CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR
C.N.S.C.
Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., cu sediul procedural ales în ....., reprezentata de avocat ....., formulată împotriva adresei nr. 3238/29.06..... și a raportului procedurii nr. 3206/26.06....., emise de ....., cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura simplificată organizată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „.....”, inițiată cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la ....., s-a solicitat Consiliului:

- anularea adresei nr. 3238/29.06.....;
- anularea, în parte, a raportului procedurii nr. 3206/26.06....., în ceea ce privește desemnarea drept admisibilă și câștigătoare a ofertei asocierii SC ..... SRL - SC ..... SRL;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei asocierii SC ..... SRL - SC ..... SRL, cu respectarea legislației aplicabile și a considerentelor deciziei ce urmează a se pronunța;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate cu soluționarea contestației.

Prin adresa nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., ..., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată prin ..... – Administrator, în calitate de lider al Asocierii SC ..... SRL - SC ..... SRL, a înaintat o Intervenție voluntară în interesul autorității contractante, în calitate de ofertant desemnat câștigător în procedura de atribuire, solicitând Consiliului respingerea contestației și, pe cale de

consecință, menținerea deciziei comisiei de evaluare de a-i desemna câștigătoare oferta înaintată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (2) și (3) din Legea nr. 101/2016.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL se atacă adresa nr. 3238/29.06..... și raportul procedurii nr. 3206/26.06....., emise de ....., în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, apreciind că oferta Asocierii SC ..... SRL - SC ..... SRL nu a fost evaluată în mod temeinic și legal, fiind declarată câștigătoare în pofida faptului că ar fi trebuit să fie respinsă.

Astfel, contestatoarea susține că ofertantul se află în situația de excludere prevăzută de art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, întrucât asociatul SC ..... SRL are datorii restante la bugetul de stat.

De asemenea, contestatoarea precizează că, potrivit art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire un operatorul economic care și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat. Or, așa cum reiese din raportul procedurii, SC ..... SRL are datorii restante la bugetul de stat, în valoare de 5.467.588 lei, iar faptul că societatea se află în procedura insolvenței și la masa credală a fost înscrisă această sumă, nu are niciun fel de relevanță, întrucât înscrierea la masa credală a unei creanțe nu echivalează cu achitarea ei (dimpotrivă, după cum este arhicunoscut, în cadrul procedurilor de insolvență, foarte rar ajung să fie achitate în totalitate creanțele). De altfel, așa cum reiese din raportul procedurii, autoritatea contractantă nici măcar nu a stabilit că răspunsul ofertantului în acest sens ar fi concludent.

Prin urmare, întrucât asociatul SC ..... SRL are datorii restante la bugetul de stat, contestatoarea consideră că acesta și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, astfel că oferta asocierii trebuia respinsă, în temeiul art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea invocă faptul că Asocierea se află și în situația de excludere prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, prin aceea că se face vinovată de declarații false în conținutul informațiilor transmise autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere.

Astfel, contestatoarea arată că, așa cum atestă documentul constatator nr. 19957/11.10.2017, emis de Direcția Națională a Pădurilor - Romsilva - Direcția Silvică ...., asociatul SC ..... SRL a deținut calitatea de contractant (executant) în cadrul contractului nr.

12380/21.03.2017, care nu a fost executat în mod corespunzător, SC ..... SRL nerespectând termenele de execuție și obligațiile asumate și abandonând execuția lucrărilor, la data de 07.08.2017, fapt pentru care entitatea contractantă a reziliat contractul. Mai mult, așa cum atestă documentul constatator, conduita SC ..... SRL a creat prejudicii entității contractante.

Contestatoarea susține că această situație se circumscrie întocmai cazului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, text ce stipulează că *autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.*

Astfel, raportat la cele consemnate în documentul constatator nr. 19957/11.10.2017, contestatoarea consideră că asocierea avea obligația de a declara abaterea profesională în cadrul documentelor justificative actualizate transmise în vederea demonstrării îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție.

În acest sens, contestatoarea susține că, potrivit art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, înainte de atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu excepția situației contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc, după aplicarea criteriului de atribuire, să prezinte documente justificative actualizate, prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE, cu excepția procedurilor desfășurate în mai multe etape când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitațiilor pentru etapa a doua către candidații selectați.

Printre aceste documente se numără și „Declarația privind neîncadrarea în prevederile de la art. 167 din Legea nr. 98/2016". Prin urmare, în măsura în care ofertantul nu a declarat abaterea profesională, în cadrul respectivei declarații, asocierea se află și în situația de excludere prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, prin aceea că se face vinovată de declarații false în conținutul informațiilor transmise entității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere.

Contestatoarea susține că oferta asocierii este inacceptabilă, deoarece aceasta nu a răspuns în mod concludent la solicitările de clarificări ale autorității contractante, privind verificarea îndeplinirii tuturor criteriilor de calificare și selecție.

Astfel, contestatoarea arată că, în aplicarea art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, la data de 16.04....., autoritatea contractantă a solicitat ofertantului clasat pe primul loc, printre altele, să depună și

documentele justificative care probează că ofertantul nu se află în situația prevăzută de art. 165 (nerespectarea obligațiilor privind plata impozitelor și taxelor la bugetul de stat), cerând, în mod expres, depunerea de documente care să ateste lipsa datoriilor restante la momentul prezentării.

De asemenea, contestatoarea menționează că ofertantul nu s-a conformat solicitării autorității contractante, depunând documente privind situația sa financiară de la data 28.02..... (cu aproximativ 1,5 luni mai vechi), iar răspunsul său nu putea fi considerat concludent, ci «oferta ar fi trebuit respinsă drept inacceptabilă, în temeiul art. 135 alin. (5) din HG nr. 395/2016».

În pofida acestui fapt, autoritatea contractantă a mai transmis ofertantului o solicitare de clarificări, pe același subiect, la care ofertantul a răspuns că autoritățile fiscale nu ar fi eliberat informații privind datoriile fiscale mai recente de 28.02....., deoarece termenul de plată a datoriilor eferente lunii martie ar fi în 25.04....., iar niciun certificat fiscal emis de ANAF nu confirmă situația datoriilor la data emiterii.

Contestatoarea consideră afirmația ofertantului falsă, precizând că certificatele emise de organele fiscale atestă situația fiscală de la momentul eliberării lor, iar obligațiilor fiscale în privința cărora nu s-a împlinit scadența de plată nu figurează ca restante. Prin urmare, ofertantul avea obligația de a depune certificate fiscale actualizate, iar din cuprinsul acestora ar fi ..... dacă existau sau nu datorii fiscale scadente și neachitate.

După cum rezultă, însă, din raportul procedurii, ofertantul susține că, chiar și dacă ar fi solicitat alte certificate, la data de 19.04....., ele s-ar fi referit tot la data de 28.02..... Prin urmare, din moment ce ofertantul nici măcar nu a făcut demersuri în acest sens, fiind evident că susținerile sale nu au niciun fel de acoperire, alegând, din proprie inițiativă, să nu se conformeze solicitării autorității contractante.

Pe de altă parte, contestatoarea susține că, în răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 1961/16.04....., asociații aveau obligația de a prezenta certificate de cazier judiciar pentru toți membrii organelor de administrare/conducere/supraveghere.

În ceea ce-l privește pe asociatul SC ..... SRL, având în vedere că acesta se află în procedura insolvenței, iar instanța a desemnat ca administrator judiciar societatea ...., fiindu-i conferite, astfel, atribuții de administrare/conducere/supraveghere, SC ..... SRL avea obligația de a depune certificat de cazier judiciar și pentru această societate, lucru pe care, însă, nu l-a făcut. Deci, răspunsul său nu este complet și concludent.

Contestatoarea invocă și faptul că oferta este neconformă deoarece nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției.

Astfel, potrivit pct. II.3) din fișa de date a achiziției, durata de execuție a contractului este de 21 de luni și, în pofida acestui fapt, asocierea câștigătoare a ofertat o perioadă de execuție de 24 de luni, așa cum reiese din graficul de execuție depus în ofertă.

Răspunzând la solicitarea de clarificări primită în acest sens, ofertantul a precizat că ar fi vorba despre o eroare asimilabilă unui viciu de formă, invocând, în acest sens art. 315 (în realitate, 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016, precizare pe care contestatoarea o consideră falsă deoarece acest articol invocat prevede că viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant său a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

Prin urmare, contestatoarea susține că nu poate fi vorba despre un viciu de formă, deoarece, pe de-o parte, nu există alte documente în ofertă care să susțină, neechivoc, durata de execuție de 21 de luni, iar pe de altă parte, corectarea duratei de execuție nu reprezintă o clarificare sau confirmare, în condițiile în care graficul de execuție depus de ofertant atestă, în mod clar, că durata de execuție este de 24 de luni. Prin urmare, ofertantul nu a făcut o simplă mențiune eronată la perioada de 24 de luni, ci, din graficul de execuție, pe care l-a depus inițial, reiese foarte clar că asocierea declarată câștigătoare a înțeles să-și structureze execuția lucrărilor pe o perioadă de 24 de luni. Faptul că ofertantul a răspuns că va respecta prevederile documentației de atribuire nu poate fi considerat un răspuns concludent, în condițiile în care documentele depuse în ofertă contrazic, în mod clar, documentația de atribuire. Mai mult, abaterea este una cât se poate de însemnată, în condițiile în care durata de execuție a lucrărilor are efect direct asupra resurselor și costurilor pe care le implică proiectul.

Pe de altă parte, contestatoarea arată că, prin adresa nr. 5296/14.11 2017, prin care i s-a solicitat ofertantului să depună graficul de execuție revizuit, autoritatea contractantă a încălcat art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care prevede că autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat. Or, permițând ofertantului să-și modifice (în mod substanțial) oferta, prin revizuirea perioadei de execuție, autoritatea contractantă a creat acestuia un avantaj evident în raport cu ceilalți ofertanți, fiind astfel nesocotite principiile tratamentului egal și nediscriminării, prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Raportat la aceste aspecte, contestatoarea susține că oferta asocierii SC ..... SRL - SC ..... SRL ar fi trebuit să fie respinsă, ca neconformă, în temeiul art. 215 alin. (5) din Legea nr. 101/2016.

În continuare, contestatoarea susține că ofertantul se află în situația de excludere prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: *(...)*

b) se afla în procedura insolvenței sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității.

Așa cum atestă extrasul de pe portalul instanțelor de judecată, la data de 22.09.2017, a fost deschisă procedura insolvenței față de asociatul SC ..... SRL, în Dosarul Tribunalului Specializat ..... nr. 387/1259/2017.

Contestatoarea precizează că autoritatea contractantă nu a efectuat verificările impuse de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, pentru a stabili dacă operatorul economic are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică, menționând și faptul că este foarte puțin probabil ca SC ..... SRL să fie în măsură să execute lucrările, în condițiile în care numai la stat datorează aproape 5,5 milioane lei, iar pe lângă Statul Român, la masa credală sunt înscriși peste 200 de creditori.

Față de aceste aspecte, contestatoarea solicită admiterea cererilor sale de anulare a actualului ..... și de reevaluare a ofertei câștigătoare, precum și obligarea la plata cheltuielilor de judecată.

În temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea solicită accesul la documentele dosarului aflat pe rolul Consiliului.

Prin adresa nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., SC ..... SRL a înaintat Intervenție voluntară în interesul autorității contractante, în calitate de ofertant desemnat câștigător în procedura de atribuire, solicitând Consiliului respingerea contestației formulate de Cabinetul de avocat ...., în numele unui ofertant a cărui identitate nu i-a fost dezvăluită și, pe cale de consecință, menținerea deciziei comisiei de evaluare de a-i desemna câștigătoare a procedurii oferta înaintată.

Intervenienta susține că motivul invocat de contestatoare, că SC ..... SRL are datorii restante la bugetul de stat, pentru excluderea ofertei sale, este nelegal.

De asemenea, intervenienta arată că temeiul legal pe care contestatoarea își fundamentează demersul este art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, ignorând referințele legale aplicabile unei firme aflate în insolvență, dat fiind că asociatul SC ..... SRL se află, în prezent, în faza de observație a stării de insolvență.

Reglementările legale românești (art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016), aflate în concordanță cu cele europene (art. 57 alin. (4) lit. b) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014), prevăd că „autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență (...). Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, (...)."

De asemenea, intervenienta susține că nici legile insolvenței nu restricționează participarea la licitații ale firmelor aflate în această stare. Astfel, art. 1542 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței și art. 341 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a

insolvenței și de insolvență arată că „orice decăderi, limitări, interdicții ori altele asemenea instituite prin norme legale sau prevederi contractuale pentru cazul deschiderii procedurii de insolvență vor fi aplicabile doar de la data deschiderii falimentului. Dispozițiile contrare se abrogă”.

Mai mult decât atât, Legea nr. 85/2014 arată, expres, la art. 77 alin. (6), că „debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii".

Pe de altă parte, intervenienta susține că, în această etapă, firmei insolvente îi este permis să-și achite în mod normal numai datoriile curente, aceleași legi ale insolvenței interzicâdu-i să-și achite, individual, datoriile anterioare deschiderii procedurii de insolvență, procedura fiind una colectivă și concursuală.

Până când va avea permisiunea să-și plătească datoriile la bugetul de stat, anterioare intrării în insolvență (și înregistrate la masa credală), intervenienta precizează că SC ..... SRL și-a achitat datoriile curente la buget, așa cum a arătat în adresa nr. 526/19.04..... transmisă autorității contractante.

În aceste condiții, intervenienta consideră că asociatul SC ..... SRL a luat toate măsurile prevăzute de lege în acest moment, referitoare la plata datoriilor la bugetul de stat, așadar are dreptul, apărat de lege, de a participa la procedură.

De asemenea, intervenienta susține că afirmațiile contestatoarei privind falsul în declarațiile transmise autorității contractante sunt nereale.

Astfel, referitor la afirmațiile contestatoarei privind rezilierea contractului nr. 12380/21.03.2017, încheiat între asociatul SC ..... SRL și ....RA, având ca obiect execuția lucrărilor pentru Drum forestier Pronor - Rest de executat, respectiv că reprezintă o „abatere profesională", care ar împiedica-o să participe la procedură, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g, intervenienta susține că aceasta „omite" să informeze Consiliul că situația respectivului contract nu este finalizată, în prezent, la Secția de contencios administrativ și fiscal a Tribunalului .., se află pe rol fiind Dosarul nr. 5716/3/..... din 07.05.....

Așadar, atât timp cât situația contractului se afla în litigiu, acuzația de fals în declarații este nereală, iar referințele legale la care face referire contestatoarea sunt neaplicabile.

În continuare, intervenienta susține că aprecierile contestatoarei privind îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție sunt nefundamentate.

Astfel, ca urmare a solicitării din data de 16.04..... a autorității contractante, intervenienta arată că a transmis, printre alte documente, un Certificat constatator emis de ANAF la data de 05.04....., iar în finalul acestui document există mențiunea „Certificatul de atestare fiscală se poate utiliza de către persoanele interesate pe o perioadă de până la 30 de zile de la data eliberării ..." și cum respectivul certificat a fost

eliberat cu doar 11 zile înaintea solicitării, valabilitatea lui nu poate fi pusă la îndoială.

Intervenienta precizează că în cadrul acestui certificat se face referire la situația obligațiilor fiscale și bugetare la 28.02....., așadar afirmația că „certificatele emise de organele fiscale atestă situația fiscală de la momentul eliberării lor" este nesustenabilă.

Consideră intervenienta că, prin cele prezentate, acuzația contestatoarei că documentele înaintate autorității contractante nu ar fi actualizate s-a dovedit a fi nefundamentată.

Intervenienta susține că autoritatea contractantă a apreciat corect faptul că analiza modalității de îndeplinire a criteriilor de calificare și selecție se aplică firmelor asociate, respectiv ..... SRL și ..... SRL, pentru care s-au depus toate documentele prevăzute, inclusiv certificatele de cazier judiciar.

Așadar, aprecierea contestatoarei conform căreia oferta ar fi trebuit exclusă din procedură, pentru că nu a prezentat certificat de cazier judiciar pentru firma desemnată administrator judiciar a unuia dintre asociați, i se pare nefundamentată.

În continuare, intervenienta consideră motivele pentru care contestatoarea pretinde că oferta ar fi neconformă sunt eronate și netemeinice.

Referitor la eroarea privind termenul de execuție, respectiv aprecierea contestatoarei că aceasta nu poate fi asimilată unui viciu de formă, conform art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016, intervenienta susține că motivul este eronat deoarece, după cum a afirmat și în răspunsul său nr. 678/25.08.2017 adresat autorității contractante, documentul care cuprinde „informațiile existente inițial" este Declarația de însușire a documentației de atribuire și a contractului atașat, cuprinsă la pag. 387 din Propunerea tehnică, prin care și-a însușit fișa de date în integralitatea ei, inclusiv durata contractului (cap. II.3).

În ceea ce privește al doilea motiv invocat de contestatoare, respectiv că autoritatea contractantă ar fi creat un avantaj incorect și evident în raport cu ceilalți ofertanți, deoarece a acceptat corectarea erorii privind termenul de execuție și nu a exclus din procedura oferta sa, încălcându-se dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, intervenienta îl consideră eronat.

Intervenienta arată că, fără o susținere argumentativă a cererilor din contestație, simpla invocare a principiilor tratamentului egal și nediscriminării este netemeinică.

De asemenea, intervenienta consideră acuzațiile legate de art. 167 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 neadevărate și subiective.

Astfel, intervenienta menționează că, contestatoarea face trimitere la art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, datorită faptului că asociatul ..... SRL se află în insolvență dar, așa cum a arătat, simpla situare în stare de insolvență a unui ofertant nu justifică excluderea din competiție a ofertei sale.

De altfel, acest lucru este cunoscut și contestatoarei, care își îndreaptă, în continuare, atenția către excepția de la alin. (2) al aceluiași

articol de lege, acuzând că autoritatea contractantă nu ar fi efectuat verificările impuse de acesta pentru a stabili dacă are capacitatea de a executa contractul, intervenienta considerând afirmația neadevărată, dat fiind că, în cadrul răspunsului său nr. 526/19.04....., a transmis autorității contractante aspectele detaliate referitoare la capacitatea de a îndeplini contractul, ceea ce presupune că, fiind în faza de observație a stării de insolvență, ... SRL „a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o maniera sustenabilă, a activității curente", așa cum prevede alin. (2) a art. 167 din Legea nr. 98/2016.

Intervenienta susține că, în adresa menționată, a detaliat atât măsurile concrete care au fost luate, în conformitate cu Secțiunea a 3-a din Legea nr. 85/2006 privind insolvența, pentru întocmirea unui plan de reorganizare fezabil, dar și modalitățile de continuare a activității curente, în sensul definiției de la art. 5 pct. 2 din Legea nr. 85/2014, respectiv a încheiat contracte noi, a finalizat lucrări, a făcut încasări și plăți și toate informațiile au fost însoțite de documente justificative (contracte, procese-verbale de recepție la terminarea lucrărilor, extrase de cont, etc.).

Intervenienta consideră subiectivă aprecierea contestatoarei conform căreia „este foarte puțin probabil ca SC ..... SRL să fie în măsură să execute lucrările", datorită datoriilor care au determinat intrarea în starea de insolvență.

Pentru că prezentarea unilaterală a datelor poate crea Consiliului o imagine de ansamblu deformată, intervenienta precizează că cifra de afaceri netă medie pe ultimii 3 ani este de 80.713.232 lei, iar la finele anului 2017 - 42.237.524 lei, față de care valoarea datoriilor nu pare un obstacol insurmontabil în perioada de insolvență.

Prin toate cele prezentate, intervenienta precizează că susține autoritatea contractantă în menținerea deciziei de a declara câștigătoare oferta sa și solicită Consiliului respingerea contestației.

Prin adresa nr. 4173 din 23.07....., înregistrată la CNSC sub nr. 30017 din 23.07....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punct de vedere la contestația formulată de SC ..... SRL, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată și menținerea rezultatului evaluării ofertelor, ce a fost comunicat.

Referitor la critica potrivit căreia ofertantul se află în situația de excludere prevăzută de art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, întrucât asociatul SC ..... SRL are datorii restante la bugetul de stat, autoritatea contractantă susține că, așa cum reiese și din raportul procedurii și cum menționează și contestatoarea, suma de 5.467.588 lei, datorie avută de asociatul SC ..... SRL, la bugetul de stat, este înscrisă la masa credală.

De asemenea, în ceea ce privește fundamentarea contestatoarei pe ce s-ar putea întâmpla, motivând faptul că "rar ajung să fie achitate în totalitate creanțele", autoritatea contractantă arată că nu poate exclude

din procedură un operator economic aflat în faza de observație a procedurii de insolvență, pentru faptul că s-ar putea să nu fie plătite toate datoriile restante. Ar fi absurd să interpreteze așa dispozițiile legale, și să încalce legislația în vigoare, ce dă dreptul să participe la licitații oricărui operator economic ce se află în faza de observație a stării de insolvență, susține autoritatea contractantă. Reglementările legale românești, aflate în concordanță cu cele europene (art. 54 alin. (4) lit. b) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26.02.2014), prevăd că "autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă a activității curente, (..)".

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că nici legile insolvenței nu restricționează participarea la licitații a firmelor aflate în această stare. Astfel, art. 154^2 din Legea nr. 85/2016 privind procedura insolvenței și art. 341 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, arată că "orice decăderi, limitări, interdicții, ori altele asemenea instituite prin norme legale sau prevederi contractuale pentru cazul deschiderii procedurii de insolvență vor fi aplicabile doar de la data deschiderii falimentului. Dispozițiile contrare se abrogă".

Mai mult decât atât, Legea nr. 85/2014 arată, expres, la art. 77 alin. (6) că "debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii".

Autoritatea contractantă consideră legală evaluarea operatorului economic clasat pe locul 1 la procedura de atribuire a contractului, având în vedere legislația în vigoare, mai ales pentru faptul că până va avea permisiunea să-și plătească datoriile la bugetul de stat, anterioare intrării în insolvență și înregistrate la masa credală, asociatul SC ..... SRL a demonstrat faptul că și-a achitat datoriile curente la bugetul de stat așa cum a arătat prin adresa nr. 526/19.04.....

Mai precizează autoritatea contractantă că, într-o situație asemănătoare se regăsește operatorul economic clasat pe locul 1 la procedura de atribuire având ca obiect "Extindere rețea de canalizare ape uzate menajere în comuna Piatra, județul .....", respectiv Asocierea SC ..... SRL - SC ....SRL, aflat, de asemenea, în procedura de insolvență.

În ceea ce privește critica contestatoarei referitoare la faptul că SC ..... SRL nu și-a respectat termenele de execuție și obligațiile asumate, abandonând execuția lucrărilor aferente contractului nr. 12380/21.03.2017, la data de 07.08.2017, fapt pentru care acea autoritate contractantă (....) a reziliat contractul, autoritatea contractantă precizează că situația respectivului contract nu este finalizată, întrucât la Secția de contencios administrativ și fiscal a Tribunalului ... se află pe rol Dosarul nr. 5716/3/...../07.05..... Așadar, contractul se află în litigiu și, până la reglementarea situației, operatorul economic beneficiază de prezumția de nevinovăție, drept

reglementat de legislația în vigoare, astfel nu îl poate acuza de fals în declarații.

Față de restul criticilor aduse de contestatoare privind evaluarea autorității contractante, așa cum lesne se poate observa din cadrul proceselor-verbale sau din cadrul raportului procedurii, comisia de evaluare a analizat răspunsurile de clarificări primite din partea operatorului economic, considerând că acestea sunt concludente și în conformitate cu prevederile legale.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că, pe tot parcursul procedurii de atribuire, comisia de evaluare, împreună cu expertul extern cooptat, s-au aflat sub atenta observare a membrilor Ministerului Finanțelor Publice - ANAP - Direcția Generală Control Ex-Ante - Serviciul de Verificare Regiunea Sud Muntenia - Compartiment Verificare ..... desemnați prin Decizia de verificare nr. 266/...../20.04.2017.

Odată cu punctul de vedere la contestație, autoritatea contractantă a comunicat Consiliului copii ale documentelor din dosarul achiziției, inclusiv o parte a documentelor cuprinse în oferta desemnată câștigătoare, transmise în etapa de evaluare a ofertelor.

Prin adresa FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. 31884/03.08....., SC ..... SRL a transmis Concluzii scrise, ca răspuns la punctul de vedere al autorității contractante și față de cererea de intervenție, reiterând solicitarea de admitere a contestației, cu obligarea la cheltuieli de judecată.

Referitor la punctul de vedere al autorității contractante, în ceea ce privește faptul că ..... SRL are datorii la bugetul de stat, contestatoarea susține că aceasta încearcă să creeze confuzie, făcând apărări cu privire la posibilitatea unei societăți aflate în insolvență de a participa la licitații publice. Or, ea nu a contestat acest drept, ci a arătat faptul că SC ..... SRL înregistrează datorii la bugetul de stat, ce depășesc pragul de 10.000 lei, stabilit de art. 166 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 (5.467.588 lei), iar faptul că respectivele datorii au fost înscrise la masa credală nu are niciun fel de relevanță, ele rămânând, în continuare, datorii la bugetul de stat, context în care oferta asocierii trebuia respinsă, în temeiul art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Cât privește mențiunea referitoare la faptul că ea a câștigat o licitație în care un asociat (SA ....SRL) se află în procedura insolvenței, contestatoarea arată că aceasta nu are niciun fel de relevanță, în speță, întrucât ce s-a contestat sunt datoriile la bugetul de stat, nu insolvența. Or, asociatul său, de la vremea respectivă, nu înregistra datorii la stat.

În ceea ce privește motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, invocat de ea și față de care autoritatea contractantă susținea că situația nu ar fi clară, întrucât ar exista un litigiu pe rolul Tribunalului Suceava, iar până la soluționarea acestuia, ofertantul ar beneficia de prezumția de nevinovăție, contestatoarea

precizează că nu se află pe tărâm penal, pentru a putea fi invocată prezumția de nevinovăție.

În speță, este vorba despre un act administrativ, care, până la o eventuală anulare sau suspendare, se bucură de prezumția de legalitate, producând, pe deplin, efecte juridice. Or, documentul constatator nr. 19957/11.10.2017, pe care l-a invocat, nu a fost anulat și nici suspendat de instanță, suspendare pe care asociatul ..... SRL ar fi avut posibilitatea să o ceară, dar nu a făcut-o.

Mai mult, nici măcar nu se cunoaște care este obiectul Dosarului nr. 5716/3/....., însă, raportat la faptul că, din extrasul de pe portalul Tribunalului Suceava, reiese că este vorba despre un litigiu privind achizițiile publice, iar nu despre un litigiu având ca obiect anulare act administrativ, este evident că nu s-a soluționat anularea documentului constatator nr. 19957/11.10.2017, deci, respectivul litigiu nu are relevanță.

Pe de altă parte, contestatoarea precizează că susținerile autorității contractante sunt făcute în mod gratuit, întrucât aceasta nu a avut acces la informațiile referitoare la Dosarul nr. 5716/3/..... în cadrul procedurii (în raportul procedurii nefiind niciun fel de mențiune referitoare la analizarea acestei situații), ci le-a obținut acum, din cererea de intervenție formulată în dosarul din speță.

Or, motivul de contestație invocat de se referă tocmai la faptul că ofertantul nu a declarat existența documentului constatator nr. 19957/11.10.2017, deși avea această obligație, tocmai pentru a evita ca autoritatea contractantă să facă verificări și să excludă ofertantul pentru acest motiv. Astfel, ofertantul se află în situația de excludere prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, prin aceea că se face vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise entității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere.

În ceea ce privește celelalte 3 motive din contestația sa, contestatoarea arată că autoritatea contractantă nu le combate în vreun fel, fiind evident că nu are niciun argument, opunându-se admiterii contestației în mod abuziv, pentru a obține atribuirea contractului către ofertantul pe care îl agreează și favorizează.

Referitor la cererea de intervenție, respectiv, în ceea ce privește argumentul său referitor la faptul că ..... SRL are datorii la bugetul de stat, contestatoarea susține că și intervenienta facere referire la posibilitatea societăților aflate în insolvența de a participa la licitații, deși nu acest fapt a fost contestat de societatea sa.

În ceea ce privește afirmația intervenientei că, în cadrul procedurii insolventei, nu ar avea permisiunea să achite datoriile restante la bugetul de stat, contestatoarea menționează că acest lucru nu este adevărat, scopul procedurii insolventei fiind însăși achitarea creanțelor, astfel, dacă ar dispune de sumele necesare, nimic nu ar putea-o impiedica pe debitoare să achite toate datoriile, inclusiv cele fiscale, însă, în mod evident, aceasta nu deține sumele necesare acoperirii creanțelor.

Pe de altă parte, contestatoarea susține că acest aspect nici nu este relevant, ci ceea ce contează este faptul că societatea ..... SRL

are datorii la bugetul de stat, iar faptul că ele au fost înscrise la masa credală nu înseamnă că respectivele datorii au fost stinse. Admiterea acestui punct de vedere ar echivala cu lipsirea de efecte a art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prin aceea că operatorii economici ar putea eluda această interdicție (de a avea datorii la bugetul de stat) prin deschiderea propriei insolvențe, așa cum s-a întâmplat și în cazul societății ..... SRL, aceasta fiind cea care a solicitat deschiderea procedurii insolvenței.

În ceea ce privește motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea menționează că și intervenienta susține că situația documentului constatator nr. 19957/11.10.2017 nu ar fi finalizată întrucât există un litigiu pe rolul Tribunalului ....privind respectivul document, dar, așa cum a mai arătat, din extrasul de pe portalul instanțelor depus de intervenientă rezultă că Dosarul nr. 5716/3/..... are ca obiect un litigiu privind achizițiile publice, iar nu litigiu având ca obiect anulare act administrativ. Pe de altă parte, documentul constatator nr. 19957/11.10.2017, ca orice act administrativ, se bucură de o prezumție de legalitate, astfel că acesta produce, în continuare, efecte juridice deoarece nu a fost suspendat de vreo instanță (intervenienta nepromovând o cerere de suspendare a sa).

Raportat la această situație, contestatoarea susține că asocierea declarată câștigătoare avea obligația să declare existența documentului constatator nr. 19957/11.10.2017, putând, ulterior, ca, la solicitarea autorității contractante, să ofere toate explicațiile și justificările pe care le considera de cuviință, însă, prin faptul că nu a declarat existența documentului constatator, asocierea câștigătoare a urmărit, expres, evitarea ca autoritatea contractantă să verifice această situație, ce constituie cazul de excludere prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește motivul referitor la faptul că ofertantul nu a răspuns în mod concludent la solicitările de clarificări și față de care intervenienta face apărări cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție, contestatoarea susține, în continuare, argumentele din contestație, amintind faptul că, prin solicitarea de clarificări nr. 1961 din data de 16.04....., autoritatea contractantă a solicitat prezentarea documentelor justificative actualizate.

Ofertantul nu a contestat solicitarea de clarificări nr. 1961/16.04....., care și-a consolidat caracterul definitiv și obligatoriu, dar, cu toate acestea, ofertantul a ales, din proprie inițiativă, pe de-o parte, să nu depună documente actualizate (depunând documente fiscale pe care le deținea deja, fără a mai solicita organelor fiscale documente actualizate), iar, pe de altă parte, să nu depună certificat de cazier judiciar pentru administrator judiciar - ...., deși acestuia i-au fost conferite atribuții de administrare/conducere/supraveghere în cadrul SC ..... SRL.

Prin urmare, contestatoarea consideră că ofertantul nu s-a conformat solicitării autorității contractante și prevederilor legale (a căror

necunoaștere nu poate fi invocată), astfel că răspunsul său nu putea fi considerat concludent, ci oferta ar fi trebuit respinsă drept inacceptabilă, în temeiul art. 135 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În ceea ce privește argumentul referitor la faptul că asocierea câștigătoare a ofertat o perioadă de execuție de 24 de luni, în contradicție cu cerințele documentației de atribuire și față de care intervenienta susținea că acest aspect ar constitui un viciu de formă, contestatoarea îl consideră fals, precizând că art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016 prevede că viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

Prin urmare, contestatoarea susține că nu poate fi vorba despre un viciu de formă deoarece, pe de-o parte, nu există alte documente în oferta declarată câștigătoare care să susțină, neechivoc, durata de execuție de 21 de luni, iar, pe de altă parte, corectarea duratei de execuție nu reprezintă o clarificare sau confirmare, în condițiile în care graficul de execuție depus de ofertant atestă, în mod clar, că durata de execuție este de 24 de luni.

Prin urmare, ofertantul nu a făcut o simplă mențiune eronată la perioada de 24 de luni, ci, din graficul de execuție pe care l-a depus, reiese foarte clar că asocierea declarată câștigătoare a înțeles să-și structureze execuția lucrărilor pe o perioadă de 24 de luni.

Contestatoarea menționează că declarația de însușire a documentației de atribuire, pe care o invocă intervenienta, reprezintă un document standard, generalist, folosit în cadrul tuturor procedurilor de achiziție, acesta neavând rolul de a complini omisiunile/erorile din cadrul ofertelor, neputând fi invocat pentru a ignora nesocotirea evidentă a cerințelor documentației de atribuire, cu atât mai mult cu cât, în acesta, nu se face referire la altă durată de execuție decât cea pe care ofertantul a prevăzut-o, în mod clar, în graficul de execuție. A accepta că declarația standard de însușire a documentației de atribuire poate complini lipsuri sau erori din oferte ar lipsi de efect toate prevederile legale aplicabile și ar denatura întregul proces al achizițiilor publice deoarece, practic, nu s-ar mai putea respinge ofertele neconforme pentru că ofertanții ar invoca declarația respectivă, indiferent cât de grave ar fi abaterile.

Pe de altă parte, contestatoarea susține că, prin solicitarea și acceptarea ca ofertantul să depună graficul de execuție revizuit, autoritatea contractantă a încălcat art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care prevede că autoritatea contractantă nu are dreptul ca, prin clarificările/completările solicitate, să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat. Or, permițând ofertantului să-și modifice (în mod substanțial) oferta, prin revizuirea perioadei de execuție, autoritatea contractantă a creat acestuia un avantaj evident, în raport cu ceilalți ofertanți, care au ofertat o perioadă

corectă de execuție, de la bun început, fiind, astfel nesocotite principiile tratamentului egal și al nediscriminării, prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la argumentul legat de faptul că asociatul SC ..... SRL se află în insolvență, contestatoarea arată că nu a contestat posibilitatea unui operator economic aflat în insolvență de a participa la licitații publice, ci a evidențiat faptul că, pentru aceasta, trebuie stabilit că respectivul operator economic are capacitatea de a executa contractul.

În considerarea acestui argument, contestatoarea a invocat faptul că autoritatea contractantă nu a efectuat verificările impuse de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, pentru a stabili dacă operatorul economic are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică, fiind foarte puțin probabil ca SC ..... SRL să fie în măsură să execute lucrările, în condițiile în care numai la stat datorează aproape 5,5 milioane lei, iar pe lângă statul român, la masa credală sunt înscriși peste 200 de creditori.

Prin adresa nr. 379/07.08....., înregistrată la CNSC sub nr. 32209/07.08....., intervenienta a transmis Punct de vedere, prin care răspunde punctual argumentelor susținute de contestatoare în concluziile scrise.

Cu privire la acuzațiile privind datoriile la bugetul de stat ale asociatului SC ..... SRL, respectiv afirmația că intervenienta, în cadrul procedurii insolventei, nu ar avea permisiunea să achite datoriile restante la bugetul de stat, intervenienta precizează că argumentația pornește de la o afirmație falsă, dat fiind că nu a afirmat că pe toata perioada insolvenței îi este interzis unei firme să își plătească datoriile înscrise la masa credală (inclusiv datoriile la bugetul de stat), ci numai în faza de observație, premergătoare adoptării planului de reorganizare, fază în care se află și asociatul SC ..... SRL.

Cu privire la aprecierile contestatarei referitor la litigiul privind un contract de lucrări încheiat de asociatul ..... SRL, respectiv afirmația contestatarei că „nici măcar nu se cunoaște care este obiectul Dosarului nr. 5716/3/....." este falsă, semnalând aceeași încercare de deturnare a atenției și de disimulare a adevărului, de către contestatoare, care lasă impresia că prezumția de nevinovăție nu este un principiu fundamental al statului de drept, ci acționează numai în domeniul penal: „... trebuie observat că nu ne aflăm pe tărâm penal pentru a fi invocată prezumția de nevinovăție”.

Referitor la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție, intervenienta subliniază faptul că reprezentanta contestatoarei a renunțat la a mai susține sau a justifica comentariile privind certificatele fiscale din contestație, din lipsa unor argumente solide.

Cu privire la ideea contestatoarei că oferta ar trebui descalificată, datorită faptului că nu a prezentat cazier judiciar al firmei desemnate ca administrator judiciar al unuia dintre asociați, intervenienta reafirmă că

acestea sunt exagerate, deoarece un astfel de document nu a fost solicitat explicit de autoritatea contractantă.

Intervenienta susține că, contestatoarea încearcă să desființeze valoarea „Declarației de însușire a documentației de atribuire", astfel că aceasta să nu poată fi considerată document inițial care să justifice încadrarea erorii privind durata de execuție ca viciu de formă, dar modul în care face acest lucru este greșit, atât ca formă, cât și ca fond.

Intervenienta precizează că invocarea art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 este neaplicabilă, în acest caz, aprecierea contestatoarei că i s-ar fi creat un avantaj, pentru că nu a exclus-o din procedură, fiind un fals motiv și consideră nefondată invocarea principiilor tratamentului egal și nediscriminării în această situație.

Referitor la aprecierea contestatoarei că „trebuie stabilit ca respectivul operator economic are capacitatea de a executa contractul", intervenienta reconfirmă că, prin răspunsurile la solicitările de clarificări, a transmis autorității contractante toate informațiile necesare în acest sens.

În speță, intervenienta susține că aprecierea că „autoritatea contractantă nu a efectuat verificările impuse de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016" este făcută cu bună știință și este falsă, cu scopul de a dezinforma, dat fiind că necunoașterea sau interpretarea greșită a legii iese din discuție.

În plus, considerația că este „foarte puțin probabil ca SC ..... SRL să fie în măsură să execute lucrările" este nesusținută prin argumente clare și nu merită luată în considerare de Consiliu.

În final, intervenienta subliniază faptul că legiuitorul a lăsat autorității contractante puterea de a decide dacă dovezile aduse de un ofertant, în privința încadrării în situațiile art. 167 din Legea nr. 98/2016, sunt suficiente pentru acceptarea sau nu a ofertei.

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

În vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „.....”, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ...../....., precum și a documentației de atribuire aferente.

Împotriva adresei nr. 3238/29.06..... și a raportului procedurii nr. 3206/26.06....., privind desemnarea ofertei câștigătoare, SC ..... SRL a înaintat Consiliului prezenta contestație, la care a atașat și dovada constituirii cauțiunii stabilite prin art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în valoare de 88.000,00 lei, depunând Recipisa de consemnare nr. 204706897/1, emisă de CEC Bank – Sucursala ....., în data de 03.07.....

În procedura din speță a fost înaintată și Intervenția voluntară în interesul autorității contractante formulată de SC ..... SRL, lider al asocierii desemnate câștigătoare, prin care solicită respingerea contestației formulate de Cabinetul de avocat ...., în numele unui

ofertant a cărui identitate nu i-a fost dezvăluită și, pe cale de consecință, menținerea deciziei comisiei de evaluare de a o desemna câștigătoarea licitației.

Având în vedere calitatea de operator economic implicat în procedură, raportat la prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL, urmând a fi soluționată, în concordanță cu prevederile art. 67 din Codul de procedură civilă, odată cu cauza principală.

Consiliul are în vedere că părțile sunt în dispută cu privire la modalitatea imperfectă de evaluare a ofertei desemnate câștigătoare, ce a determinat acceptarea ei în competiție, deși ar fi afectată de neconformități evidente, precum și de existența unor motive obligatorii de respingere.

În privința termenului de execuție a contractului, Consiliul constată că, în fapt, oferta inițială cuprindea un grafic de execuție detaliat pentru derularea lucrărilor pe o perioadă de 24 de luni. De asemenea, Consiliul constată că. Prin solicitări, repetate, de clarificare a acestui aspect (mai întâi, pentru confirmarea înțelegerii regulii exprese din documentație că durata contractului nu poate fi mai mare de 21 de luni, iar ulterior pentru depunerea unui nou grafic de execuție), autoritatea contractantă a obținut modificarea propunerii tehnice a ofertei desemnate câștigătoare, contrar regulii prevăzute la art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: *Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.*

Consiliul are în vedere că documentația de atribuire a impus, explicit, o durată a contractului de 21 de luni (secțiunea *II.3) DURATA CONTRACTULUI/ACORDULUI CADRU/SAD SAU TERMENUL PENTRU FINALIZARE* din fișa de date a achiziției preciza: *21 luni incepand de la data atribuirii contractului/emiterii ordinelor de incepere a serviciilor sau lucrarilor*; articolul 1.5 din caietul de sarcini, preciza, de asemenea: *1.5 Durata maxima de indeplinire a contractului - maximum 21 luni*).

În același timp, cele două secțiuni ale documentației de atribuire impuneau și detalierea modului de alocare a resurselor pentru execuția contractului, în sensul stabilirii resurselor implicate, la nivelul fiecărei luni de execuție. Regulile stabilite în fișa de date a achiziției, la secțiunea specifică modului de redactare a propunerii tehnice, aproape identice cu cele din caietul de sarcini, stabileau în sarcina ofertantului *IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice.Propunerea tehnica elaborata de ofertant va respecta in totalitate cerintele prevazute in caietul de sarcini. Propunerea tehnica trebuie sa reflecte asumarea de catre ofertant a tuturor cerintelor/obligatiilor prevazute in caietul de sarcini.*

Propunerea tehnica va contine:

1. Prezentarea modului de realizare a lucrarilor (planul propus) (Formular nr.7) care va descrie :

a) abordarea din punct de vedere proces tehnologic (metodologia de executie) pentru realizarea lucrarilor;

b) resurse (personal si instalatii/echipamente) (Formular nr.8)

c) programul de executie (diagrama Gantt) pe luni calendaristice, la nivel de categorie de lucrari (deviz), care sa ilustreze succesiunea tehnologica de realizare a lucrarilor, ordinea si derularea in timp a activitatilor pe care ofertantul propune sa le indeplineasca pentru realizarea lucrarilor, in special:

? lucrarile permanente si temporare ce urmeaza sa fie executate,

? activitatile de interfatare cu lucrarile existente si operarea acestora, dupa caz (daca este inclusa asemenea solicitare in caietul de sarcini);

? secventierea, derularea in timp si durata testelor, cu evidentierea clara a activitatilor incluse in procesele de asigurare, respectiv de control al calitatii, conform legislatiei specifice corespunzatoare obiectului contractului;

? denumirea activitatilor si subactivitatilor aferente, durata acestora, cu evidentierea punctelor cheie (jaloanele) în executia contractului;

? drumul critic clar identificat în planificarea activitatilor.

Prin urmare, simpla confirmare, prin declarația formulată de ofertant că respectă conținutul documentației de atribuire, că s-ar ține cont și de durata de derulare a contractului nu reprezenta o informație determinantă în aprecierea conformității ofertei. Autoritatea contractantă a pretins întocmirea unei propuneri tehnice cu informații de detaliu privind derularea lucrărilor, în termenul limită impus, iar absența informațiilor de exactitate sau certitudine, privind derularea viitorului contract în termenul impus nu putea fi considerată o omisiune minoră sau un viciu formal care ar putea fi acoperit în condițiile prevăzute la art. 135 alin. (3) din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobate prin HG nr. 395/2016.

Viciul de formă reprezintă acea eroare sau omisiune din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

În cazul de față, comisia de evaluare nu avea dreptul de a solicita corectarea pretinsului viciu de formă prin prezentarea unei alte propuneri tehnice (adică a unui grafic de execuție detaliat, conform evocatelor prevederi ale fișei de date a achiziției), situația ofertei în cauză neputând fi asociată vreunuia dintre cazurile enunțate la art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: *În cazul în care informaţiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanţilor/candidaţilor clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei*.

De altfel, se putea ușor împiedica o astfel de diligență dacă comisia de evaluare înțelegea să pună în balanță susținerile din oferta inițială cu cele din completările la aceasta, privitor la realitatea angajamentelor asumate de ofertant, adică, în care dintre cele două momente oferta are caracter ferm, dacă aceleași resurse alocate/consumuri specifice conduc la termene diferite de execuție?

Consiliul consideră că acceptarea depunerii unui nou grafic de execuție nu a reprezentat doar încălcarea unui aspect formal din procedura de atribuire, ci a dovedit și lipsa de fermitate a ofertei, rezultând din necorelarea propunerii tehnice cu propunerea financiară, situație sancționată conform prevederilor de la litera d) a alin. (3) al art. 137 din Normele de aplicare a Legii.

Permițând ofertantului în cauză (Asocierii conduse de intervenient) să-și modifice (în mod substanțial) oferta, prin revizuirea perioadei de execuție și depunerea unei părți semnificative din propunerea tehnică, autoritatea contractantă a creat acestuia un avantaj evident în raport cu ceilalți ofertanți, contrar și principiului tratamentului egal prevăzut de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Aceste reguli, preluate din dreptul comunitar din domeniu, au fost inspirate și de jurisprudența constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene, precum considerentele 37 și 38 din

Cauza C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s., împotriva Úrad pre verejné

obstarávanie:

37 A permite autorității contractante să solicite unui candidat a cărui ofertă o apreciază a fi imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini clarificări în această privință ar implica astfel riscul de a se considera că această autoritate contractantă, în cazul în care oferta candidatului respectiv ar fi în final reținută, a negociat în mod confidențial această ofertă, în detrimentul celorlalți candidați și cu încălcarea principiului egalității de tratament.

38 În plus, nu rezultă nici din articolul 2, nici din altă dispoziție din Directiva 2004/18, nici din principiul egalității de tratament, nici din

obligația de transparență că, într- o astfel de situație, autoritatea

contractantă ar fi obligată să contacteze candidații în cauză. Aceștia nu pot, de altfel, să critice faptul că autoritatea contractantă nu are nicio obligație în această privință, atât timp cât lipsa clarității ofertei nu

rezultă decât dintr- o încălcare a obligației lor de diligență la redactarea acesteia, de care sunt ținuți la fel ca ceilalți candidați.

Prin urmare, acest motiv de contestare a acceptării conformității ofertei intervenientei este considerat de Consiliu întemeiat.

Văzând modul de întocmire a DUAE, precum și de evaluare a acestuia, dar și a documentelor doveditoare a capacităților evocate în DUAE, Consiliul constată că, în parte, criticile contestatoarei sunt întemeiate.

În concordanță cu regulile impuse prin Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2016/7 al Comisiei, din 5 ianuarie 2016, de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic *(... în cazul în care grupurile de operatori economici, inclusiv asociațiile temporare, participă împreună la procedura de achiziții publice, trebuie prezentat un DEAU separat care să cuprindă informațiile solicitate în părțile II-V pentru fiecare dintre operatorii economici participanți*), autoritatea contractantă a impus ofertanților completarea unui astfel de document, iar operatorii economici din cadrul asocierii desemnate câștigătoare au prezentat DUAE separat.

Din conținutul documentului european de achiziție unic (DUAE) prezentat de asociatul intervenientei din prezenta cauză, rezultă că SC ..... SRL nu s-ar afla în niciunul dintre motivele de excludere enunțate ”la art. 164, 165, 167 din Legea nr.98/2016” și nici că ar beneficia de ”derogările prevazute la art. 166 alin. (2), art. 167 alin. (2), art. 171 din Legea 98/2016 privind achizitiile publice”, așa cum se impusese prin fișa de date a achiziției:

III.2.1.a) Situatia personala a candidatului sau ofertantului

1. Ofertantii, tertii sustinatori, subcontractantii nu trebuie sa se regaseasca in situatiile prevazute la art.164, 165, 167 din Legea nr.98/2016

Modalitatea prin care poate fi demonstrate indeplinirea cerintei: se va completa DUAE de catre operatorii economici la procedura de atribuire (inclusiv eventualii terti si subcontractanti) cu informatiile aferente situatiei lor.

Documentele justificative care probeaza indeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmeaza a fi prezentate, la solicitarea autoritatii contractante, doar de catre ofertantul clasat pe locul I in clasamentul intermediar intocmit la finalizarea evaluarii ofertelor.

Aceste docurnente pot fi:

• *certificate constatatoare privind lipsa datoriilor restante,cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contributiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat etc.) la momentul prezentarii;*

• *cazierui judiciar al operatorului economic si al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de*

reprezentare, de decizie sau de control in cadrul acestuia, asa cum rezulta din certificatul constatator emis de ONRC / actul constitutiv;

• *dupa caz, documente prin care se demonstreaza faptul ca operatorul economic poate beneficia de derogarile prevazute la art. 166 alin. (2), art. 167 alin. (2), art. 171 din Legea 98/2016 privind achizitiile publice;*

• *alte documente edificatoare, dupa caz*.

Or, din certificatele fiscale prezentate, rezultă că ofertantul se află în procedură de insolvență, aspect necomunicat autorității contractante prin DUAE.

Consiliul reține, în același timp, că autoritatea contractantă a analizat situația de insolvență a SC ..... SRL, despre care a luat la cunoștință după primirea documentelor de calificare, apreciind că măsurile de reorganizare internă a acestui operator economic, precum și situația financiară curentă a lui, inclusiv implicarea în noi contracte de lucrări, încheiate după intrarea în procedura de insolvență, îi asigură un nivel de credibilitate suficient pentru a face aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (2) și art. 171 din Legea nr. 98/2016 (conform secțiunii III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului - punctul 4 din raportul procedurii). Susținerile contestatoarei că situația de insolvență nu ar fi fost analizată sunt întemeiate parțial.

În acest context, informațiile contradictorii dintre DUAE și documentele de calificare prezentate relevă, cel puțin, o omisiune de informare din partea SC ..... SRL, care poate, independent de alte vicii ale ofertei, să fie acoperită prin clarificări/confirmări obținute în condițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016.

Cu toate acestea, oferta este afectată de absența cazierului judiciar pentru administratorul judiciar desemnat de instanță, persoană care are putere *de decizie sau de control in cadrul* operatorului economic (conform regulii evocate din fișa de date a achiziției).

De asemenea, privitor la existența unei rezilieri de contract, ce i-ar fi imputată aceluiași operator economic, Consiliul constată că acesta nu a prezentat informații reale/exacte prin DUAE. Deși, la acest moment, nu se contestă existența documentului constatator nr. 19957/11.10.2017, emis de ...., privitor la asociatul SC ..... SRL, la momentul prezentării informațiilor legate de situația personală, au lipsit referirile la el. Este irelevant, în cauză, că ar exista un litigiu privind actul constatator al rezilierii în cauză și al unor prejudicii asociate, câtă vreme legislația specifică nu stabilește că un astfel de litigiu ar lipsi de efecte, automat, un astfel de act administrativ.

În fapt, autoritatea contractantă a fost împiedicată să verifice existența motivelor de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. c) și g) din Legea nr. 98/2016, față de SC ..... SRL, în sensul că nu a analizat inexistența unei abateri profesionale sau săvârșirea altei fapte penale, rezultând din decizii judecătorești (lipsind cazierul judiciar, în parte) și nici inexistența unor încălcări grave ale obligațiilor contractuale, în precedent.

În mod implicit, din conținutul coroborat al acestor documente, rezultă că operatorul economic nu/a prezentat, prin DUAE, dar și prin documentele de calificare ulterior prezentate, informații eronate/incomplete și neconcordante cu adevărul, ceea ce făcea aplicabile dispozițiile art. 167 alin. (1) litera h) din Legea nr. 98/2016: *operatorul economic s-a făcut vinovat de declaraţii false în conţinutul informaţiilor transmise la solicitarea autorităţii contractante în scopul verificării absenţei motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare şi selecţie, nu a prezentat aceste informaţii sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate.*

În privința situației fiscale a aceluiași ofertant, Consiliul constată că susținerile contestatoarei sunt nefondate, întrucât certificatele prezentate s-au aflat în perioada de valabilitate indicată de emitentul lor, fiind respectată regula de la art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, ca actele justificative prezentate să fie actualizate: *(2) Înainte de atribuirea contractului de achiziţie publică/acordului-cadru, cu excepţia situaţiei contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare şi selecţie, în conformitate cu informaţiile cuprinse în DUAE[...].*

Prin urmare, criticile aferente neprezentării unor documente actualizate care să probeze absența datoriilor curente sunt considerate de Consiliu nefondate.

Cu toate acestea, constatând faptul că oferta desemnată câștigătoare este afectată de neconformitatea privind durata de execuție a lucrărilor, rezultând din propunerea tehnică modificată, precum și de cauze de inacceptabilitate asociate informațiilor intenționat eronate, prezentate de asociatul SC ..... SRL, sus evidențiate (executarea incorectă a unui contract anterior și lipsa informațiilor privind cazierul administratorului judiciar), Consiliul consideră că acceptarea ei în competiția ofertelor admisibile a fost o decizie eronată a autorității contractante, contrară dispozițiilor din art. 137 alin. (1) și alin. (5) din Norma de aplicare a Legii nr. 98/2016: (1) Comisia de evaluare are obligaţia de a respinge ofertele inacceptabile şi neconforme.

(5) Comisia de evaluare are obligaţia de a stabili oferta câştigătoare dintre ofertele admisibile.

Drept consecință, Consiliul va admite contestația SC ..... SRL, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 și va anula decizia de stabilire câștigătoare a ofertei intervenientei, cuprinsă în raportul procedurii nr. 3206/26.06..... și în adresa nr. 3238/29.06.....

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei intervenientei, în maxim 20 zile de la primirea deciziei, ținând cont de motivele de neconformitate și inacceptabilitate constatate în prezenta.

În mod implicit, Consiliul va respinge cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL, ca nefondată.

Având în vedere prevederile alin. (9) al aceluiași art. 26 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 451 alin. (2) din Codul de procedură civilă, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la plata către contestatoare a sumei de 1.000 lei, cu titlu cheltuieli ocazionate de înaintarea contestației (a căror avansare a fost probată prin factura Seria Do nr. 0104 din 11.07..... și chitanța nr. 102/11.07..... – onorariu avocat), sumă obținută prin diminuarea onorariului declarat (1.500 lei) datorită neacceptării tuturor motivelor de contestare formulate.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în principiu, cererea de intervenție accesorie formulată de SC ..... SRL, în susținerea autorității contractante.

Admite contestația SC ..... SRL, formulată în contradictoriu cu ....., autoritatea contractantă în procedura inițiată cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la ....., și anulează decizia de stabilire câștigătoare a ofertei intervenientei, cuprinsă în raportul procedurii nr. 3206/26.06..... și în adresa nr. 3238/29.06.....

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei intervenientei, în maxim 20 zile de la primirea deciziei, ținând cont de motivele de neconformitate și inacceptabilitate constatate și evocate în motivarea precedentă.

Respinge cererea de intervenție accesorie formulată de SC ..... SRL, ca nefondată.

Obligă autoritatea contractantă la plata către contestatoare a sumei de 1000 lei, cu titlu cheltuieli ocazionate de înaintarea contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, în temeiul art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
..... **.....** **.....**

.....