CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SA, cu sediul în .....,., având CUI RO ..... și număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de ....., privind procedura simplificată organizată de ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, s-a solicitat Consiliului:

- anularea parțială a raportului de evaluare privind documentele suport ale formularului DUAE referitor la oferta contestatoarei și, pe cale de consecință, a adresei de comunicare a rezultatului evaluării documentelor suport DUAE nr. 16426/03.08.....;
- ....., cu înlăturarea motivelor care au stat la baza declarării ofertei ca inacceptabilă și continuarea evaluării ofertei contestatoarei aferentă etapei următoare, ca o consecință a acceptării primului capăt de cerere.

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 ..... SA critică decizia autorității contractante de a-i respinge ca inacceptabilă oferta depusă în cadrul procedurii menționată anterior, considerând nelegal motivul invocat

pentru aceasta, și anume faptul că ar înregistra obligații fiscale și alte obligații bugetare restante.

Potrivit contestatoarei, aceasta a transmis autorității contractante o notificare prealabilă, prin care a menționat, în esență, următoarele aspecte:

- la momentul elaborării ofertei și al întocmirii formularului DUAE pentru procedura de atribuire, SC ..... SA nu a avut înregistrate datorii la bugetul de stat sau la bugetele locale, sens în care a atașat certificatul de atestare fiscală eliberat de DGFP din luna noiembrie 2016;

- la momentul actual, SC ..... SA nu are datorii certe la bugetul de stat, aceasta aflându-se într-o situație litigioasă cu ANAF, sens în care a depus înscrisuri relevante, inclusiv certificat de atestare fiscală care să ateste faptul că la momentul solicitării autorității contractante nu există certitudinea creanței;

- până la soluționarea definitivă și irevocabilă a litigiului menționat, presupusul debit al SC ..... SA este suspendat;

- creanța este incertă;

- suspendarea de plată a presupusului debit poate echivala cu lipsa unui termen scadent; condiționarea de soluționarea litigiului prezumă și un termen de scadență ulterior, aspect ce incumbă forma unei eșalonări la plată, sub condiție, respectiv după data pronunțării hotărârii judecătorești definitive și irevocabile care ar putea să oblige la plată;

- suspendarea până la soluționarea litigiului echivalează și cu o suspendare a oricărui efect juridic al actului respectiv.

În acest context, contestatoarea solicită Consiliului să ia act de faptul că nu există o situație de certitudine cu privire la existența creanței și a exigibilității acesteia, apreciind că decizia autorității contractante se întemeiază pe o concluzie eronată a comisiei de evaluare. În acest sens, arată următoarele:

- la momentul întocmirii și depunerii documentației nu exista nicio situație/detaliu/act din care să rezulte că oferta este inacceptabilă în condițiile art. 165 ale Legii nr. 98/2016 și ale art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016;

- la momentul comunicării documentelor solicitate de autoritatea contractantă, respectiv la mai bine de jumătate de an de la momentul formulării ofertei, și din care rezultau debite la bugetul de stat, acestea nu erau încadrate ca fiind creanțe certe, lichide și exigibile de către ANAF, în contextul litigiilor existente cu privire la aceste debite; prin urmare declararea ofertei ca inacceptabil, în considerarea unor elemente apărute ulterior deschiderii ofertelor este una ilegitimă;

- prin raportare la art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, din adresa nr. 16426/03.08....., nu rezultă că declararea ofertei ca

inacceptabilă ar fi fost consecința neîndeplinirii condițiilor de formă aferente elaborării și prezentării acesteia;

- în ceea ce privește documentele de calificare și selecție, textul de lege anterior menționat este clar, în sensul că face precizarea expresă la documentele achiziției care nu pot fi altceva decât cele la care face referire art. 3 alin. (1) lit. t) din Legea nr. 98/2016; prin urmare, criteriile de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției, care trebuiau respectate erau cele care au fost în intervalul de la publicarea anunțului de participare nr. ...../..... până la data depunerii ofertelor, respectiv 15.11.2016, și doar o eventuală problemă legată de ofertă în interiorul termenului menționat ar putea fi imputată ca fiind în conflict cu criteriile de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției;

- în lipsa certitudinii creanței, autoritatea contractantă nu poate reține existența unei creanțe certe, deoarece ar fi încălcate în mod flagrant drepturile constituționale ale persoanelor juridice, autoritatea contractantă nefiind nici legiuitor și neputându-se subroga nici în competențele organelor de judecată competente a se pronunța cu privire la existența sau nu a unei creanțe;

- este corect că în prima parte a alin. (1) din art. 165 al Legii nr. 98/2016 este trecut ca imperativ legislativ descalificarea ofertanților datornici la bugetul de stat, dar teza următoare aduce completări în sensul existenței caracterului definitiv al actului prin care se indică un debit la bugetul de stat;

- situația de față nu se încadrează nici în situația prevăzută la art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/.....;

- debitele la bugetul de stat la care face referire autoritatea contractantă rezultau din certificatul de atestare fiscală pe care ANAF l-a emis la data de 17.07....., nu la data de 15.11.2016, când a fost ultima zi ca termen de depunere a ofertelor, iar la această dată, din certificatul emis de ANAF la data de 01.11.2016, nu rezultau niciun fel de debite la bugetul de stat; chiar dacă s-ar admite că demersul autorității contractante este unul legitim, nu s-ar putea admite însă că respectivele creanțe sunt certe, lichide și exigibile;

- concluzia autorității contractante conform căreia acțiunea deschisă în instanță pentru suspendarea executării deciziei de impunere a obligațiilor fiscale nu suspendă executarea actului administrativ fiscal, este eronată deoarece, din art. 14 și 15 din Legea nr. 554/2004, rezultă că, o astfel de suspendare poate fi dispusă în cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, hotărârea prin care se dispune suspendarea fiind executorie de drept; în plus, suspendarea executării actului administrativ are ca efect încetarea oricărei forme de executare, până la expirarea duratei suspendării, instanța putând dispune

suspendarea actului administrativ atacat, până la soluționarea definitivă și irevocabilă a cauzei;

- în condițiile în care ANAF nu a catalogat aceste debite ca fiind creanțe certe, lichide și exigibile, iar suspendarea creanței există deja, atât SC ..... SA cât și ANAF se află în imposibilitatea de a efectua demersurile prevăzute la art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016;

- anterior momentului adoptării deciziei de excludere din procedură, nu a existat o fundamentare pentru această decizie, creanța nefiind certă și exigibilă, motiv pentru care nici dacă ar apărea un motiv ulterior de descalificare a SC ..... SA pe temeiurile invocate nu s-ar putea repune în aplicare decizia inițială, deoarece ar fi în contradicție cu normele legale invocate anterior, Consiliul neputând adopta decizia excluderii din procedură pentru motive ulterior, ci doar autoritatea contractantă, printr-o nouă decizie.

Prin punctul de vedere nr. 17539/28.08....., înregistrat la Consiliu cu nr. 35996/28.08....., autoritatea contractantă a solicitat respingerea ca nefondată a contestației SC ..... SA.

În susținere, arată că, urmare a solicitării documentelor suport DUAE, ofertantul SC ..... SA a prezentat, printre altele, certificatul de atestare fiscală nr. 35314/17.04....., emis de ANAF, din care a reieșit că, la data de 30.06....., ofertantul avea obligații fiscale și alte obligații bugetare restante, în sumă totală de 8.921.217 lei. Mai mult, autoritatea contractantă arată că, a mai primit și nr. 704/13.07..... a ANAF, de înființare a popririi asupra sumelor datorate debitorului de către terți pentru suma de 5.084.132 lei.

Referitor la acțiunea deschisă în instanță de SC ..... SA pentru suspendarea executării deciziei de impunere privind obligațiile fiscale, demonstrate prin depunerea certificatului de grefă emis de Curtea de Apel ..... la data de 02.05....., autoritatea contractantă precizează că aceasta nu este suspensivă de executare, cererea făcută de operatorul economic în acest sens, fiind respinsă de instanța menționată prin Hotărârea nr. 104/ 16.06.....

În aceste condiții, apreciază că în mod corect oferta depusă de SC ..... SA a fost respinsă ca inacceptabilă, în baza art. 165 din Legea nr. 98/2016 și a art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Ca urmare a solicitării Consiliului nr. 37306/...../...../ 05.09....., de prezentare a DUAE depus de contestatoare și de precizare a modalității în care a intrat în posesia certificatelor de atestare fiscală nr. 57213/01.11.2016 și nr. 35314/17.07....., respectiv solicitările de clarificări și răspunsurile la acestea, autoritatea contractantă a transmis adresa nr. 18277/06.09.....,

înregistrată la Consiliu cu nr. 37610/07.09....., prin care a precizat următoarele:

- prin adresa nr. 13419/05.09....., a solicitat contestatoarei prezentarea documentelor suport aferente DUAE depus în cadrul procedurii;

- în aceeași perioadă, ca urmare a comunicărilor rezultatului procedurii, un alt ofertant a depus o notificare, urmată de o contestație, aceasta din urmă fiind admisă de Consiliu, fapt ce a determinat anularea tuturor documentelor subsecvente procedurii și reevaluarea ofertei contestatoarei;

- în urma reevaluării, oferta declarată câștigătoare a fost tot cea depusă de SC ..... SA, motiv pentru care acestui ofertant i s-au solicitat din nou documentele suport DUAE, prin adresa nr. 15785/10.07.....;

- ca răspuns la noua solicitare, SC ..... SA a prezentat certificatul de atestare fiscală nr. 35314/17.07....., precum și certificatul care atesta deschiderea dosarului nr. 291/39/....., dosar privind cererea de suspendare a executării deciziei de impunere;

- ulterior, autoritatea contractantă a mai primit de la ..... – ROMSILVA ..... o adresă de înființare a popririi asupra sumelor datorate debitorului SC ..... SA de către terți.

Prin adresa nr. 461/07.09....., înregistrată la Consiliu cu nr. 37835/08.09....., SC ..... SA a invocat tardivitatea, inadmisibilitatea și nulitatea punctului de vedere depus de autoritatea contractantă, solicitând constatarea nulității punctului de vedere, cu sancțiunea echivalării lipsei de depunere a punctului de vedere și de aplicare a sancțiunii decăderii din dreptul de a mai depune probe și de a mai invoca excepții, precum și cu echivalarea inexistenței punctului de vedere marcat de lipsa totală de opozabilitate a acestuia față de SC ..... SA.

În susținere, contestatoarea precizează că a transmis contestația sa nr. ...../....., atât la Consiliu, cât și la autoritatea contractantă, premergător acesteia fiind formulată o notificare prealabilă, asupra căreia autoritatea contractantă nu a efectuat nici măcar formalitatea procedurală de a-i transmite direct răspunsul, fapt ce denotă un tratament inadecvat al autorității contractante raportat la normele procedurale instituite cu rolul de a preveni eventuale litigii și de a crea un climat propice derulării procedurilor de atribuire. Mai mult, răspunsul la notificarea prealabilă nu a conținut niciun element de motivare.

Potrivit contestatoarei, într-un mod similar răspunsului la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă nu i-a comunicat nici punctul de vedere cu privire la contestație, transmis Consiliului. Totodată, față de contestație, autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit nici măcar obligația prevăzută la art. 16 alin. (2) din Legea

nr. 101/2016, de publicare în SEAP a acesteia, în termen de o zi lucrătoare de la primire.

Referitor la punctului de vedere cu privire la contestație, contestatoarea arată că acesta a fost transmis Consiliului în data de 28.08....., astfel încât, raportat la data de ....., când contestația a fost transmisă la autoritatea contractantă atât prin poștă cât și prin e-mail, fiind astfel depășit termenul de 5 zile prevăzut la art. 18 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

În plus, arată că și în situația în care punctul de vedere ar fi fost transmis la Consiliu în termenul de 5 zile, textul de lege ar fi fost oricum încălcat prin netransmiterea respectivului punct de vedere și către contestatoare. În aceste condiții, contestatoarea consideră că i-a fost lezat dreptul la apărare, drept inclus în principiile legalității, contradictorialității și al asigurării dreptului la apărare, definit la art. 15 din Legea nr. 101/2016. Netransmiterea punctului de vedere la contestatoare este apreciată ca fiind o abatere procedurală gravă a autorității contractante.

În ceea ce privește excepția inadmisibilității punctului de vedere, contestatoarea invocă art. 18 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, și neîndeplinirea de către autoritatea contractantă, pe lângă obligația de transmitere a punctului de vedere la contestatoare, și pe cea de transmitere la Consiliu a dovezii privind înaintarea punctului de vedere la contestatoare.

În aceste condiții, contestatoarea apreciază că sunt incidente prevederile art. 18 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, referitoare la decăderea autorității contractante din dreptul de a mai propune probe și de a mai invoca excepții, în afara celor de ordine publică, dacă legea nu prevede altfel.

Contestatoarea precizează că acest capăt de cerere nu este unul de fond ci unul de procedură, fiind justificat atât prin prisma atitudinii de eludare continuă de către autoritatea contractantă a prevederilor legale, cât și prin prisma ocrotirii valorilor generale instituite de legiuitor la art. 15 din Legea nr. 101/2016 precum și a interesului său legitim.

Astfel, contestatoarea susține că, prin necomunicarea punctului de vedere, a fost încălcat principiul legalității, normă legală cu caracter imperativ, cât și principiul celerității soluționării cauzelor. În plus, prin nerespectarea etapei de comunicare a punctului de vedere, este imposibil de respectat principiile contradictorialității și al asigurării dreptului fundamental la apărare.

Contestatoarea mai adaugă că, din punct de vedere juridic, prezentul capăt de cerere nu completează capătul de cerere sau motivele din cuprinsul contestației inițiale, el fiind un capăt de cerere ce vizează procedura de soluționare a contestației. Din acest motiv, înțelege să uzeze de dreptul său la apărare și să solicite aplicarea principiului legalității și al contradictorialității, astfel cum

sunt definite la art. 15 din Legea nr. 101/2016, și decăderea autorității contractante din dreptul de a mai formula excepții și de a mai propune probe.

De asemenea, contestatoarea susține că, în condițiile nerespectării prevederilor legale anterior menționate, punctul de vedere nu îi poate fi opozabil, astfel încât Consiliul, în soluționarea contestației, ar trebui să nu ia în considerare niciun element invocat în punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 36996, 36025 și nr. 36031 în data de 28.08..... și nici în răspunsul înregistrat la Consiliu cu nr. 37610 în data de 07.05....., față de solicitarea de completare, dacă e pentru punctul de vedere sau probatoriu, și niciun alt act subsecvent analizei punctului de vedere.

Având în vedere că la dosarul cauzei, autoritatea contractantă a depus dovada înaintării către contestatoare, la data de 27.09....., a punctului său de vedere la contestație (adresa nr. 17539 din 28.08.....), cât și a răspunsului său (adresa nr. 18277 din 06.09.....) la solicitarea Consiliului, acesta din urmă, prin adresa nr. 40572/...../...../27.09....., a cerut SC ..... SA să își exprime punctul de vedere cu privire la aceste acte ale autorității contractante.

SC ..... SA a răspuns solicitării Consiliului transmițând punctul de vedere nr. 463/28.09....., înregistrat la Consiliu cu nr. 40979/....., prin care:

- reia solicitările formulate anterior cu privire la tardivitatea depunerii punctelor de vedere de către autoritatea contractantă, în temeiul art. 18 din Legea nr. 101/....., inadmisibilitatea punctelor de vedere din cauza netransmiterii lor către contestatoare, în temeiul aceluiași text de lege menționat anterior, precum și nulitatea punctului de vedere din cauza neîndeplinirii condițiilor de validitate a acestuia;

- suplimentar, invocă nerespectarea de către Consiliu a principiilor celerității și contradictorialității, prevăzute la art. 15 din actul normativ invocat anterior, mai ales în contextul în care Consiliul va aprecia ca fiind legale atât maniera de comunicare a documentelor, cât și intervalul de soluționare a prezentei cauze, iar pentru situația în care nu va fi reținută ca fiind condiție de validitate prezentarea punctelor de vedere în termenul și condițiile prevăzute de lege, invocă excepția ineficacității, pe considerentul neefectuării opozabilității demersurilor, cu încălcarea prevederilor art. 15 din Legea nr. 101/2016 și ale acelora din dreptul comun la care legea face trimitere.

Cu privire la nerespectarea principiilor celerității și contradictorialității de către Consiliu, contestatoarea precizează că, la acest moment, au trecut mai mult de 40 de zile de la începutul procesului de soluționare a contestației, fiind astfel depășit termenul legal prevăzut la art. 24 din Legea nr. 101/2016.

În acest sens, contestatoarea precizează că, în condițiile în care contestația sa a fost transmisă autorității contractante în data de 16.08.2107, ultima zi în care aceasta putea transmite punctul de vedere și dosarul achiziției ar fi fost 23.08....., acestea putând fi primite la Consiliu cel mai târziu la data de 25.08..... Astfel, este evident că, prin transmiterea punctului de vedere și a dosarului achiziției la data de 29.08....., după cum reiese din datele înregistrate pe portal.cncsc.ro, acest termen a fost încălcat de autoritatea contractantă, Consiliul nesancționând această abatere procedurală, nici în condițiile în care aceasta a fost invocată, pe cale de excepție, încă de la data de 08.09.....

Prin urmare, în condițiile în care termenul de soluționare a contestației a început să curgă la data de 29.08....., la acest moment, aceasta ar fi trebuit să fie soluționată, cu atât mai mult cu cât, pe fond, speța nu este una cu mare grad de complexitate, în esență, fiind vorba de respingerea unei oferte în baza unor acte referitoare la existența unei creanțe incerte și neexigibile.

Contestatoarea mai consideră că trebuia verificat, cel puțin pentru aspectul procedural, dacă punctele de vedere au fost, întradevăr, transmise prin fax către SC ..... SA; în condițiile în care excepțiile pe care le-a invocat la data de 07.09..... au fost făcute opozabile autorității contractante, aceasta ar fi trebuit, din oficiu sau la solicitarea Consiliului, să furnizeze un răspuns și o dovadă a înscrisului la care se face referire prin adnotare suplimentară cu scris de mână pe punctele de vedere comunicate în data de 27.09..... de către Consiliu și nu de către autoritatea contractantă.

Potrivit contestatoarei, chiar dacă s-ar fi apreciat că excepțiile invocate la data de 07.09..... nu pot împiedica soluționarea pe fond a contestației, oricum termenul de soluționare a fost depășit, chiar dacă ar fi fost operată prelungirea acestuia cu zece zile.

Cu privire încălcarea principiului contradictorialității, contestatoarea face trimitere la art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/ ....., potrivit căruia, în termen de 5 zile de la data la care a primit contestația, autoritatea contractantă are obligația de a transmite Consiliului și contestatoarei, din oficiu, punctul său de vedere cu privire la contestație. Astfel, parcursul cronologic al dosarului indică faptul că autoritatea contractantă nu a respectat acest termen.

Pe de altă parte, face trimitere la prevederile Legii nr. 101/2016, potrivit cărora Consiliul are dreptul de a solicita lămuriri părților, de a administra orice mijloace de probă admise de lege și de a solicita orice date și documente, în măsura în care acestea sunt relevante în raport cu obiectul contestației, de a solicita orice date necesare pentru soluționarea contestației de la alte persoane fizice și juridice și de a solicita contestatoarei, informații și mijloace de

probă, altele decât cele prevăzute la art. 10 din lege, care trebuie transmise în termen de 5 zile lucrătoare de la data solicitării, nedepunerea acestora neîmpiedicând soluționarea contestației.

În acest context, arată că, punctul de vedere comunicat tardiv de autoritatea contractantă a fost analizat de Consiliu care, în data de 05.09....., a solicitat clarificări/explicații suplimentare, transmise de autoritatea contractantă a doua zi, doar către Consiliu nu și către contestatoare. Chiar dacă se specifică faptul că respectivele puncte de vedere ar fi fost transmise, prin fax, și către SC ..... SA, Consiliul nu a solicitat demonstrarea acestui fapt, prin depunerea unui mijloc de probă adecvat. Referitor la acest aspect, contestatoarea reiterează că, respectivele puncte de vedere nu i-au fost comunicate de autoritatea contractantă nici măcar în afara termenului, în opinia sa, aceasta fiind o dovadă a nerespectării principiului contradictorialității. Mai mult, chiar Consiliul a solicitat un punct de vedere cu privire la respectivele puncte de vedere abia după 21 de zile de la data la care autoritatea contractantă a transmis cel de al doilea punct de vedere.

În aceste condiții, contestatoarea solicită să nu se țină seama în soluționare de cele două puncte de vedere, eventuala acceptare a lor încălcând flagrant cele două principii.

În opinia contestatoarei, după caracterul normelor încălcate în speță, suntem în situația unei excepții absolute care privește normele imperative de ordine publică și anume excepții care uzează normele ce determină ordine firească a judecății și cele care consacră principii fundamentale ale dreptului procesual civil. Acestea pot fi invocate în orice stadiu procesual și fără restricții cu privire la calitatea procesuală. Contestatoarea consideră că responsabilitatea în ceea ce privește necomunicarea aparține îndeosebi autorității contractante, motiv pentru care a invocat aceste excepții, pe care le consideră de ordine publică. Cu toate acestea, există și o responsabilitate a Consiliului cel puțin sub aspectul depășiri termenului de soluționare a contestației și solicitarea unui punct de vedere de la contestatoare cu privire la un interval de timp care a depășit cu o zi chiar și termenul general de soluționare a contestației ți fără să fie prezentată măcar o dovadă că autoritatea contractantă a făcut comunicarea în termen.

De asemenea, contestatoarea precizează că îți menține excepțiile tardivității, inadmisibilității și nulității atât în ceea ce privește primul punct de vedre cât și în cea ce îl privește pe cel de al doilea.

Referitor la tardivitate, arată că, pe lângă faptul că nu a fost îndeplinită obligația prevăzută la art. 16 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, depunerea acestuia la Consiliu la data de 28.08....., denotă depășirea termenului legal. Chiar dacă primul punct de vedere s-ar considera a fi fost depus în termen, nu același lucru s-ar

mai putea spune, însă, despre cel de al doilea. În condițiile în care cele două puncte de vedere nu au fost comunicate și contestatoarei în termen, au fost comunicate tardiv Consiliului, iar acesta din ură a comunicat către contestatoare respectivele puncte de vedere la 29, respectiv 21 de zile de la data formulării lor, SC ..... SA apreciază că sunt îndeplinite toate exigențele pentru admiterea excepției tardivității.

Cu privire la excepția inadmisibilității, invocă neîndeplinirea de către autoritatea contractantă a obligației de a-i transmite în termen de 5 zile punctul de vedere cu privire la contestație, apreciind că în cauză sunt incidente prevderile art. 18 alin. (3) din Lege anr. 101/2016 conform cărora lipsa punctului de vedere atrage decăderea autorității contractante din dreptul de a mai propune probe și de a mai invoca excepții. În opinia sa, orice probă adusă de autoritatea contractantă și orice excepție invocată de aceasta și care ar fi reținute de Consiliu ar fi elemente clare ale încălcării principiilor legalității imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale.

În ceea ce privește excepția nulității, contestatoarea invocă nerespectarea condițiilor de validitate a celor două puncte de vedere ale autorității contractante, și anume faptul că acestea nu au fost comunicate oficial, în termen legal, prin mijloacele reglementate și care pot fi demonstrate, nici contestatoarei nici Consiliului. Din aceste motive, apreciază că respectivele puncte de vedere sunt lipsite de caracter opozabil față de contestatoare.

Pe fond, arată că, în mod greșit autoritatea contractantă a apreciat că la momentul derulării procedurii, SC ..... SA ar fi avut datorii certe, lichide și exigibile la bugetul de stat. În susținere, reiterează aspectele din cuprinsul contestației referitoare la faptul că, la momentul elaborării ofertei și întocmirii formularului DUAE nu a avut înregistrate datorii la bugetul de stat sau la bugetele locale, concluzie ce reiese din împrejurarea că, la acel moment, se afla într-o situație litigioasă cu ANAF.

La data comunicării documentelor solicitate de autoritatea contractantă cu privire la acest aspect, trecuse mai bine de jumătate de an de la data la care fusese formulată oferta , iar din documentele comunicate în acest interval, din care rezultau debite la bugetul de stat nu rezulta că acestea au fost încadrate ca fiind creanțe certe, lichide și exigibile de către ANAF.

Prin urmare, catalogarea de către autoritatea contractantă a situației ca fiind una care să justifice declararea ofertei ca fiind inacceptabilă, fie și prin luarea în considerarea a unor elemente apărute ulterior deschiderii ofertelor este ilegitimă, după cum , la fel este și aserțiunea autorității contractante conform căreia acțiunea deschisă pentru suspendarea executării deciziei de impunere a

obligațiilor fiscale nu suspendă executarea actului administrativ fiscal.

Din perspectiva art. 14 și 15 din Legea nr. 554/2004 și a jurisprudenței în materie, contestatoarea consideră că trebuie făcută distincția între două noțiuni juridice diferite, respectiv noțiunea de suspendare și ce a de incertitudine. Acestea nu se află într-un raport de cauzalitate. Chiar dacă un act ce prezumă o creanță nu se suspendă, acest aspect nu înseamnă faptul că există o certitudine a existenței creanței, în condițiile în care această certitudine este obiectul unei sau unor acțiuni aflate pe rolul instanței.

Mai mult, apreciază că o decizie adoptată azi de către o autoritate publică nu poate avea ca just temei un eveniment incert la data adoptării deciziei. Din acest motiv anularea deciziei este întemeiată.

Autoritatea contractantă poate dispune reevaluarea, iar în condițiile în care situația de schimbă, poate adopta un nou act administrativ de luare a unei decizii de respingere a ofertei. Menținerea deciziei pe elemente de fapt ce para ulterior și care nu erau cunoscute la data adoptării deciziei nu poate fi admisibilă. Astfel din punct de vedere procedural, se impune anularea deciziei de respingere a ofertei pentru temeiurile ce au stat la baza adoptării actului administrativ.

Potrivit contestatoarei, legea impune, indirect, să se adopte alte acte administrative în etapa de reevaluare, acte care dacă au ca fundamentare noi elemente aferente speței, dar existente la data adoptării noului act. Astfel autoritatea contractantă poate emite o decizie cu respectarea temeiniciei și legalității actelor administrative. Numai din acest raționament logic, corect procedural, rezultă foarte clar faptul că trebuie admisă pe fond contestația aflată în soluționare.

Potrivit contestatoarei, până la soluționarea în nod definitiv și irevocabil a litigiului amintit anterior, presupusul său debit este suspendat, sens în care a depus un act justificativ încă de la data formulării contestației.

Referitor la alegațiile autorității contractante din cuprinsul celor doua puncte de vedere, contestatoarea arată că acestea nu arată decât lipsa de argumente solide pentru luarea decizie de descalificare a ofertei sale din procedură. Contestatoarea solicită să se țină seama de faptul că debitele la bugetul de stat la care face referire autoritatea contractantă rezultau din certificatul de atestare fiscală pe care ANAF l-a emis la data de 17.07....., nu la data de 15.11.2016, când a fost ultima zi ca termen de depunere a ofertelor, iar la acea dată, din certificatul fiscal al ANAF emis la data de 01.11.2016 nu rezulta niciun fel de debite la bugetul de stat. Chiar dacă s-ar admite că demersul autorității contractante este unul legitim, contestatoarea apreciază că, prin raportare la art. 215

alin. (4) și art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, tot nu s-ar putea admite că aceste creanțe ar fi certe, lichide și exigibile.

Concluzionând, contestatoarea precizează că, atât timp cât creanța este incertă, trebuie să opereze prezumția de bună-credință și nevinovăție, iar atât timp cât diferendul nu a fost soluționat, aspectul creanței nu poate fi luat în calculul altor decizii.

Consiliul a stabilit prelungirea termenului de soluționare a cauzei, în acord cu prevederile art. 24 din Legea nr. 101/2016, comunicând acest fapt autorității contractante prin adresa nr. 40629/...../...../27.09....., în vederea asigurării respectării principiilor contradictorialității și dreptului la apărare față de contestatoare, cu privire la punctul de vedere al autorității asupra contestației.

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

..... a inițiat o procedură simplificată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. ..... din ..... Valoarea estimată a contractului de lucrări ce urmează a fi atribuit este de 449.770 lei, fără TVA.

Decizia privind rezultatul procedurii de atribuire i-a fost comunicată SC ..... SA prin adresa nr. 16426 din 03.08....., în care se arată că oferta acestei societăți a fost respinsă ca inacceptabilă, în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, coroborat cu art. 165 din Legea nr. 98/2016, deoarece are obligații fiscale și bugetare restante la data de 30.06....., în suma totală de 8.921.217 lei, acțiunea judecătorească deschisă de societate în vederea suspendării executării deciziei de impunere privind obligațiile fiscale nesuspendând executarea actului administrativ fiscal.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, SC ..... SA a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând:

- anularea parțială a raportului de evaluare privind documentele suport ale formularului DUAE referitor la oferta sa și, pe cale de consecință, a adresei de comunicare a rezultatului evaluării documentelor suport DUAE nr. 16426/03.08.....;
- reevaluarea documentelor suport DUAE depuse, cu înlăturarea motivelor care au stat la baza declarării ofertei ca inacceptabilă și continuarea evaluării ofertei sale aferentă etapei următoare, ca o consecință a acceptării primului capăt de cerere.

Fiind ținut a cerceta cu prioritate excepțiile invocate în cauză, conform art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza excepția invocată de SC ..... SA privind tardivitatea,

inadmisibilitatea și nulitatea punctul de vedere al autorității contractante referitor la contestația sa. În susținerea excepției arătate, autoarea menționează că autoritatea contractantă nu a transmis apărările sale în termen de 5 zile de la primirea contestației, așa cum impun prevederile art. 18 din Legea nr. 101/2016.

Verificând, Consiliul reține că prevederile art. 18 din Legea nr. 101/2016, incidente în speță, sunt următoarele:

„(1) În termen de 5 zile lucrătoare de la data la care a primit contestaţia, autoritatea contractantă are obligaţia de a transmite Consiliului și contestatorului, din oficiu, punctul său de vedere asupra contestaţiei.

(2) Autoritatea contractată are obligaţia de a transmite Consiliului, în termenul prevăzut la alin. (1), o copie a dosarului achiziţiei publice, achiziţiei sectoriale sau al concesiunii, precum și dovada înaintării punctului de vedere către contestator şi orice documente considerate edificatoare, cu excepţia anunţurilor de participare publicate în SEAP şi a documentaţiei de atribuire, atunci când aceasta este disponibilă și poate fi descărcată direct din SEAP.

(3) Lipsa punctului de vedere nu împiedică soluţionarea contestaţiei, în măsura în care s-a făcut dovada comunicării acesteia către autoritatea contractantă. Lipsa punctului de vedere al autorităţii contractante atrage decăderea ei din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepţii, în afara celor de ordine publică, dacă legea nu prevede altfel.”

Rezultă, din textul legii, pe de o parte, faptul că nu există o sancțiune expresă pentru autoritatea contractantă care transmite punctul său de vedere Consiliului într-un termen mai mare de 5 zile lucrătoare, iar pe de altă parte, decăderea autorității contractante din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții operează numai în situația în care aceasta nu transmite un punct de vedere referitor la contestația pe care a primit-o.

În speța actuală, autoritatea contractantă a trimis Consiliului punctul său de vedere cu privire la contestația SC ..... SA, ceea ce conduce la concluzia că aceasta nu poate fi decăzută din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții.

Așa cum se preciza mai sus, comunicarea apărărilor într-un termen mai mare de 5 zile lucrătoare nu este sancționată în mod expres de lege.

Drept urmare, faptul că autoritatea a transmis punctul său de vedere după împlinirea, la data de 23.08....., a termenului de 5 zile lucrătoare în care, potrivit legii, era obligată la o asemenea conduită, nu atrage sancțiunea decăderii din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții.

În aceste condiții, Consiliul respinge excepția tardivității și nulității punctului de vedere al autorității contractante, invocata de contestatoare.

Cât privește faptul că autoritatea contractantă nu i-a transmis punctul de vedere referitor la contestația sa, alături de faptul că se reține aceleași concluzii de mai înainte în ceea ce privește lipsa unei sancțiuni stabilite de lege pentru o astfel de conduită, Consiliul retine și faptul că termenul de soluționare a prezentei contestații a fost prelungit tocmai pentru a se asigura transmiterea de către autoritate contestatoarei SC ..... SA, a punctului său de vedere la contestație (adresa nr. 17539 din 28.08.....) și a răspunsului său (adresa nr. 18277 din 06.09.....) la solicitarea Consiliului, cât și exprimarea apărărilor contestatoarei față de aceste acte.

Drept urmare, Consiliul reține atât asigurarea condițiilor exercitării dreptului la apărare al contestatoarei, cât și asigurarea contradictorialității în prezenta cauză, cu atât mai mult cu cât prin actele sale, autoritatea contractantă nu aduce informații și dovezi care să nu fie cunoscute de către contestatoare.

În atari condiții, Consiliul va respinge și excepția inadmisibilității punctului de vedere al autorității contractante, invocata de către SC ..... SA.

Prin adresa nr. 463 din 28.09....., înregistrata la Consiliu cu nr. 40979 din ....., de răspuns la punctul de vedere al autorității și la adresa acesteia nr. 18277 din 06.09....., SC ..... SA invocă și excepția ineficacității și a nerespectării de către Consiliu a principiilor celerității și contradictorialității, excepții pe care Consiliul le va respinge, pentru considerentele expuse în analiza celorlalte excepții ridicate de către contestatoare.

Cât privește termenul de soluționare a prezentei cauze, Consiliul subliniază faptul că toate actele din dosarul achiziției publice necesare soluționării, împreună cu informațiile relevante au fost depuse la dosarul cauzei în data de 07.09....., fapt pentru care prin pronunțarea prezentei decizii sunt respectate prevederile art. 24 din Legea nr. 101/2016.

Prin contestația înaintată, SC ..... SA arată și faptul că autoritatea contractantă a încălcat prevederile legale prin publicarea exclusiv în SEAP a răspunsului la notificarea sa prealabilă și prin publicarea, cu această ocazie, a datelor sale de identificare.

Dispozițiile art. 6 din Legea nr. 101/2016 stabilesc următoarele:

„(4) În termen de 3 zile, calculat începând cu ziua următoare primirii notificării prealabile, autoritatea contractantă transmite un răspuns prin care comunică dacă urmează sau nu să adopte măsuri de remediere a pretinsei încălcări.

(5) În cazul în care autoritatea contractantă transmite un răspuns în sensul că urmează să adopte măsuri de remediere,

aceasta are la dispoziţie un termen de 7 zile pentru implementarea efectivă a acestora. Termenul se calculează începând cu ziua următoare transmiterii răspunsului prevăzut la alin. (4).

(6) În cazul procedurilor care se publică în SEAP, măsurile adoptate potrivit alin. (5), înainte de data-limită de depunere a solicitărilor de participare sau, după caz, a ofertelor, se comunică, în termen de o zi lucrătoare de la adoptare, atât persoanei care a notificat autoritatea contractantă, cât și celorlalţi operatori economici implicaţi în procedura de atribuire prin publicarea în SEAP.

(7) În cazul procedurilor a căror iniţiere nu se realizează prin publicare în SEAP, măsurile adoptate potrivit alin. (5) se comunică, în termen de o zi lucrătoare de la adoptare, atât persoanei care a notificat autoritatea contractantă, cât și celorlalţi operatori economici implicaţi în procedura de atribuire.

(8) Comunicările prevăzute la alin. (7) se realizează prin orice mijloc de comunicare prevăzut de legislaţia privind achiziţiile publice, legislaţia privind achiziţiile sectoriale sau legislaţia privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii, după caz.

(9) Dispoziţiile alin. (7) şi (8) se aplică şi în cazul măsurilor de remediere adoptate după data-limită de depunere a solicitărilor de participare sau, după caz, a ofertelor."

Rezultă că autoritatea contractantă nu are obligația de a posta în SEAP răspunsul la o notificare prealabilă, în măsura în care nu înțelege să adopte măsuri de remediere, așa cum e cazul speței prezente.

În această situație, conduita autorității, reclamată de contestatoare, nefiind reglementată legal și nici sancționată, Consiliul, reținând că autoarea criticii nu reclamă vreun prejudiciu pe care l-a suferit prin faptul de a fi postat în SEAP răspunsul autorității la notificarea sa prealabilă, cu dezvăluirea identității sale, conchide că această critică este nefondată.

Verificând legalitatea deciziei de respingere a ofertei SC ..... SA, Consiliul reține că, în aplicarea acestei proceduri de achiziție publică, dat fiind faptul că oferta acestei societăți s-a clasat pe locul I, prin adresa nr. 15785 din 10.07....., autoritatea contractantă i-a cerut să prezinte documentele justificative prin care demonstrează completarea formularului DUAE.

Printre documentele depuse, SC ..... SA a prezentat și certificatul de atestare fiscală nr. 35314 din 17.07....., conform căruia, la data de 30.06....., societatea figura în evidențele fiscale cu obligații fiscale și bugetare individualizate în titluri executorii emise potrivit legii și existente în evidența organului fiscal central în vederea recuperării în valoare de 8.921.217 lei.

Consiliul reține că, dat fiind faptul că, într-o etapă anterioară a acestei proceduri, SC ..... SA a mai fost declarată câștigătoare,

autoritatea contractantă i-a solicitat, cu acea ocazie, depunerea documentelor suport ale informațiilor din DUAE, iar societatea a prezentat certificatul de atestare fiscală nr. 57213 din 01.11.2016, conform căruia, la data de 31.10.2016, societatea nu figura în evidențele fiscale cu obligații fiscale și bugetare individualizate în titluri executorii emise potrivit legii și existente în evidența organului fiscal central în vederea recuperării.

Ca un prim aspect, Consiliul constată că situația obligațiilor fiscale și bugetare ale SC ..... SA s-a modificat la data de 30.06....., față de data de 31.10.2016.

Referitor la această chestiune, Consiliul reține că, potrivit art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, *"Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice operator economic despre care are cunoştinţă că şi-a încălcat obligaţiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat, iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotărâre judecătorească sau decizie administrativă având caracter definitiv și obligatoriu în conformitate cu legea statului în care respectivul operator economic este înfiinţat."*

Pe de altă parte, conform art. 169 din Legea nr. 98/2016, *"Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoştinţă că operatorul economic se află, având în vedere acţiunile sau inacţiunile săvârşite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situaţiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire."*

În lumina acestei din urmă prevederi, excluderea unui operator economic pentru motivul indicat la art. 165 din lege operează atât pentru situația existentă la data depunerii ofertei, cât și în situația în care motivul de excludere intervine pe parcursul derulării procedurii, așa cum e cazul speței prezente.

Dată fiind această reglementare, Consiliul respinge ca nefondate susținerile contestatoarei referitoare la faptul că, odată demonstrată situația obligațiilor fiscale și bugetare la data inițierii procedurii, respectiv la data de 31.10.2016, situația existentă la data finalizării acesteia, respectiv la data de 30.06....., nu poate să înlăture starea de fapt și de drept inițială.

În plan imediat următor se află pretenția contestatoarei că datoria sa este suspendată la executare ca urmare a acțiunii judecătorești demarată în acest sens.

La dosarul cauzei se află următoarele documente:

- Certificat emis la data de 02.05....., de către Curtea de Apel ....., Secția de contencios administrativ și fiscal, în dosarul nr. 291/39/....., dosar având ca obiect cererea de suspendare a executării deciziei de impunere privind obligațiile fiscale principale aferente diferențelor bazelor de impozitare stabilite în cadrul

inspecției fiscale la persoane juridice, acte emise de DGRFP Iași – Administrația Județeană a Finanțelor Publice Bacău – Activitatea de Inspecție Fiscală, acțiune formulată de reclamanta SC ..... SA în contradictoriu cu pârâtul DGRFP Iași – Administrația Județeană a Finanțelor Publice Bacău; în certificat se menționează că dosarul se află în procedura de verificare și regularizare a cererii de chemare în judecată, urmând ca primul termen de judecată să fie stabilit după parcurgerea etapelor premergătoare prevăzute de dispozițiile legale;

- extras din portalul Curții de Apel ..... din care rezultă că, la data de 16.06....., a fost pronunțată hotărârea nr. 104/....., în dosarul nr. 291/39/....., soluția fiind de respingere a cererii de suspendare;

- adresa nr. 704 din 13.07....., emisă de Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Iași, de înființare a popririi asupra sumelor datorate debitorului SC ..... SA de către terți, sume în valoare de 5.084.132 lei.

Din aceste dovezi cumulate, rezultă că, la data emiterii deciziei de respingere a ofertei SC ..... SA, societatea figura în evidențele fiscale cu obligații fiscale și bugetare individualizate în titluri executorii emise potrivit legii și existente în evidența organului fiscal central, în vederea recuperării, în valoare de 8.921.217 lei, parte din acestea (5.084.132 lei) urmând a fi recuperate de la terții debitoarei SC ..... SA, pe calea popririi amintite.

Date fiind probele amintite, Consiliul va respinge ca nefondate susținerile contestatoarei referitoare la incertitudinea creanței și suspendarea acesteia, precum și la existența vreunui litigiu cu privire la aceasta. Singurul litigiu la care părțile fac referire prin actele depuse este cel la care se referă certificatul emis la data de 02.05....., de către Curtea de Apel ....., Secția de contencios administrativ și fiscal, în dosarul nr. 291/39/....., dosar având ca obiect cererea de suspendare a executării deciziei de impunere privind obligațiile fiscale principale aferente diferențelor bazelor de impozitare stabilite în cadrul inspecției fiscale la persoane juridice, acte emise de DGRFP Iași, acțiune formulată de reclamanta SC ..... SA în contradictoriu cu paratul DGRFP Iași – Administrația Județeană a Finanțelor Publice Bacău.

În această situație, Consiliul stabilește legalitatea deciziei autorității contractante de respingere a ofertei SC ..... SA, datorată incidenței motivului de excludere stabilit la art. 165 din Legea nr. 98/2016.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor,

Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația depusă de SC ..... SA.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepțiile invocate în cauză de către SC ..... SA.

Respinge ca nefondată contestația depusă de SC ..... SA.

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, potrivit art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în 4 exemplare, conține 18 pagini.