanțelor; or, cu privire la sumele înscrise în certificatele de atestare fiscală prezentate, SC SRL a dovedit, pe deplin, faptul că acestea reprezintă, în fapt, obligații fiscale suspendate la executare silită, în sensul că organele competente nu pot adopta nicio măsură coercitivă (executare silită) pentru colectarea acestora, dată fiind perioada de observație în care se află; prin urmare, rezultă fără putință de tăgadă că termenul legal de plată a acestor sume a fost amânat și prin urmare, a fost suspendat și caracterul exigibil al creanțelor bugetare în cauză.

4. Inexistența planului de reorganizare și a deciziei finale privind admiterea reorganizării sau falimentului nu poate fi imputată societății sale

În ceea ce privește susținerea intervenientului potrivit căreia SC SRL nu a depus niciun document din care să rezulte că se află în "situația prevăzută la Secțiunea a -6- a Reorganizare-Plan, din legea nr. 85/2014, respectiv că a elaborat planul de reorganizare care a fost aprobat și publicat în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a și că acesta a fost confirmat", contestatorul subliniază, încă o dată, faptul că nu avea obligația și nici posibilitatea legală de a prezenta un plan de reorganizare sau o decizie finală privind admiterea reorganizării sau falimentului.

Pe de o parte, lipsa planului de reorganizare și lipsa deciziei finale privind admiterea reorganizării sau falimentului nu poate fi imputată societății sale, cât timp atât întocmirea planului cât și pronunțarea deciziei sunt independente de voința sa, având un caracter obiectiv și de neînlăturat,

Pe de altă parte, aceste documente nu au fost solicitate prin fișa de date a achiziției, pentru ipoteza în care ofertantul ar face obiectul legislației insolvenței. Excluderea ofertei sale pentru nedepunerea acestor documente este de natură a încălca flagrant legislația achizițiilor publice și, cu precădere: art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, art. 11 alin. (1) din HG nr. 925/2006, art. 2 alin. (2) lit. d) din OUG nr. 34/2006, art. 179 alin. (4) din OUG nr. 34/2006.

Contestatorul precizează că, în măsura în care înțelegea să impună prezentarea acestor documente de către ofertanții care fac obiectul legislației insolvenței, autoritatea contractantă avea obligația de a le menționa în mod corespunzător în documentația de atribuire. O interpretare contrară ar permite autorității contractante să se prevaleze de propria culpă (fapt care contravine principiului *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* - „nimeni nu poate invoca în susținerea intereselor sale propria sa culpă”) și de nerespectarea unei obligații legale, tocmai pentru a elimina în mod arbitrar din competiție oferta sa.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online, pentru atribuirea contractului de achiziție

publică de servicii, având ca obiect „.....”, cod CPV 50232100-1, 50232110-4. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr./....., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Potrivit Procesului-verbal nr. 6321/10.08.2015 al ședinței de deschidere a ofertelor, au depus ofertă un număr de 5 operatori economici. În urma analizării și evaluării ofertelor depuse, 4 dintre cele 5 oferte au fost declarate admisibile, oferta depusă de SC SRL a fost declarată câștigătoare, iar oferta depusă de SC SA s-a clasat pe locul al doilea, în urma aplicării criteriului de atribuire, toate aceste aspecte fiind consemnate în cadrul Raportului procedurii de atribuire nr. 1932/18.11.2015.

Împotriva raportului procedurii, înregistrat sub nr. 9132/18.11.2015, respectiv împotriva comunicării nr. 9168/18.11.2015, SC SA a formulat contestația ce a format obiectul dosarului nr./2015 soluționată prin decizia CNSC nr. .../...../16.12.2015, prin care:

- s-a admis contestația formulată de către SC SA,
- pe cale de consecință, s-a respins cererea de intervenție formulată de SC SRL;
- s-a anulat raportul procedurii și adresele de comunicare a rezultatului procedurii de achiziție publică, ca acte subsecvente ale raportului procedurii;
- s-a obligat autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reevalueze oferta depusă de SC SRL, cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, a dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare.
- s-a dispus continuarea procedurii de achiziție publică, cu respectarea celor decise anterior.

Decizia CNSC nr. .../...../16.12.2015 a fost atacată cu plângere la Curtea de Apel de către SC SRL, iar Curtea, prin decizia nr. .../28.01..... pronunțată în dosarul nr. ..., a respins plângerea ca nefondată.

Autoritatea contractantă în urma deciziei CNSC nr. .../...../16.12.2015 a întocmit un nou raport al procedurii înregistrat sub nr. 703/01.02....., în care s-a consemnat respingerea ofertei depusă de SC SRL, admisibilitatea celorlalte trei oferte, precum și desemnarea ofertei depusă de SC SA ca fiind câștigătorea procedurii, cu o propunere financiară de 389.258,54 lei, fără TVA.

Împotriva adresei nr. 718/03.02..... reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, SC SRL a formulat contestația care formează obiectul dosarului nr./.....

În temeiul art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, Consiliul procedează la analizarea excepției autorității de lucru judecat, invocată de autoritatea contractantă, pe care urmează să o respingă ca nefondată, motivat de faptul că nu este îndeplinită tripla identitate impusă de art. 431 alin. (1) din Noul Cod de Procedură Civilă, care

dispune că „*Nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul aceleiași cauze și pentru același obiect*”.

Astfel, Consiliul reține că deși sunt aceleași părți ele se află în poziții procesuale diferite, iar în raport de actul atacat și obiectul diferă.

În ceea ce privește excepția lipsei de obiect a contestației, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul constată netemeinicia acesteia, în măsura în care, din analiza contestației rezultă că aceasta are, în mod evident, obiect, respectiv anularea adresei nr. 718/03.02..... privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, fiind astfel îndeplinite dispozițiile art. 270 alin. (1) lit. d) din OUG nr. 34/2006, raportat la cele ale art. 255 alin. (1) din același act normativ.

În ceea ce privește fondul cauzei, analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează a respinge ca nefondată contestația SC SRL pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Prin adresa nr.718/03.02..... de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă a comunicat contestatorului faptul că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, potrivit dispozițiilor art.36 alin. (1) lit b) din HG nr.925/2006, cu modificările și completările ulterioare, respectiv nu a îndeplinit cerința 2 din fișa de date a achiziției: „Neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG 34/2006, actualizată.

Modalitatea de îndeplinire:

Declarație pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG 34/2006 - completarea formularului B cu anexe:

- certificat fiscal privind îndeplinirea obligațiilor exigibile la plata a impozitelor și taxelor către stat și a contribuției pentru asigurările sociale de stat,

- certificat fiscal privind îndeplinirea obligațiilor exigibile la plata a impozitelor și taxelor locale.

Din certificatele fiscale prezentate trebuie să reiasă că ofertantul/candidatul nu are datorii scadente în luna anterioară celei în care este prevăzut termenul limită de depunere a ofertelor/candidaturilor. Se vor prezenta, după caz, toate actele doveditoare obținute pentru înlesniri, eşalonări, etc. la plata și toate ordinele de plată cu care s-au efectuat plățile pentru înlesnirile sau eşalonările la plată pentru bugetul de stat, comisia având dreptul de a solicita originalele pentru confirmare”.

Potrivit dispozițiilor art. 181 lit.c) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, „*Autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situații:.....*

c) nu și-a îndeplinit obligațiile de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale către bugetele componente ale

bugetului general consolidat, în conformitate cu prevederile legale în vigoare în România sau în țara în care este stabilit.”

Potrivit documentelor aflate la dosarul prezentei cauze, Consiliul reține că, în fapt, oferta contestatorului a fost respinsă întrucât aceasta, potrivit certificatelor fiscale prezentate, avea datorii la bugetele componente ale bugetului general consolidat, societatea comercială aflându-se în insolvență. Neîndeplinirea cerinței minime de calificare și, implicit existența datoriilor, a fost stabilită anterior de CNSC prin decizia nr. .../...../16.12.2015 și decizia Curții de Apel nr. .../28.01.....

Contrar afirmațiilor contestatorului, decizia de respingere a ofertei sale pentru motivele comunicate în adresa nr. 718/03.02..... a fost luată de autoritatea contractantă, tocmai în aplicarea deciziilor organismului administrativ-jurisdicțional și al instanței de control judiciar competentă. Astfel, în considerentele deciziei CNSC nr. .../...../16.12.2015, au fost reținute următoarele:

„De altfel, Consiliul apreciază ca raportat la răspunsul furnizat de S.C. S.R.L. Consiliul apreciază că incidența prevederilor art. 79 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 față de oferta S.C. S.R.L. devine evidentă; în opinia Consiliului, obligarea autorității contractante la o nouă rundă de clarificări nu ar face decât, pe de-o parte, să prelungească, în mod nejustificat, această procedură, iar, pe de altă parte, ar conduce la nerespectarea dispozițiilor art. 201 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, care stipulează că „autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”.

În concluzie, se constată că evaluarea realizată de autoritate a înregistrat abateri de la cadrul legal, motiv pentru care se impune reevaluarea ofertei declarate câștigătoare cu privire la aspectul în referință, pentru a permite realizarea unei evaluări obiective a ofertei.”

Referirile din cuprinsul deciziei CNSC nr. .../...../16.12.2015 la evaluarea obiectivă a ofertei contestatorului au fost și trebuiau interpretate în sensul constatării de către autoritatea contractantă a inadmisibilității ofertei SC SRL și nu declararea acesteia câștigătoare a procedurii, așa cum fusese decis prin raportul procedurii nr.9132/18.11.2015, anulat de Consiliu prin decizia antemenționată. Această interpretare reiese cu atât mai mult cu cât Curtea de Apel a reținut în considerentele deciziei sale nr. .../28.01....., prin care a respins plângerea formulată de însuși contestatorul SC SRL împotriva deciziei CNSC nr. .../...../16.12.2015, următoarele:

„Curtea, analizând plângerea formulată, în raport de motivele invocate și de actele și lucrările din dosar, constată că este nefondată, din următoarele considerente:

Prin fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a impus cerința ca ofertanții să nu aibă datorii scadente în luna anterioară celei în care ce împlinește termenul limită de depunere a ofertelor. Cerința este stabilită cu respectarea dispozițiilor art. 181 alin. 1 lit. c din O.U.G. nr.

34/2006, care dau dreptul autorității contractante de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care nu și-a îndeplinit obligațiile de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale către bugetele componente ale bugetului general consolidat, în conformitate cu prevederile legale în vigoare în România sau în țara în care este stabilit.

Într-adevăr, art. 77 alin. 6 din Legea nr. 85/2014 prevede că debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii, însă atât timp cât autoritatea contractantă a impus îndeplinirea acestei cerințe pentru calificare, iar petenta nu a contestat documentația de atribuire, petenta era ținută să facă dovada îndeplinirii cerinței impuse de autoritatea contractantă. Încălcarea principiul nediscriminării debitorilor aflați în procedura insolvenței nu poate fi analizată în acest cadru procesual, ci putea fi analizată doar în cadrul unei contestații la documentația de atribuire. Este adevărat că legiuitorul a lăsat la latitudinea autorității contractante impunerea unei asemenea cerințe, însă odată stabilită, autoritatea contractantă nu mai are dreptul de a aprecia dacă admite sau respinge o ofertă care nu îndeplinește cerința impusă prin documentația de atribuire, fiind ținută să respecte documentația de atribuire.

În ceea ce privește caracterul exigibil al datoriilor cu care petenta figurează în certificatele de atestare fiscală, Curtea reține că prin cerința ca ofertanții să nu aibă datorii scadente în luna anterioară celei în care se împlinește termenul limită de depunere a ofertelor se înțelege ca datoriile să fi devenit exigibile în perioada anterioară datei la care se împlinește termenul limită de depunere a ofertelor, nu neapărat să fi devenit exigibile în luna anterioară împlinirii acestui termen, așa cum susține petenta. Distincția făcută de petentă între datorii născute anterior deschiderii procedurii insolvenței și datorii curente nu are relevanță decât în procedura insolvenței; în procedura de achiziție publică are relevanță doar data scadenței, indiferent de data la care s-a născut dreptul de creanță.

Curtea reține că datoriile menționate în certificatele de atestare fiscală sunt exigibile și că petenta nu a făcut dovada eşalonării datoriilor sau obținerii altor înlesniri la plată. Susținerile petentei conform cărora prin deschiderea procedurii de insolvență ar opera o eşalonare a datoriilor nu pot fi reținute. O eşalonare a datoriilor operează doar prin efectul admiterii unui plan de reorganizare, plan care cuprinde obligatoriu un program de plată a creanțelor și care stabilește o nouă scadență a datoriilor. Dispozițiile art. 113¹, 114 și 115 din Codul de procedură fiscală, invocate de petentă și care potrivit susținerilor acesteia ar consacra caracterul neexigibil al creanțelor ce fac obiectul procedurii instituite prin Legea nr. 85/2006 și ar avea natura unei eşalonări, în fapt definesc obligațiile fiscale restante și stabilesc ordinea de stingere a creanțelor. Ordinea de stingere a creanțelor nu echivalează cu o eşalonare la plată, iar în ceea ce privește incidența dispozițiilor art. 113¹ alin. 3 din Codul de procedură fiscală, Curtea reține că petenta nu a

făcut dovada că are sume de rambursat sau de restituit de la bugetul de stat.

În ceea ce privește efectul suspensiv al dispozițiilor art. 75 din Legea nr. 85/2014, Curtea reține că suspendarea vizează acțiunile judiciare și extrajudiciare, urmărirea silite în curs, prin care se tinde la realizarea creanțelor asupra debitorului și că prin această dispoziție se urmărește preluarea acestor proceduri în cadrul procedurii reglementate prin Legea nr. 85/2014, în considerarea caracterului concursual al procedurii de insolvență și pentru figurarea unui tratament egal creditorilor și că efectul suspensiv reglementat de această dispoziție legală nu poate fi translatat și aplicat altor situații decât celor prevăzute expres de lege”.

Prin urmare, având în vedere deciziile anterior menționate, Consiliul apreciază că respingerea ca inacceptabilă a ofertei SC SRL a fost decisă de autoritatea contractantă ca urmare a punerii în aplicare a deciziei CNSC nr....../...../16.12.2015, rămasă definitivă potrivit deciziei Curții de Apel nr. .../28.01.....

Pe cale de consecință, Consiliul urmează să admită cererea de intervenție formulată de SC SA, cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, în sensul prevăzut de art. 61 alin. (3) din Cod proc. Civ.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și alin.(6) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de către SC SRL, în contradictoriu cu și va dispune continuarea procedurii.

În temeiul art. 297 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, coroborate cu dispozițiile art.67 alin.(1) cod procedură civilă, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de SC SA.

PREȘEDINTE COMPLET

.....

**MEMBRU COMPLET
COMPLET**

MEMBRU
.....

...