

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data:...

Prin contestația nr. 853/27.07.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 38821/27.07.2021, înaintată de SC ...SRL, cu sediul în ..., reprezentată legal prin domnul ..., în calitate de administrator, formulată împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 9958/21.07.2021 și a raportului procedurii, documente emise de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate privind atribuirea contractului având ca obiect „*Lucrări execuție Infrastructură rutieră, canalizare exterioară,*”, cod CPV 45233226-9, s-a solicitat:

- *anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 9958/21.07.2021;*

- *anularea tuturor actelor subsecvente, precum și a raportului procedurii.*

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ...SRL critică decizia autorității contractante de a respinge oferta sa ca inadmisibilă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, fără a-i solicita lămuriri cu privire la motivele descalificării.

Față de motivele descalificării, contestația prezintă punctual următoarele critici:

Autoritatea contractantă a respins oferta, deoarece din cuprinsul certificatului de atestare fiscală nr. 913.1/07.06.2021 rezultă că societatea figurează în evidențele fiscale cu obligații bugetare de plată principale și accesorii în valoare de 3.211.817 lei. Comisia de evaluare a constatat că societatea nu a depus la dosar dovada aprobării unei reeșalonări a datoriilor și nici dovada plății acestora.

Petenta susține că a depus, în cadrul ofertei, certificatul de atestare fiscală nr. 913.1/07.06.2021 unde se menționează:

„III Mențiuni relevante pentru situația fiscală a contribuabilului

Alte mențiuni:

Notificarea privind intenția de restructurare a obligațiilor bugetare de la secțiunea A înregistrată la SFO Zărnești, cu nr. 572/02.04.2021 conform OG 6/2021 privind instituirea unor facilități fiscale.”

În aceste condiții, apreciază că suma prevăzută la pct. A este în conformitate cu OG nr. 6/2021 privind instituirea unor facilități fiscale supusă restructurării, având în vedere Notificarea fermă de restructurare a acestor obligații nr. 572/02.04.2021.

În susținere, contestatoarea invocă prevederile art. 3, art. 15, art. 6 alin. (6) și ale art. 36¹ din OG nr. 6/2019 privind instituirea unor facilități fiscale, apreciind că autoritatea contractantă ar fi trebuit să observe că societatea este în procedura de restructurare în conformitate cu ordonanța, și în atare situație îi este interzisă excluderea din procedură de achiziție publică a unui operator economic, dacă acesta are depusă, la organul central fiscal, notificarea de restructurare privind intenția de restructurare.

Față de cel de al doilea motiv de descalificare, petenta susține că, administratorul societății - domnul ... nu a fost condamnat pentru niciuna din infracțiunile enumerate la art. 164 din Legea nr. 98/2016, întrucât încadrarea acestuia s-a făcut pe Codul penal din 1969 (vechiul Cod Penal), astfel că societatea nu se află în niciunul dintre situațiile de excludere prevăzute la art. 164 din Legea nr. 98/2016.

Totodată, aceasta invocă și prevederile art. 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, precizând că, în cadrul dosarului penal, nu a fost dispusă măsura interdicției de a participa la procedura de atribuire a ofertantului, iar fapta săvârșită a fost cu mai mult de 3 ani față de data stabilită pentru depunerea ofertelor, atașând în susținerea afirmațiilor Decizia CNSC nr. 335/C4/173/07.03.2019.

Autoritatea contractantă a transmis documentele relevante în soluționarea contestației, atașate punctului de vedere nr. 10308/02.08.2021, înregistrat la Consiliu cu nr. 39988/02.08.2021, prin care solicită respingerea contestației ca neîntemeiată și menținerea comunicării nr. 9958/21.07.2021 și a tuturor actelor emise în cadrul procedurii, ca legale și temeinice.

Referitor la faptul că societatea SC ...SRL figurează în evidențele fiscale cu obligații bugetare de plată principale și accesorii, autoritatea contractantă învederează următoarele:

Prin contestația formulată, operatorul economic nu contrazice concluziile ce i-au fost transmise prin comunicarea nr. 9958/21.07.2021, concluzii ce au fost stabilite prin raportare la înscrisurile anexate ofertei, cât și prin raportare la prevederile OG nr. 6/2019, precum și a dispozițiilor Legii nr. 98/2016 și a Normelor de aplicare a acestei legi.

Poziția exprimată de SC ...SRL este în sensul că, simpla menționare în certificatul de atestare fiscală depus în cadrul procedurii a introducerii notificării privind intenția de restructurare, ar atrage în mod direct eliminarea sancțiunii de eliminare din procedura de atribuire a contractului, sancțiune obligatorie prevăzută de art. 165 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Contrar acestor susțineri ale contestatoarei, simplul fapt că aceasta ar fi depus o cerere de restructurare la organul fiscal nu atrage după sine aplicabilitatea dispozițiilor art. 36¹ din OG nr. 6/2019 și nici nu atrage concluzia că oferta societății ...SRL este admisibilă.

Prin raportare la înscrisurile anexate ofertei, operatorul economic nu avea cum să beneficieze de prevederile art. 36¹ din OG nr. 6/2019 în condițiile în care acesta nu a făcut dovada existenței notificării privind intenția de restructurare a obligațiilor bugetare, astfel cum prevede legea.

Astfel, SC ...SRL a depus anexat ofertei doar un certificat de atestare fiscală eliberat în data de 07.06.2021, fără a atașa documentele prevăzute de lege prin care să facă dovada inițierii procedurii de restructurare.

În lipsa acestor documente, comisia de evaluare a constatat că la dosarul de achiziție există un certificat de atestare fiscală în care sunt înregistrate obligații fiscale și obligații bugetare individualizate în titluri executorii emise potrivit legii și existente în evidența organului fiscal central în vederea recuperării, restante la data de 31.05.2021, astfel cum se prevede la punctul A din Certificatul de atestare fiscală nr. 913.1/07.06.2021.

În aceste condiții, operatorul economic nu și-a îndeplinit obligația legală de a depune, în copie, notificarea privind intenția de restructurare a obligațiilor bugetare înregistrată la organul fiscal competent, conform art. 36¹ din OG nr. 6/ 2019 alin. (1), deși era singura entitate din acest raport care avea cunoștință de existența acesteia.

În al doilea rând, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 3 alin. (3) din OG nr. 6/2019, potrivit cărora *„În termen de cel mult 5 zile lucrătoare de la data depunerii notificării, organul fiscal competent eliberează din oficiu certificatul de atestare fiscală, pe care îl comunică debitorului. Acest termen se prelungește în mod corespunzător în situația în care organul fiscal constată că debitorul nu și-a îndeplinit obligațiile declarative.”*

Din susținerile contestatoarei rezultă că notificarea privind restructurarea ar fi fost înregistrată la ... sub nr. 572/02.04.2021, iar certificatul de atestare fiscală depus la dosarul de achiziție este din data de 07.06.2021. Prin urmare, consideră că SC ...SRL ar fi trebuit să depună inclusiv acest certificat de atestare fiscală care ar fi trebuit să fie emis în mod obligatoriu în termen de cel mult 5 zile de la data depunerii notificării privind restructurarea de organul fiscal.

Totodată, aceasta precizează că notificarea privind restructurarea a fost depusă la organul fiscal în data de 02.04.2021, iar conform dispozițiilor art. 5 alin. (4) din OG nr. 6/2019 *„Solicitarea de restructurare a obligațiilor bugetare se soluționează de organul fiscal competent în termen de maximum 30 de zile de la data înregistrării acesteia”*. Prin urmare, de la data la care notificarea a fost înregistrată și data până la care a fost publicat Anunțul publicitar nr. ..., 10.06.2021, au trecut mai mult de 60 de zile, termen în care societatea SC ...SRL ar fi trebuit să recepționeze un răspuns din partea organului fiscal în ceea ce privește soluționarea cererii sale de restructurare, manifestat prin emiterea unei decizii fie de aprobare a restructurării obligațiilor bugetare, fie de respingere a solicitării de restructurare a obligațiilor bugetare.

Referitor la susținerea contestației potrivit căreia comisia de evaluare ar fi trebuit să solicite înscrisurile menționate anterior, autoritatea contractantă apreciază că aceste argumente sunt neîntemeiate și nu pot fi luate în considerare întrucât o eventuală conduită în acest sens ar fi condus la încălcarea principiului tratamentului egal al operatorilor economici participanți la procedură, principiu care este prevăzut de Legea nr. 98/2016, și implicit la favorizarea acestui operator economic.

Comisia de evaluare, prin raportare la documentele anexate ofertei, a concluzionat și a constatat, fără dubii, că din înscrisurile depuse de societatea SC ...SRL, aceasta înregistrează obligații fiscale și obligații bugetare restante și scadente care sunt supuse procedurii de recuperare și care sunt regăsite în cuprinsul unor titluri executorii și că la dosarul de achiziție nu au existat înscrisuri care să atragă aplicabilitatea dispozițiilor art. 36¹ din OG nr. 6/2019.

Referitor la motivul privind nerespectarea criteriilor din punct de vedere juridic ale administratorului societății SC ...SRL, autoritatea contractantă arată că, în temeiul prevederilor Legii nr. 98/2016 și a Normelor de aplicare a acestei legi, comisia de evaluare a analizat și a concluzionat, făcând aplicarea dispozițiilor art. 164 alin. (1) lit. b) din Legea 98/2016, că administratorul operatorului economic a fost condamnat pentru o infracțiune care conduce la excluderea operatorului economic de la procedură.

Anexat ofertei există un cazier judiciar în termen de valabilitate, din cuprinsul căruia rezultă că administratorul societății, domnul ..., a fost condamnat pentru infracțiunea prevăzută de art. 292 Cod Penal. Infracțiunea este înscrisă în cazierul judiciar, iar operatorul economic nu a depus niciun înscris care să contrazică concluzia că în cauză sunt incidente alte norme decât Noul Cod Penal ce este în vigoare de la 01 februarie 2014.

Cu privire la susținerea operatorului economic conform căreia comisia de evaluare ar fi trebuit să formuleze o solicitare care să îi permită societății să aducă clarificări suplimentare, autoritatea

contractantă apreciază că este neîntemeiată, întrucât un astfel de demers procedural ar fi condus la favorizarea operatorului economic și încălcarea gravă a principiilor cu caracter obligatoriu stabilite prin art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, autoritatea contractantă face trimitere la *Secțiunea III Informații juridice, economice, financiare și tehnice la punctul III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului* din fișa de date, potrivit căruia „operatorii economici participanți la procedură, pot prezenta documente prin care să demonstreze că pot beneficia de derogările prevăzute la 166 alin. (2), art. 167 alin. (2), art. 171 din Legea 98/2016”, concluzionând că SC ... SRL a avut posibilitatea de a depune anexat ofertei orice documente pe care le considera utile pentru a-și clarifica situația juridică și fiscală.

În opinia sa, aplicabilitatea vechiului Cod Penal este o informație atipică, imposibil de dedus prin raportare la înscrisurile depuse de operatorul economic, operatorul economic fiind singura entitate care o cunoștea și care avea posibilitatea de a o aduce la cunoștința autorității contractante. Contestatoarea își invocă în mod direct propria culpă prin faptul că a depus aceste înscrisuri la dosarul de achiziție și că nu a depus alte înscrisuri sau înscrisuri suplimentare care ar fi putut prezenta o altă situație de fapt și de drept. Mai mult decât atât, aceasta solicită practic ca propriile sale omisiuni ar fi trebuit acoperite de intervenția autorității contractate pentru a-i da ocazia acesteia să explice anumite chestiuni pe care doar SC ...SRL le consideră neclare.

Urmare punctului de vedere formulat de autoritatea contractantă, contestatoarea a depus adresa nr. 920/05.08.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 40965/06.08.2021, prin care precizează următoarele:

1. Față de primul motiv al descalificării:

Contrar susținerilor autorității contractante, simpla notificare de restructurare atrage suspendarea executării silite și posibilitatea participării la procedurile de achiziție publică. În acest sens, chiar Agenția Națională a Finanțelor Publice a precizat, spre cunoștința tuturor celor interesați, la cap. III din Certificatul de atestare fiscală următoarele:

"III Mențiuni relevante pentru situația fiscală a contribuabilului

Alte mențiuni:

Notificarea privind intenția de restructurare a obligațiilor bugetare de la secțiunea A înregistrată la SFO Zărnești, cu nr. 572/02.04.2021, conform OG nr. 6/2019 privind instituirea unor facilități fiscale."

În aceste condiții, suma prevăzută la pct. A este, în conformitate cu OG nr. 6/2019 privind instituirea unor facilități fiscale, supusă restructurării, având în vedere Notificarea fermă de restructurare a acestor obligații nr. 572/02.04.2021, astfel cum se menționează în certificatul de atestare fiscală.

În ceea ce privește înaintarea Notificării de restructurare odată cu certificatul de atestare fiscală, petenta menționează că procedură nu este obligatorie, având în vedere prevederile art. 36 ind 1 din OG nr. 6/2019.

Notificarea se depune la organul fiscal competent, iar la cerere aceasta depune și la autoritatea contractantă notificarea de restructurare, și tot la cerere pentru a se informa cu privire la situația ofertantului, autoritatea contractantă are posibilitatea să solicite organului fiscal competent informații cu privire la stadiul și modul de soluționare a solicitării de restructurare, fapt ce nu s-a întâmplat.

De asemenea, petenta subliniază că nedepunerea notificării odată cu certificatul de atestare fiscală nu reprezintă un motiv de excludere din procedură, câtă vreme există informarea depunerii unei notificări de restructurare în cuprinsul certificatului de atestare fiscală, notificarea și alte informații privind stadiul restructurării putând fi solicitate de autoritatea contractantă atât de la organul fiscal, cât și de la ofertant, fără încălcarea principiului tratamentului egal.

Contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă nu a analizat cu atenție cuprinsul certificatului de atestare fiscală și nu a luat act de faptul că există o restructurare solicitată conform OG nr. 6/2019, comisia de evaluare referindu-se doar la eşalonare ca formă de facilitare fiscală, însă procedura se desfășoară astfel:

- După data depunerii notificării de restructurare, organul fiscal a înregistrat în program notificarea societății, fapt pentru care de fiecare dată când se solicită un certificat de atestare fiscală apare la finele acestuia notificarea de restructurare, astfel încât se suspendă orice executare silită (art. 15), sumele restante nu sunt considerate restante (art. 6 alin. 6), iar ofertantul nu poate fi exclus din procedura de achiziție publică (art. 36 ind 1).

- În termen de 5 zile, organul fiscal a înaintat certificatul de atestare fiscală, care este diferit ca și formă de certificatul clasic de atestare fiscală, și care se emite numai pentru a se preciza în mod clar și desfășurat toate sumele datorate, astfel încât societatea să își poată realiza planul de restructurare. Astfel, acest cerificat pe care organul îl înmânează societății în termen de 5 zile nu are de ce să fie adus la cunoștința autorităților contractante, fiind doar o procedură fiscală între organul fiscal și contribuabil.

- Solicitarea de restructurare, astfel cum se menționează la art. 5 din OG nr. 6/2019, nu se confundă cu notificarea de restructurare. Prin solicitarea de restructurare se înțelege planul de restructurare și testul creditorului privat, acte pe care contribuabilul trebuie să le depună în termen de 6 luni de la data depunerii notificării de restructurare conform OUG nr. 19/2021, art. VIII alin. (2), termenul de 30 de zile de soluționare fiind termenul pentru soluționarea solicitării de restructurare

(planul de restructurare și testul creditorului privat), nu notificarea de restructurare.

2. Față de cel de al doilea motiv de descalificare, petenta precizează următoarele:

Condamnarea penală pentru administratorul SC ...SRL, ..., nu reprezintă un motiv de excludere a candidatului/ofertantului din următoarele motive:

- În cadrul art. 164 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice sunt enumerate infracțiunile pentru care autoritatea contractantă exclude din procedură operatorul economic cu privire la care a stabilit, în urma analizei informațiilor și documentelor prezentate de acesta, sau a luat cunoștință în orice alt mod că a fost condamnat prin hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru comiterea uneia dintre aceste infracțiuni. Obligația de excludere se aplică și în cazul în care persoana condamnată printr-o hotărâre definitivă pentru săvârșirea uneia dintre aceste infracțiuni este administratorul societății.

- Astfel, administratorul SC ...SRL nu a fost condamnat pentru niciuna din infracțiunile enumerate în art. 164 din Legea nr. 98/2016, întrucât încadrarea acestuia s-a făcut pe Codul penal din 1969 (vechiul Cod Penal), astfel că societatea nu se află în niciunul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164 din Legea nr. 98/2016.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, pe loturi, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat SCN1087344 din 10.06.2021 și a documentației de atribuire aferente, pentru atribuirea contractului având ca „*Lucrări execuție Infrastructură rutieră, canalizare exterioară, Aerodrom Sânpetru*”, valoarea totală estimată fiind de 807000 lei, fără TVA, (lot 2 – Infrastructură rutieră 613.000 lei) iar data limită pentru depunerea ofertelor 26.06.2021, ora 15:00. Criteriul de atribuire stabilit este „*Prețul cel mai scăzut*”.

În cadrul proceduri, așa cum rezultă din raportul procedurii de atribuire nr. 9951/21.07.2021, pentru lotul 2 au fost depuse 2 oferte, printre care și cea a contestatoarei SC ...SRL.

Prin contestația depusă, SC ...SRL critică rezultatul procedurii și solicită anularea acestuia, respectiv a raportului procedurii de atribuire și a adresei de comunicare a rezultatului procedurii.

Consiliul constată că la dosarul cauzei a fost depusă de către SC ...SRL recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207391108/1 din data de 30.07.2021, în sumă de 12.260,00 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Brașov, respectându-se, astfel, dispozițiile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

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

Analizând contestația formulată de SC ...SRL cu privire la rezultatul procedurii de atribuire aferent lotului 2, Consiliul constată că oferta acestuia a fost respinsă, motivele avute în vedere în luarea deciziei au fost comunicate cu adresa nr. 832/21.07.2021, în cuprinsul căreia se arată că:

„Oferta depusă de dumneavoastră a fost respinsă ca fiind inadmisibilă, în conformitate cu art. 137 alin. 1 „Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme” coroborat cu al. 2 litera b din HG 395/2016, „(...) oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: (...) b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire” Din documentele prezentate în susținerea DUAЕ comisia de evaluare a constatat că SC ...SRL se încadrează în:

- Art 165 din Legea 98/2016, alin. 1 lit. b „Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice operator economic care (...) b) fie poate demonstra prin orice mijloace adecvate că respectivul operator economic și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat”.

Din cuprinsul certificatului de atestare fiscală nr. 913.1 din data de 07.06.2021 rezultă faptul că societatea ...SRL figurează în evidențele fiscale cu obligații bugetare de plată principale și accesorii în valoare de 3211817 lei. Operatorul economic nu a depus la dosar dovada aprobării unei reeșalonări a datoriilor și nici dovada plății acestora.

-Art. 164 din Legea 95/2016, alin. 2 „Obligația de a exclude din procedura de atribuire un operator economic, în conformitate cu dispozițiile alin. (1), se aplică și în cazul în care persoana condamnată printr-o hotărâre definitivă este membru al organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic sau are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia”

Conform Certificatului de cazier fiscal nr. 26426156/27.01.2021 care a fost emis pe numele d-lui ... în calitate de asociat și reprezentant legal (administrator) al societății ...SRL este precizat că acesat a comis faptele prevăzute de art. 292 Cod Penal”.

Contestatoarea consideră nelegală decizia autorității contractante invocând lipsa unor solicitări de clarificări cu privire la primul motiv de respingere legat de Certificatul de atestare fiscală nr. 913.1/07.06.2021, iar cu privire la al doilea motiv de respingere a ofertei, faptul că nu reprezintă motiv de excludere a societății sale din procedura de atribuire, întrucât condamnarea penală a administratorului (...) nu constituie motiv de excludere raportat la art. 164 din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește primul motiv de respingere, Consiliul constată caracterul fondat al criticilor pentru considerentele ce urmează a fi expuse.

Potrivit prevederilor fișei de date a achiziției, cap. III. 1.1 a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, autoritatea contractantă a stabilit că ofertanții vor prezenta:

- „*CertIFICATELE constatatoare privind lipsa datoriilor cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (Buget local, buget de stat), valabile la momentul prezentării*”;

- „*Operatorii economici participanți la procedură, pot prezenta documente prin care să demonstreze că pot beneficia de derogările prevăzute la art. 166, alin.(2), art. 167, alin.(2), art. 171, din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, sau alte documente edificatoare, după caz*”.

Verificând documentele depuse la dosarul cauzei în dovedirea îndeplinirii cerinței, Consiliul constată că a fost prezentat Certificatul de atestare fiscală nr. 913.1 din data de 07.06.2021 în conținutul căruia, la punctul III **MENȚIUNI RELEVANTE PENTRU SITUAȚIA FISCALĂ A CONTRIBUABILULUI**, este precizat faptul că există:

„Notificarea privind intenția de restructurare a obligațiilor bugetare de la secțiunea A înregistrată la S F O Zărnești cu nr. 572/02.04.2021 conform OG nr. 6/2019 privind instituirea unor facilități fiscale”.

Consiliul constată, așa cum confirmă de altfel și autoritatea contractantă, că nu au fost solicitate clarificări nici către contestatoare, nici către organul fiscal competent, pentru lămurirea situației consemnată în Certificatul de atestare fiscală, context în care decizia de respingere a ofertei apare ca excesivă și nelegală.

Pentru a stabili astfel, Consiliul reține în soluționare dispozițiile art. 36¹ din OG nr. 6/2019 potrivit cărora *„(1) Prin derogare de la dispozițiile art. 165 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, și de la dispozițiile art. 178 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, **un operator economic nu este exclus din procedura de atribuire dacă a depus notificarea privind intenția de restructurare a obligațiilor bugetare, potrivit art. 3, la organul fiscal central. Operatorul economic depune, în copie, la autoritatea contractantă notificarea privind intenția de restructurare a obligațiilor bugetare înregistrată la organul fiscal competent. Organul fiscal competent transmite informații cu privire la stadiul și modul de soluționare a solicitării de restructurare, la solicitarea autorității contractante***”.

Reține de asemenea și faptul că, în speță sunt aplicabile dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu cele ale art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, având în vedere că în conținutul

Certificatului de atestare fiscală exista o informație cu privire la care comisia de evaluare trebuia să solicite clarificarea sau completarea documentului deja depus, chiar dacă textul de lege, respectiv art. 36¹ din OG nr. 6/2019 stabilește că **„operatorul economic depune, în copie, la autoritatea contractantă notificarea privind intenția de restructurare (...)”**.

Astfel, Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă avea obligația, ca înainte de a lua decizia de respingere a ofertei contestatoarei, să facă aplicarea dispozițiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră

„(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței” coroborate cu cele ale art. 134 din HG nr. 395/2016 care stabilesc ***„(1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia”***.

Consiliul va reține ca pertinente și susținerile autorității contractante din punctul de vedere că ofertantul contestator avea obligația de a depune odată cu Certificatul de atestare fiscală și notificarea privind intenția de restructurare a obligațiilor bugetare, însă, în egală măsură, și în cazul în care ofertantul, din eroare nu a procedat astfel, legiuitorul a stabilit în sarcina comisiei de evaluare obligația de a clarifica astfel de situații, cum este cea în analiză. Având în vedere că informația respectivă era disponibilă din cuprinsul certificatului fiscal, completarea era doar una de confirmare.

Or, în lipsa unor astfel de demersuri, față de prevederile legale citate anterior și a considerentelor reținute mai sus, decizia de respingere a ofertei se dovedește a fi nelegală, urmând ca la reluarea procesului de evaluare a ofertei SC ...SRL să solicite clarificări și completări ale documentelor și informațiilor deja existente cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, conform cerinței din fișa date.

Față de cele de mai sus, Consiliul va admite criticile formulate cu privire la acest motiv de respingere a ofertei.

Referitor la cel de al doilea motiv de respingere a ofertei, respectiv faptul că din cazierul fiscal nr. 26426156/27.01.2021 emis pe numele d-lui ... în calitate de asociat și reprezentant legal al societății SC ...SRL

este precizat că acesta a comis faptele prevăzute de art. 292 Cod Penal, Consiliul urmează a admite și de această dată criticile.

În luare acestei decizii, Consiliul reține că în Certificatul de cazier judiciar nr. 26426156 din 27.01.2021, apare mențiunea *„Condamnă la 2 ani închisoare cf. art. 81, 82 CP suspendă condiționat executarea pedepsei – termen de încercare 4 ani pentru săvârșirea faptei prev. De art. 292 CP, art. 41 alin. 2 CP cu aplic. Ped. Accesorie prev de art. 71 CP, art. 64 alin. 1 lit. a a teza II CP, art. 64 alin. 1 lit. b, CP, art. 71 alin. 5 CP, dispusă prin S.P. nr. 276 din 29/12/2017 nr. dosar 709/338/2016 Judecătoria ZĂRNEȘTI def. prin D.P.558/Ap la 04/10/2018 Curtea de Apel BRAȘOV”*.

Consiliul constată că autoritatea contractantă și-a întemeiat decizia de respingere a ofertei în baza dispozițiilor art. 164 din Legea 98/2016, alin. (2) *„Obligația de a exclude din procedura de atribuire un operator economic, în conformitate cu dispozițiile alin. (1), se aplică și în cazul în care persoana condamnată printr-o hotărâre definitivă este membru al organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic sau are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia”*.

Pentru a stabili dacă situația în care se află persoana ... se încadrează în prevederile aliniatului (1) al articolului 164, Consiliul constată că legiuitorul a reglementat astfel:

„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic cu privire la care a stabilit, în urma analizei informațiilor și documentelor prezentate de acesta, sau a luat cunoștință în orice alt mod că a fost condamnat prin hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru comiterea uneia dintre următoarele infracțiuni:

a) constituirea unui grup infracțional organizat, prevăzută de art. 367 din Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

b) infracțiuni de corupție, prevăzute de art. 289-294 din Legea nr. 286/2009, cu modificările și completările ulterioare, și infracțiuni asimilate infracțiunilor de corupție prevăzute de art. 10-13 din Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

c) infracțiuni împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene, prevăzute de art. 18¹ -18⁵ din Legea nr. 78/2000, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

d) acte de terorism, prevăzute de art. 32-35 și art. 37-38 din Legea nr. 535/2004 privind prevenirea și combaterea terorismului, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

e) spălarea banilor, prevăzută de art. 29 din Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării terorismului, republicată, cu modificările ulterioare, sau finanțarea terorismului, prevăzută de art. 36 din Legea nr. 535/2004, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

f) traficul și exploatarea persoanelor vulnerabile, prevăzute de art. 209-217 din Legea nr. 286/2009, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

g) fraudă, în sensul articolului 1 din Convenția privind protejarea intereselor financiare ale Comunităților Europene din 27 noiembrie 1995”.

Consiliul va reține, că infracțiunea de fals în declarații pentru care a fost condamnat dl ... nu se regăsește printre faptele prevăzute la art. 164, alin. (1), lit. a-g, ci eventual în prevederile art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 ca abatere profesională gravă. Însă, este reținut în soluționare faptul că legiuitorul nu a stabilit, expres și limitativ care sunt considerate abateri profesionale, ci legiuitorul le-a menționat cu titlu de exemplu folosind sintagma „cum ar fi”.

În sensul celor de mai sus, Consiliul reține că potrivit dispozițiilor art. 167 din același act normativ, abaterea profesională este definită astfel: „(3) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin abatere profesională gravă se înțelege orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă”.

Prin urmare, nu poate fi reținut faptul că infracțiunea de fals în declarații nu ar putea fi încadrată în categoria abaterilor profesionale.

Însă, Consiliul constată incidența în prezenta speță a dispozițiilor art.171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia „În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică: (...)”

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant”.

În prezenta speță, nu a fost dispusă măsura interdicției de a participa la procedura de atribuire a ofertantului, fapta fiind săvârșită de către administratorul societății, iar aceasta a fost săvârșită cu mai mult de 3 ani față de data stabilită pentru depunerea ofertelor.

În acest sens, Consiliul constată că toate cele 18 acte materiale desființate de către instanța de judecată au fost emise în anii 2011 și 2012, respectiv cu mai mult de 8 ani înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor în prezenta procedură de atribuire care a fost stabilită pentru 25.06.2021, conform anunțului de participare simplificat SCN1087344/10.06.2021.

Faptul că infracțiunea a fost săvârșită cu mai mult de 8 ani față de data depunerii ofertelor, rezultă din data la care au fost emise actele materiale desființate și care au fost enumerate în cuprinsul dispozitivului Hotărârii nr. 276/2017 pronunțată de Judecătoria Zărnești, publicată pe Portalul Instanțelor, dispoziții menținute de către Curtea de Apel Brașov prin Decizia Penală nr. 558/Ap/04.10.2018, cu privire la care instanța s-a pronunțat astfel:

„4. În baza art. 404 alin. 4 lit. i) raportat la art. 25 alin. 3 teza I C.p.p., dispune desființarea totală a următoarelor înscrisuri: - certificat de atestare fiscală cu numărul 805/28.06.2012 și declarația pe proprie răspundere din data de 20.06.2012, - declarația pe proprie răspundere din data de 05.07.2012, - certificatul de atestare fiscală cu numărul 587/26.04.2012 și declarația pe proprie răspundere din data de 27.04.2012, - certificatul de atestare fiscală cu numărul 678/30.05.2012 și declarația pe proprie răspundere din data de 05.06.2012, - declarația pe proprie răspundere din data de 25.12.2012, - certificatul de atestare fiscală cu numărul 3998/01.10.2012 și dclarația pe proprie răspundere din data de 02.10.2012, declarația pe proprie răspundere din data de 30.04.2012, - declarația pe proprie răspundere din data de 30.05.2012, - declarația pe propire răspundere din data de 15.10.2012, - declarația pe proprie răspundere din data de 10.10.2012, - declarația pe proprie răspundere din data de 30.04.2012, - declarația pe proprie răspundere din data de 18.06.2012, - declarația pe proprie răspundere din data de 13.06.2012, - certificatul de atestare fiscală cu numărul 2120/01.08.2012 și declarația pe proprie răspundere din data de 23.07.2012, - certificatul de atestare fiscală cu numărul 3100/05.09.2012 și declarația pe proprie răspundere din data de 04.09.2012, - certificatul de atestare fiscală cu numărul 4100/01.11.2012 și declarația pe proprie răspundere din data de 19.11.2012, - certificatul de atestare fiscală cu nr. 9163 eliberat la data de 26.07.2011 și declarația pe proprie răspundere din data de 15.08.2011, - certificatul de atestare fiscală cu numărul

9151/29.06.2011 și declarația pe proprie răspundere din data de 15.07.2011, - certificatul de atestare fiscală cu numărul 11480 eliberat la data de 11.08.2011, - certificatul de atestare fiscală fără număr eliberat la data de 26.08.2011 și – certificatul de atestare fiscală cu numărul 458 eliberat la data de 30.09.2011”.

În acest context, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu poate dispune excluderea ofertantului contestator din cadrul prezentei proceduri de atribuire, de vreme ce legiuitorul a impus condiția de la art. 171 alin. (5) lit. b) din același act normativ care interzice autorității contractante excluderea din cadrul procedurii de atribuire a ofertantului căruia nu i-a fost stabilită interdicția de a participa la procedura de atribuire a unui contract de achiziție publică și a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

Mai mult decât atât, Consiliul mai reține, de asemenea, că prin hotărârea pronunțată de Judecătoria ... i-a fost aplicată pedeapsa complementară și pedeapsa accesorie a interdicției „de a exercita funcția de administrator de societate comercială”. Însă, prin ..., pronunțată de Curtea de Apel Brașov, instanța a admis apelul și a dispus, printre altele, ca „În baza art. 71 Cod penal din 1969, aplică inculpatului pedeapsa accesorie a interzicerii exercitării drepturilor prevăzute de art. 64 alin. 1 lit. a, teza a II-a și lit. b Cod penal din 1969. (...). Înlătură pedeapsa complementară aplicată inculpatului ... prin sentința apelată”.

Astfel, Consiliul constată că pedeapsa accesorie a interdicției „de a exercita funcția de administrator de societate comercială” a fost înlăturată, singurele pedepse accesorii fiind cele de la art. 64 alin. 1 lit. a, teza a II-a și lit. b din Codul penal din 1969, potrivit cărora „Pedeapsa complementară a interzicerii unor drepturi constă în interzicerea unuia sau unora din următoarele drepturi:

a) dreptul de a alege și de a fi ales în autoritățile publice sau în funcții electiv publice;

b) dreptul de a ocupa o funcție implicând exercițiul autorității de stat”.

Consiliul constată că, chiar și cu privire la acestea din urmă, instanța de apel, în mod definitiv, a hotărât că „suspendă executarea pedepsei accesorii pe durata suspendării condiționate a executării pedepsei” situație în care dl. ... poate exercita, în continuare, funcția de administrator, neexistând în acest moment niciun temei legal care să îndreptățească autoritatea contractantă să dispună o decizie de excludere a ofertei SC ... SRL din cadrul prezentei proceduri de atribuire.

Prin urmare, față de cele constatate anterior, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată caracterul fondat al criticilor cu privire la decizia de respingere a ofertei SC ... SRL, motiv pentru care va admite contestația formulată de aceasta în contradictoriu cu ... și va obliga autoritatea contractantă la anularea

raportului procedurii de atribuire nr. 9951/21.07.2021 și actele subsecvente acestuia, inclusiv adresa nr. 9958/21.07.2021, și dispune reevaluarea ofertei SC ...SRL, conform considerentelor de mai sus.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

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

Obligă autoritatea contractantă la anularea raportului procedurii de atribuire nr. 9951/21.07.2021 și actele subsecvente acestuia, inclusiv adresa nr. 9958/21.07.2021, și dispune reevaluarea ofertei SC ...SRL, conform considerentelor de mai sus.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

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

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 4 exemplare, conține 15 (cincisprezece) pagini