

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsr.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 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, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. / înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. /, înaintată de ASOCIEREA SA& SRL, prin liderul de asociere SC SA cu sediul în, județul, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, formulată împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 1461/17.03....., emis de (..), cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă în procedura, cerere de oferte online, organizată în vederea atribuirii unui contract având ca obiect „Execuție lucrări de construcții a drumurilor de exploatație agricolă în extravilanul localităților ... și ... în cadrul proiectului “Modernizare drumuri de exploatație agricolă în, Județul, s-a solicitat:

- anularea integrală a comunicării nr. 1461/17.03..... și a tuturor actelor subsecvente.

- obligarea autorității contractante la reevaluarea documentelor depuse de Asociere în cadrul procedurii și la emiterea unui nou raport al procedurii, care să fie conform Deciziei emise de CNSC, cu respectarea considerentelor ce vor fi expuse în motivarea deciziei.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

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 ASOCIEREA SA& SRL în contradictoriu cu (....) și va dispune continuarea procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din OUG 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:

ASOCIEREA SA& SRL a formulat contestație împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 1461/17.03....., emis de (PRIMĂRIA ...), în calitate de autoritate contractantă în procedura, cerere de oferte online, organizată în vederea atribuirii unui contract având ca obiect „Execuție lucrări de construcții a drumurilor de exploatare agricolă în extravilanul localităților ... și ... în cadrul proiectului “Modernizare drumuri de exploatare agricolă în, Județul, solicitând:

- anularea integrală a comunicării nr. 1461/17.03..... și a tuturor actelor subsecvente.

- obligarea autorității contractante la reevaluarea documentelor depuse de Asociere în cadrul procedurii și la emiterea unui nou raport al procedurii, care să fie conform Deciziei emise de CNSC, cu respectarea considerentelor ce vor fi expuse în motivarea deciziei.

În preambul, contestatorul arată că în cursul procedurii de evaluare, Asocierea a primit 2 (două) solicitări de clarificare la care a răspuns în termenul legal impus:

- Solicitarea de clarificări nr. 787/15.02....., referitor la care Asocierea a transmis răspunsul nr. 1648/19.02.....;

- Solicitarea de clarificări nr. 1053/01.03....., referitor la care Asocierea a transmis răspunsul nr. 2453/07.03.....

De asemenea, consideră utilă precizarea faptului că ambele solicitări de clarificare au avut ca obiect starea de insolvență a Asociatului Având în vedere acest fapt, Asocierea a transmis către Primaria, alături de alte documente, 2 (două) adrese întocmite de Asociatul ... și avizate de Administratorul Judiciar al ... - .. SPRL:

- Adresa nr. 1654/18.02....., anexa a răspunsului Asocierii nr. 1648/19.02.....,

- Adresa nr. 2247/04.03....., unica anexa a răspunsului Asocierii nr. 2453/07.03.....

În acest context, contestatorul menționează că deși Asocierea a transmis toate explicațiile/clarificările și informațiile deținute, existente în situația actuală a asociatului ..., la data de 17.03....., autoritatea contractantă a respins oferta sa ca inacceptabilă.

În opinia contestatorului, argumentele autorității contractante ce au stat la baza deciziei de a considera oferta Asocierii ca fiind inacceptabilă nu pot fi primite pentru următoarele considerente:

1. Cu privire la existența unor datorii la bugetul consolidat al statului:

Potrivit fișei de date corespunzătoare achiziției publice ce face obiectul prezentei contestații, s-a solicitat ca ofertantul să nu se afle în niciuna dintre situațiile prevăzute de art. 181 din OUG nr. 34/2006, sens în care urma a se depune certificat fiscal care să ateste că ofertantul nu are datorii la bugetul general consolidat scadente la nivelul lunii anterioare termenului limită de depunere a ofertelor, neexistând nicio precizare de respingere a ofertanților în stare de insolvență.

Ofertantul asociat ..., aflat în procedură de insolvență potrivit Legii nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, a depus un certificat fiscal ce prezenta datorii ale ... anterioare deschiderii procedurii insolvenței.

Contestatorul arată că autoritatea contractantă a evocat prevederile art. 9 din Ordinul nr. 509/2011, care se referă la înlesniri de plată sau eşalonări, ca fiind singurele circumstanțe în care obligațiile bugetare sunt considerate îndeplinite chiar dacă nu sunt în fapt plătite la zi, în acest sens, autoritatea considerând că, deși s-au depus documente care atestă faptul că DGRFP ANAF a fost înscris la masa credală pentru suma înscrisă în certificatul constatator, ar fi trebuit depuse și alte documente:

- Documente din care să reiasă aprobarea înlesnirii la plată pentru sumele datorate
- Copie a planului de reorganizare sau alt document din care să reiasă confirmarea planului de reorganizare sau înlesnirea la plată pentru datoria din certificatul constatator
- Document din care să reiasă că, până la data limită a ofertelor, au fost respectate eşalonările aprobate pentru plata creanței ANAF înscrise la masa credală.

În pofida celor afirmate de autoritate, contestatorul susține că nu se poate spune că nu s-a transmis nici un document dintre cele solicitate, în situația în care documentele respective sunt contrare atât legii cât și logicii.

Potrivit contestatorului, autoritatea contractantă vădește o gravă necunoaștere a legii - în special în ceea ce privește Legea Insolvenței - de natură să distorsioneze complet rezultatul procedurii de atribuire, dat fiind că nici unul dintre documentele solicitate nu ar fi putut transmise, ... fiind în perioada de observație și nu în reorganizare, beneficiind astfel de o amânare *ex lege* în ceea ce privește plata oricăror creanțe anterioare deschiderii procedurii insolvenței.

În ceea ce privește depunerea unor documente care să ateste aprobarea unor înlesniri sau eşalonări, contestatorul arată că acestea nu ar fi putut fi depuse pentru simplul motiv că ... nu a făcut obiectul unor asemenea proceduri, incompatibile de altfel cu legea insolvenței.

De asemenea, referitor la depunerea unui plan de reorganizare, ... nu a ajuns încă în momentul procedural care să-i permită depunerea

acestui. Potrivit art. 132 din Legea 85, planul de reorganizare se depune în termen de 30 de zile de la publicarea tabelului definitiv al creanțelor dar acesta din urma nu a fost încă publicat, prin urmare termenul de depunere a planului nu a început să curgă. Astfel, faptul că planul de reorganizare se poate depune doar ulterior tabelului definitiv al creanțelor este, în opinia contestatorului, evident, înaintea acestui moment necunoscându-se exact întinderea creanțelor.

Contestatorul apreciază că autoritatea contractantă mai face o eroare majoră considerând că datoriile bugetare sunt exigibile în timpul procedurii, citând în sprijinul acestei susțineri art. 75 alin. 4 din Legea 85, având în vedere că art. 75 alin. 4 se referă la creanțele curente, născute în timpul procedurii și nu la cele anterioare, astfel că doar deținătorii unor creanțe curente neplătite pot cere deschiderea falimentului, nu și cei ce au creanțe anterioare, cum este cazul ANAF.

Așadar, contestatorul susține că ... nu poate și nu trebuie să depună dovezile suplimentare solicitate, fiind indiscutabil că: ANAF este înscrisă la masa credală cu întreaga sumă ce apare ca fiind datorată, că ... este în perioada de observație, că Legea 85 interzice plata creditorilor deținând creanțe anterioare deschiderii procedurii altfel decât în cadrul unui plan de reorganizare sau în cadrul unei distribuții în faliment și că este pe deplin aplicabil art. 77 alin. 6 din Legea 85, potrivit căruia debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii.

În cauză, contestatorul subliniază faptul că toate aceste aspecte au fost cunoscute de autoritatea contractantă, întrucât au fost explicate și susținute în conținutul răspunsurilor la solicitările de clarificare adresate. Mai mult, confirmarea celor expuse de asociatul ... a fost dată de Certificatul de Grefă transmis ca anexă la adresa 2247/04.03.....

2. Cu privire la aplicabilitatea Regulamentului nr. 966/2012 al Parlamentului european și al Consiliului din 25 octombrie 2012 privind normele financiare aplicabile bugetului general al Uniunii și de abrogare a Regulamentului (CE, Euratom) Nr. 1605/2002 al Consiliului:

Referitor la acest aspect, contestatorul arată că autoritatea contractantă evocă prevederile articolului 106 din Regulamentul citat, fără să precizeze însă textul pe care îl consideră aplicabil (articolul citat are numeroase ipoteze) și argumentele corespunzătoare.

Contestatorul precizează că, în orice caz, dacă se pune problema unui concurs de reglementări, legea specială - și deci aplicabilă în speță - este Directiva 2004/18/CE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, emisă de Parlamentul European și Consiliul Uniunii Europene („Directiva”). Aceasta se referă în mod specific la procedurile de achiziții publice, spre deosebire de Regulamentul 966/2012, ce privește bugetul general al UE.

Prin urmare, contestatorul consideră prevederile art. 181 din OUG 34 coroborate cu art. 45 alin. 2 „Situația personală a candidatului sau ofertantului” din cuprinsul Directivei ca fiind aplicabile astfel:

- Pe de o parte, directiva stabilește că poate fi exclus operatorul economic aflat în stare de faliment, de lichidare, de încetare a activității,

de administrare judiciară sau de concordat preventiv sau în orice altă situație analoagă ce rezultă în urma unei proceduri similare în temeiul actelor cu putere de lege de drept intern; deci opțiunea de excludere este lăsată la latitudinea autorității contractante,

- Pe de altă parte, teza finală a art. 45 alin. 2 din Directivă stabilește că statele membre stabilesc condițiile de aplicare ale acestor prevederi, prin dreptul intern,

- Dreptul intern este reprezentat în acest caz de art. 181 din OUG 34, care restrânge temeiurile de excludere doar la ipoteza falimentului, nu și a altor stadii ale procedurii insolvenței.

3. Cu privire la incidența art. 181 pct. c) din OUG nr. 34/2006:

Referitor la acest aspect, contestatorul arată că autoritatea contractantă invocă, sub „umbrela” art. 181 pct. c) din ordonanță, încă o serie de argumente pentru a justifica excluderea Asocierii din procedura de achiziție care, în opinia sa, după o analiză sumară a prevederilor legale, sunt vădit nefondate:

- a) *Solicitarea de intrare în insolvență a aparținut ... iar numărul mare de creditori face să treneze soluționarea cauzei, făcând imposibilă definitivarea tabelului creditorilor și aprobarea unui plan de reorganizare.*

În acest sens, contestatorul arată că este irelevant dacă deschiderea procedurii de insolvență s-a făcut la solicitarea debitorului sau a unui creditor, neexistând nicio sancțiune sau diferență în derularea procedurii în cele două situații. Dimpotrivă, se poate afirma că debitorul ce solicită deschiderea procedurii dovedește un grad mai mare de responsabilitate, asumându-și situația de insolvență sau pre-insolvență și luând măsuri pentru remedierea acesteia.

Cât despre așa zisa trenare a procedurii, contestatorul susține că aceasta nu se datorează numărului mare de creditori, ci întârzierii realizării raportului de evaluare.

Potrivit art. 5 pct. 67 coroborat cu art. 112 alin. 1 din Legea 85, tabelul definitiv al creanțelor se poate depune doar „după ce toate contestațiile la creanțe au fost soluționate și s-a predat raportul de evaluare a garanțiilor”.

Astfel, contestatorul arată că ultimele contestații la creanțe au fost soluționate conform Sentinței civile nr. 888/15.12.2015 (executorie), raportul de evaluare, deosebit de complex raportat la patrimoniul ..., urmând a fi furnizat, în variantă finală, de către firma de evaluare în următoarele zile. Faptul că toate contestațiile au fost soluționate răspunde și la afirmația neadevărată a autorității contractante potrivit căreia ar exista „un număr foarte mare de cereri nesoluționate definitiv, de înscriere la masa credală”.

Prin urmare, contestatorul consideră că pretinsa imposibilitate de definitivare a tabelului creditorilor nu este și nu poate fi demonstrată.

- b) *Lipsa unui raport amănunțit asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la starea de insolvență a ...*

Referitor la acest aspect, dincolo de, în opinia sa, completa lipsă de relevanță, contestatorul precizează că raportul amănunțit asupra cauzelor și împrejurărilor, prevăzut de art. 97 din Legea 85 a fost depus la

instanță și publicat integral în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 22794/29.12.2014.

c) *Inexistența garanțiilor certe că planul de reorganizare se va confirma*

Referitor la acest aspect, contestatorul arată că autoritatea contractantă utilizează argumente complet străine cauzei. Din moment ce sugerează aplicabilitatea art. 181 lit. c), care prevede pentru trecut, cum se poate aduce ca argument o eventuală viitoare neconfirmare a planului de reorganizare? Acesta este un proces de intenție, exprimat în lipsa unor argumente pertinente.

În plus, contestatorul menționează că autoritatea contractantă nu a stabilit restricții de participare la procedura de achiziție publică pentru societățile aflate în insolvență, astfel că nu poate modifica regulile în timpul procedurii.

Astfel, referitor la motivele de respingere a ofertei Asocierii, contestatorul precizează că acestea sunt nelegale, fiind emise în baza unei evaluări netemeinice a documentelor depuse în conținutul ofertei, inclusiv a explicațiilor oferite prin răspunsurile la solicitările de clarificare.

În aceste condiții, contestatorul susține că autoritatea contractantă a dat dovadă de un formalism excesiv în evaluarea ofertei depuse de Asocierea SA & ... 9 SRL, respingând oferta fără a manifesta un rol activ în analizarea explicațiilor transmise de ofertant și fără a folosi toate căile legale avute la îndemâna pentru verificarea și interpretarea documentelor depuse în conținutul ofertei, anterior respingerii acesteia.

Mai mult, pentru demonstrarea netemeinicii evaluării efectuate de autoritatea contractantă, contestatorul invocă prevederile Ordinului președintelui ANRMAP nr. 509/2011 - Anexa 1, care include la categoria „*Formulări restrictive. Documentația de atribuire nu se validează*” cerința „*Prezentării unei declarații potrivit căreia operatorul economic se află în procedura de insolvență*”.

Prin urmare, contestatorul apreciază ca fiind evidentă voința autorității emitente de a excepta de la evaluarea ofertelor o eventuală stare de insolvență în care s-ar afla ofertanți, această interpretare fiind atât în spiritul Legii speciale 85 dar și a legislației în materia achizițiilor publice, care reglementează în mod expres și limitativ cazurile de respingere a ofertelor.

De asemenea, arată că practica instanțelor, în situații similare, privind societăți comerciale aflate în insolvență ce au participat la proceduri de achiziție publică, a fost constantă în sensul de a stabili că participarea societăților în insolvență nu poate fi îngrădită, pe motive ce, în esență, se regăsesc în argumentația de mai sus, sens în care sunt invocate cu titlu de exemplu: Decizia civilă nr. 2766/7.04.2014 și 4963/13.06.2014 ale Curții de Apel, Decizia nr. 1732/R-CONT/7.12.2012 a Curții de Apel Pitești, Decizia CNSC nr. 284/C2/209/26.02.....

În concluzie, raportat la argumentele expuse, contestatorul solicită Consiliului admiterea contestației și obligarea autorității contractante la

reevaluarea ofertei Asocierii SA & ...93 SRL, cu justa aplicare a prevederilor legale existente și în conformitate cu cele expuse mai sus.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 1581/24.03., înregistrat la CNSC sub nr. 9276/31.03....., ... (.. ..), în calitate de autoritate contractantă, arată că, în fapt, în urma evaluării ofertelor, oferta Asocierii SC SA - SRL a fost declarată inacceptabilă raportat la disp. art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006 (respectiv, a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire), pentru următoarele motive:

Deoarece prin fișa de date s-a solicitat ca ofertantul să nu se afle în niciuna dintre situații prevăzute la art. 181 din OUG nr. 34/2006, solicitând-se depunerea de certificate fiscale în original/copie legalizată/simplă certificată „conform cu originalul” care să ateste că ofertantul nu are datorii la bugetul general consolidat al statului scadente la nivelul lunii anterioare celei în care este prevăzut termenul limită pentru depunerea ofertelor.

Astfel, autoritatea contractantă arată că operatorii economici romani trebuiau să prezinte certificate fiscale constatatoare emise în conformitate cu OUG nr. 92/2003 privind codul de procedura fiscală (lege valabilă la data inițierii procedurii) respectiv care să ateste că au fost achitate obligațiile fiscale ce au avut scadența la nivelul lunii anterioare celei în care este prevăzut termenul limită pentru depunerea ofertelor.

Urmare a celor prezentate ofertantul-asociat SC ... SA a depus certificatul de atestare fiscală nr.1078/11.01..... privind achitarea obligațiilor exigibile către bugetul de stat, iar ofertantul-asociat SC SRL a depus certificatul de atestare fiscală cu nr. 497 din data de 07.01..... eliberat de Agenția Națională de Administrare Fiscală, Direcția Generală de Administrare a Marilor Contribuabili, din care rezultă situația obligațiilor exigibile la data de 31.12.2015, în cuprinsul căruia sunt prezentate datorii după cum urmează: 1. Obligații fiscale/bugetare principale - 2662895 lei; 2. Obligații fiscale/bugetare accesorii - 44069 lei; 3. Total - 2706964 lei. De asemenea, au fost anexate și alte documente din cadrul procedurii de insolvență.

În acest context, autoritatea contractantă invocă dispozițiile Ordinului 509/2011 art. 9: *„(1) Cerințele referitoare la obligațiile de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale către bugetele componente ale bugetului general consolidat sunt considerate ca fiind îndeplinite în măsura în care operatorii economici prezintă înlesniri la plată de genul eşalonărilor sau compensărilor, aprobate de către organele competente în domeniu. (2) Raportarea se va face la inexistența datoriilor față de bugetul general consolidat, la o dată corelată cu termenul legal al scadenței de plată și nu la termenul de valabilitate al documentului la data depunerii sau deschiderii ofertelor.”*

Astfel, autoritatea contractantă susține că deși s-au depus documente din care rezultă că DGRFP ANAF este înscris la masa credală pentru suma datorată menționată în certificatul constatator, din

documentele depuse în cadrul ofertei nu rezultă aprobarea înlesnirii la plată pentru aceste sume datorate.

Se mai arată că prin decizia comisiei s-a solicitat să se prezinte o copie certificată conform cu originalul a planului de reorganizare sau un alt document din care să rezulte confirmarea planului de reorganizare de către judecatorul sindic/ înlesnirea la plată pentru datoria menționată în certificatul constatator, precum și să se transmită și un document din care să rezulte că până la data limita de depunere a ofertelor au fost respectate eșalonările aprobate pentru plata creanței ANAF înscrise la masa credală.

Prin răspunsul transmis în SEAP, ofertantul a precizat că: *„se află în imposibilitate de a ne pune la dispoziție o copie certificată conform cu originalul a planului de reorganizare motivat de faptul că acest document nu există - fiind în curs de elaborare la nivel de Administrator Judiciar și Administrator Special - urmând a fi depus în conformitate cu prevederile legii insolvenței în 30 de zile de la data afișării tabelului definitiv de creanțe, condiție de procedură neîndeplinită actualmente, tabelul creanțelor nefiind încă definitivat. Pentru aceleași considerente sus menționate, nu vă putem pune la dispoziție niciun alt document din care să rezulte confirmarea planului de reorganizare de către judecatorul sindic / înlesnirea la plată (adică programul de plăți al planului de reorganizare) pentru datoria menționată în certificatul fiscal, o astfel de solicitare fiind prematură”*.

Față de răspunsul primit, comisia de evaluare a constatat că nu s-a transmis nici un document din cele solicitate și că, în conformitate cu disp. art. 132 din Legea insolvenței, se poate propune un plan de reorganizare în termen de 30 de zile de la publicarea tabelului definitiv de creanțe. Prin urmare, s-a considerat necesar a solicita ofertantului să transmită o dovadă din care să rezulte că în cadrul procedurii de reorganizare nu a fost încă aprobat un plan de reorganizare - având în vedere că dosarul de insolvență este înregistrat pe rolul instanței din anul 2014 și, de asemenea, din partea creditorului ANAF, un document din care să rezulte că această creanță din certificatul de atestare fiscală nu este exigibilă la plată - plata acesteia fiind amânată/eșalonată datorită situației de insolvență a debitorului.

Prin răspunsul transmis în SEAP și înregistrat ulterior la UAT ..., jud. sub nr. 1181 din 07.03....., s-a transmis un certificat de grefă emis de Tribunalul, dosar nr...., din care rezultă că în cauza având ca obiect insolvența SC SRL „nu s-a depus plan de reorganizare deoarece a fost întocmit și publicat tabelul definitiv al creanțelor, fiind în perioada de observație”. De asemenea, prin răspuns se precizează că: „debitorul nu deține și nu poate deține un document din care să rezulte că această creanță din certificatul de atestare fiscală nu este exigibilă la plată - plata acesteia fiind amânată/eșalonată datorită situației de insolvență a debitorului - întrucât nu este prevăzut de normele procedurale fiscale emiterea unui astfel de document. Legea incidentă, în acest caz, este Legea 85/2014, art. 140, alin.1. Din acesta rezultă că

datoriile bugetare sunt amânate legal la plata până la momentul ce va fi prevăzut ca plată a acestora prin planul de reorganizare."

Astfel autoritatea contractantă menționează că s-a luat act de faptul ca art. 140, alin.1 din Legea nr. 85/2014 prevede: *„(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. În cazul intrării în faliment se va reveni la situația stabilită prin tabelul definitiv al tuturor creanțelor împotriva debitorului prevăzut la art. 112 alin. (1), scăzându-se sumele achitate în timpul planului de reorganizare.”*

De asemenea, autoritatea contractantă arată că s-au mai reținut dispozițiile art. 75 din Legea nr. 85/2014 care prevede: *„(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.”*

Prin urmare, comisia de evaluare a constatat că nu există dispoziție legală în cadrul Legii nr. 85/2014 care să prevadă că aceste creanțe anterioare datei de deschidere a procedurii insolvenței sunt amânate/eșalonate la plată, iar art. 140, alin.1 menționat de ofertant nu face trimitere la o astfel de situație, în timp ce art. 75, alin.1 face referire doar la suspendarea acțiunilor judiciare și a procedurilor de executare silită.

În opinia autorității, din aceasta se înțelege că ofertantul aflat în procedura insolvenței (respectiv, inclusiv în reorganizare) nu poate fi executat silit și nu poate fi acționat separat în instanță pentru recuperarea debitelor. Cu toate acestea, creanțele născute anterior intrării în insolvență sunt și rămân exigibile până la achitarea acestora, suspendată fiind doar executarea silită a acestora.

În acest sens, autoritatea contractantă invocă și art. 75 din Legea nr. 85/2014 prevede: *„(4) Titularul unei creanțe curente, certe, lichide și exigibile ce a fost recunoscută de către administratorul judiciar sau de către judecătorul- sindic potrivit alin. (3) și al cărei quantum depășește valoarea-prag poate solicita pe parcursul duratei perioadei de observație deschiderea procedurii de faliment al debitorului dacă aceste creanțe nu sunt achitate în termen de 60 de zile de la data luării măsurii de către*

administratorul judiciar sau a hotărârii instanței de judecată. Prevederile art. 143 alin. (2) și (3) se vor aplica în mod corespunzător."

Autoritatea contractantă apreciază ca fiind evident faptul că prin efectul Legii nr. 85/2014 este suspendată doar executarea acestor obligații, ele fiind în continuare exigibile și scadente, iar aceste obligații vor primi o nouă dată de scadență (deci o eşalonare la plată) la momentul la care va fi aprobat planul de reorganizare și fiecare creanță va avea un nou termen stabilit până la care va putea fi achitată.

Ori, arată autoritatea, din documentele depuse la dosar rezultă că nu există un plan de reorganizare aprobat și, deși creanțele nu pot fi executate silit, ele sunt în continuare exigibile la plată, nefiind eşalonate/amânate în sensul Ordinului nr. 509/2011.

În cauză, autoritatea contractantă precizează că a avut în vedere și voința legiuitorului exprimată prin art. 181 lit. c) din OUG nr. 34/2006, precum și prevederile art. 9 din Ordinul nr. 509/2011.

Prin urmare, având în vedere că în conformitate cu art. 9 din Ordinul 509/2011 eşalonările/amânările la plată ale obligațiilor exigibile trebuie să fie aprobate de către organele competente în domeniu, iar în speță, SC SRL nu a transmis nici un document din care să rezulte faptul că aceste obligații sunt amânate / eşalonate la plată, precizându-se doar că acestea sunt amânate prin efectul legii, comisia de evaluare a apreciat că nu este îndeplinită cerința de calificare privind prezentarea de „certificate fiscale în original/copie legalizata/simpla certificata „conform cu originalul” care sa ateste ca ofertantul nu are datorii la bugetul general consolidat scadente la nivelul lunii anterioare celei in care este prevăzut termenul limita pentru depunerea ofertelor. Operatorii economici romani vor prezenta certificate constatatoare emise in conformitate cu OUG nr. 92/2003 privind Codul de procedura fiscala, respectiv care sa ateste ca au fost achitate toate obligațiile fiscale ce au avut scadenta la nivelul lunii anterioare celei in care este prevăzut termenul limita pentru depunerea ofertelor."

Autoritatea contractantă învederează faptul că în acord cu dispozițiile sus menționate sunt și prevederile Regulamentului (UE, EURATOM) nr. 966/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 25 octombrie 2012 privind normele financiare aplicabile bugetului general al Uniunii și de abrogare a Regulamentului (CE, Euratom) Nr. 1605/2002 al Consiliului, care, raportat la Legea nr.157/2005 pentru ratificarea tratatului de aderare a României la U.E. se aplică cu întâietate, prevăd următoarele:

„Articolul 106 Criterii de excludere aplicabile participării la proceduri de achiziții

(1) Sunt excluși de la participarea la procedurile de achiziții candidații sau ofertanții care:

(a) se află în stare de faliment sau fac obiectul unei proceduri de lichidare sau de administrare judiciară, au încheiat concordate judiciare, și-au suspendat activitatea economică sau fac obiectul unei proceduri în urma acestor situații sau se află în situații similare în urma unei

proceduri similare prevăzute de legislația sau de reglementările naționale;

(d) nu și-au respectat obligațiile de plată a contribuțiilor de asigurări sociale sau de achitare a impozitelor în conformitate cu prevederile legale ale țării în care sunt stabiliți sau ale țării autorității contractante sau ale țării unde se execută contractul;”.

De asemenea, s-a avut în vedere și faptul că solicitarea de intrare în insolvență a fost efectuată la cererea expresă a ofertantului SC SRL, cerere admisă prin Hotărâre intermediară nr.../2014 din 10.11.2014, însă, datorita numărului mare de creditori de peste 370, din care o parte au contestat intrarea în insolvență a sus-scrisei, face să treneze soluționarea cauzei, făcând imposibila definitivarea tabelului de creditorilor și aprobarea unui plan de reorganizare.

De asemenea, și în lipsa unui raport amănunțit asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția stării de insolvență a societății, cu menționarea persoanelor cărora le-ar fi imputabilă aceste aspecte, având în vedere și suspiciunile care planează asupra faptului dacă la momentul formulării cererii de deschidere a procedurii insolvenței din 06.11.2014 debitorul SC SRL înregistra sau nu creanțe certe, lichide, exigibile de mai mult de 60 de zile anterior formulării acestora și dacă societatea era sau nu în imposibilitate de plată până la data deschiderii procedurii insolvenței sau în perioada imediat următoare din lipsa de lichidități, comisia de evaluare a reținut inexistența garanțiilor certe că planul de reorganizare se va confirma, acesta având tot atâtea șanse de a eșua, ceea ce va putea determina implicit intrarea în faliment a SC SRL. Potrivit autorității contractante, existența la acest moment a unui număr foarte mare de cereri nesoluționate definitiv de înscriere la masa credală, raportat și la cererea expresă a asociatului SC SRL de intrare în insolvență, dată fiind existența datoriilor restante către bugetul consolidat al statului, precum și la faptul că finanțarea acestei lucrări se va face cu fonduri exclusiv de la bugetul Uniunii Europene, prin fondurile alocate de către aceasta, vine să justifice incidența art.181 pct. c) din OUG nr.34/2006, care, în vederea protejării interesului beneficiarului, îi conferă dreptul comisiei de evaluare de a exclude din procedura pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant care nu justifică neîndeplinirea obligațiilor 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.

Totodată, autoritatea contractantă arată că a avut în vedere și dispozițiile art. 85 alin. (1) raportat la art. 67 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 85/2014, privitor la intenția de intrare în procedură simplificată sau de reorganizare, conform unui plan, prin restructurarea activității ori prin lichidarea, în tot sau în parte, a averii, în vederea stingerii datoriilor sale.

În atare condiții, autoritatea contractantă apreciază că dreptul său de a exclude din procedura pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant sau candidat care înregistrează datorii la bugetul

consolidat al statului, impietând asupra situațiilor financiare privind plata impozitelor și celelalte datorii către stat, este pe deplin justificat.

În concluzie, comisia a apreciat oferta Asocierii SC SA și SC SRL ca fiind inacceptabilă raportat la disp. art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006.

În ceea ce privește exclusiv criticile din cuprinsul contestației, autoritatea înțelege să răspundă punctual astfel:

1. Referitor la susținerile de la punctul 1 din contestație, autoritatea apreciază că nu era necesar ca prin fișa de date a achiziției să fie menționat faptul că vor fi respinși ofertanții aflați în insolvență.

De altfel, autoritatea arată că nu acesta este motivul respingerii ofertei Asocierii contestatoare, ci faptul că înregistrează debite la bugetul de stat.

În ceea ce privește susținerea în conformitate cu care DGRFP ANAF ar fi înscris la masa credală - autoritatea precizează că aceasta susținere nu poate fi primită întrucât tabelul creanțelor nu a fost definitivat, astfel că DGRFP ANAF nu are încă o creanță înscrisă la masa credală, ci doar o cerere formulată în acest sens și neadmisă de judecătorul sindic.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că nu există dispoziție legală care să definească „*amânarea ex lege*” invocată de contestatoare, nici în Legea nr. 85/2014 și nici în Legea nr. 85/2006 cu privire la procedura insolvenței nefiind prevăzută o astfel de situație.

Prin urmare, așa cum s-a arătat mai sus, sunt suspendate doar acțiunile judiciare și executarea creanțelor, nu și exigibilitatea acestora la plată.

Cât privește celelalte critici de la punctul 1 din contestație, autoritatea contractantă subliniază faptul că, așa cum se poate observa din documentele depuse de contestatoare, SC SRL are drept administrator judiciar ... SPRL, iar cererea de deschidere a procedurii de insolvență a fost formulată chiar de către debitoare. De asemenea, numirea administratorului judiciar s-a făcut tot la cererea debitoarei, context în care autoritatea apreciază că asociatul ofertant a constatat starea sa de insolvabilitate - necesar a fi dovedită pentru aprobarea intrării în procedura de insolvență.

Prin urmare, autoritatea consideră că poate aprecia că trenarea aprobării unui tabel definitiv al creanțelor se datorează SC SRL și, de asemenea, că situația juridică viitoare a acestei societăți este cel puțin incertă.

2. Referitor la susținerile de la punctul 2 din contestație, autoritatea contractantă arată că potrivit dispozițiilor art. 148 din Constituția României și a Legii nr.157/2005 de ratificare a Tratatului de aderare a României și Bulgariei la Uniunea Europeană, în speță prevalează dreptul Uniunii Europene/comunitar care are întotdeauna prioritate față de dreptul național, cu atât mai mult cu cât statul român și-a asumat obligația de a respecta dispozițiile din toate tratatele originare ale Comunității, dinainte de aderare, cât și post aderare. Mai mult, art.148 alin. 2 din Constituție prevede că: „*reglementările comunitare cu caracter obligatoriu, au prioritate față de dispozițiile contrare din legile*

interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare", iar alin. 4 din același articol prevede că: "Parlamentul, Președintele României, Guvernul și autoritatea judecătorească garantează aducerea la îndeplinire a obligațiilor rezultate din actul aderării și din prevederile alineatului (2) ".

În acest context, autoritatea apreciază că susținerea „disp. art. 181 din OUG nr. 34/2006 ar restrânge temeiurile de excludere doar la ipoteza falimentului" este neîntemeiată.

Astfel cum a specificat și în cuprinsul actului atacat, autoritatea contractantă arată că dispozițiile art.106 alin. (1) lit. a) și d) din Regulamentul nr. 996/2012 al Parlamentului european și al Consiliului din 25 octombrie 2012 se aplică din punctul său de vedere corespunzător și cu întâietate, învederând totodată următoarele:

- Regulamentul nr. 996/2012 al Parlamentului european are aplicabilitate generală, ca o lege internă, fiind obligatoriu în toate părțile sale și se aplică nemijlocit în fiecare stat membru. Așadar, judecătorul va aplica regulamentul, fără să fie necesară adoptarea unei legi naționale de aplicare.

- Directiva 2014/18/CE din 31 martie 2004 a Parlamentului european privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, invocată de contestatoare, spre deosebire de regulamente, care se aplică nemijlocit în fiecare stat membru, directivele sunt reglementări cadru, ale căror obiective trebuie realizate prin legislația internă a fiecărui stat membru, în termenul stabilit în directivă. Alegerea formei și a mijloacelor de aplicare se face de către statele membre, ținându-se cont de obiectivele directivei, care sunt obligatorii pentru fiecare stat membru. În aceste condiții, judecătorul nu aplică în mod nemijlocit prevederile directivei, ci normele naționale adoptate în realizarea obiectivelor directivei. Deoarece directivele se adresează numai statelor membre și sunt obligatorii numai pentru acestea, dispozițiile lor nu au efect direct în relațiile dintre cetățeni. Chiar și dispozițiile clare, precise și necondiționate din directive, prin care sunt stabilite drepturi sau obligații individuale, nu se aplică în mod nemijlocit în relațiile de drept privat.

- articolul 45 alin. (2) din Directiva 2014/18/CE este o preluare fidelă a dispozițiilor art.106 alin. (1) lit. a) și d) din Regulamentul 996/2012, și anume: „*Poate fi exclus de la participarea la un contract orice operator economic:*

- (a) *care este în stare de faliment, de lichidare, de încetare a activității, de administrare judiciară sau de concordat preventiv sau în orice altă situație analogă ce rezultă în urma unei proceduri similare în temeiul actelor cu putere de lege de drept intern;*

- (b) *care face obiectul unei proceduri de declarare a falimentului, de administrare judiciară, de lichidare, de concordat preventiv sau al oricărei alte proceduri similare în temeiul actelor cu putere de lege de drept intern;*

- (f) *care nu și-a îndeplinit obligațiile privind plata impozitelor și taxelor, în conformitate cu dispozițiile legale ale țării în care este stabilit sau ale țării autorității contractante"*

- proiectul supus achiziției în prezenta speță este finanțat exclusiv prin fonduri comunitare de la Uniunea Europeană, prin programul național de dezvoltare rurală 2014-2020, Programul Național de Dezvoltare Rurală - PNDR, fapt ce impune o atenție cu totul sporită.

În concluzie, autoritatea contractantă consideră că toate susținerile sunt nefondate, dat fiind că acest operator economic, cunoscându-și propria situație financiară, și anume de imposibilitate de plată a obligațiilor la bugetul consolidat al statului, premergător solicitării intrării în insolvență, putea să solicite de la DGRFP ANAF o înlesnire de la plată sau un grafic de eşalonare a datoriilor, iar ulterior să își solicite intrarea în insolvență. Însă, susține autoritatea, atitudinea contestatoarei a fost una vădită, de rea-credință, ea preconizându-și acțiunile, urmărind îndeaproape provocarea unui prejudiciu statului prin intrarea în insolvență și exonerarea de la plata datoriilor către acesta.

3. Referitor la susținerile de la punctul 3, lit. c) din contestație, autoritatea contractantă reiterează faptul că respingerea ofertei nu s-a făcut pentru faptul că ofertantul se află în procedură insolvenței, astfel că nu s-au schimbat dispozițiile documentației de atribuire în faza de evaluare a ofertelor - așa cum se susține în contestație - și nici nu a încălcat dispozițiile Ordinului ANRMAP nr. 509/2011.

În ceea ce privește folosirea tuturor căilor legale pentru verificarea și interpretarea documentelor depuse în conținutul ofertei, autoritatea contractantă consideră că transmiterea a două clarificări cu solicitări formulate în același sens și pentru lămurirea aceluiași aspect, demonstrează bună voința comisiei de evaluare.

Totodată, autoritatea contractantă arată că nu se poate subroga în obligațiile ofertantului de a face dovada îndeplinirii cerințelor de calificare.

Mai mult, autoritatea contractantă învederează faptul că, în conformitate cu dispozițiile Codului de procedura fiscală referitoare la eşalonarea la plată a obligațiilor exigibile, în situația în care datoriile nu ar fi fost exigibile la plată (prin efectul Legii nr. 85/2014 - sau dintr-un alt efect al legii) aceste debite nu ar fi fost menționate în cadrul Capitolului A al Certificatului de atestare fiscală (având următorul cuprins „*Susnumitul contribuabil figurează în evidențele fiscale cu următoarele obligații de plată exigibile existente în sold la data de 28.02.2015*”), ci în cadrul Capitolului III având următorul cuprins: „*Mențiuni relevante pentru situația fiscală a contribuabilului*”, acesta fiind capitolul unde se specifică eşalonările la plată, iar în situația în care sumele datorate sunt eşalonate la plată acestea nu mai sunt menționate și la Capitolul A. În demonstrarea celor precizate, autoritatea contractantă transmite, în probațiune, un certificat de atestare fiscală având o astfel de mențiune.

Având în vedere cele de mai sus, autoritatea contractantă consideră contestația formulată ca fiind neîntemeiată, motiv pentru care solicită respingerea acesteia.

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

Pentru atribuirea contractului având ca obiect „Execuție lucrări de construcții a drumurilor de exploatație agricolă în extravilanul

localităților ... și ... în cadrul proiectului Modernizare drumuri de exploatare agricolă în, Județul, ... (...) (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, cerere de oferte online, prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. din ..., la care a atașat documentația de atribuire aferentă.

Conform informațiilor postate pe SEAP, în cadrul procedurii au fost depuse 2 oferte.

În raportul procedurii nr. 1459/17.03..... comisia de evaluare a consemnat modul de evaluare a ofertelor, respingerea ca inacceptabilă ofertei depuse de ASOCIEREA SA& SRL, precum și admisibilitatea și desemnarea ofertei depuse de SC SA ca fiind câștigătoare cu o valoare a ofertei financiare de 3852016,35 lei.

Împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, ASOCIEREA SA& SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. /.....

Pe fondul contestației depuse, 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 formulată de către ASOCIEREA SA& SRL pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Consiliul reține faptul că prin adresa nr. 1461/17.03..... reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, autoritatea contractantă a informat asocierea contestatoare despre faptul că oferta sa „ (...) a fost declarată inacceptabilă raportat la dispozițiile art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006 (...) ofertantul asociat SC SRL a depus certificatul de atestare fiscală nr. 497 din data de 07.01..... eliberat de Agenția Națională de Administrare Fiscală , Direcția Generală de Administrare a Marilor Contribuabili, din care rezultă situația obligațiilor exigibile la data de 31.12.2015. Acesta prezintă datorii după cum urmează: 1. Obligații fiscale/bugetare principale – 2662895 lei; 2. Obligații fiscale/bugetare accesorii – 44069 lei; 3. Total 2706964 lei. S-au anexat și alte documente din cadrul procedurii de insolvență (...)”

Prin fișa de date a achiziției, cap. III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului s-a impus următoarea cerință minimă de calificare „(...) Ofertantul nu se află în niciuna dintre situații prevăzute la art. 181 din OUG nr. 34/2006. Se va completa și depune Declarația-Formular nr.8 (...) Se vor depune certificate fiscale în original/copie legalizată/simplă certificată „conform cu originalul” care să ateste ca ofertantul nu are datorii la bugetul general consolidat scadente la nivelul lunii anterioare celei în care este prevăzut termenul limită pentru depunerea ofertelor.

Operatorii economici români vor prezenta certificate constatatoare emise în conformitate cu OUG nr. 92/2003 privind codul de procedură fiscală, respectiv care să ateste că au fost achitate obligațiile fiscale ce au avut scadența la nivelul lunii anterioare celei în care este prevăzut termenul limită pentru depunerea ofertelor (...)”

Astfel, Consiliul reține că 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 OUG 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.

În soluționare nu vor fi reținute alegațiile contestatorului și cele ale autorității contractante referitoare la modul de interpretare și aplicabilitate a legislației specifice societăților aflate în procedura de insolvență, atât timp cât motivul pentru care oferta contestatorului a fost respinsă nu a avut legătură cu această situație.

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 documentația de atribuire nu a fost contestată, asocierea contestatoare era ținută să facă dovada îndeplinirii cerinței impuse de autoritatea contractantă.

Consiliul apreciază că 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, Consiliul 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. Distincția făcută de contestator 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.

Nicio prevedere legală nu permite discriminarea în sensul în care un operator economic care nu se află în procedură de insolvență este exclus din procedura de achiziție pentru existența datoriilor restante la buget, iar un operator economic care se află în procedura de insolvență să nu fie exclus.

Cerința autorității s-a referit strict la existența datoriilor restante și decizia a fost în concordanță cu prevederile documentației.

Prin urmare, Consiliul apreciază că în mod corect comisia de evaluare a reținut incidența dispozițiilor art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr.

925/2006, conform căroră „o ofertă este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire”, ca urmare a nedemonstrării îndeplinirii cerinței din fișa de date a achiziției cap. III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului de către asociatul SRL, din documentele depuse rezultând că acesta „nu și-a îndeplinit obligațiile de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale către bugetele componente ale bugetului general consolidat (...)”, figurând, la data de 31.12.2015, cu datorii totale de 2706964 lei.

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

PREȘEDINTE COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET
COMPLET

MEMBRU
...

...