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. (2) 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 Consiliu cu nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, în calitate de lider al Asocierii SC ..... SRL – SC ...SRL, cu sediul în ....., ..., județul Cluj, privind procedura simplificată organizată de ....., cu sediul în ....., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Execuție de lucrări pentru obiectivul «Extindere rețele de alimentare cu apă și canalizare, în ....., sat Baia, județul .....»”, s-a solicitat Consiliului:

- anularea rezultatului privind evaluarea DUAE, comunicat prin adresa nr. 145/20.07....., în ceea ce privește declararea ofertei contestatoarei ca neconformă și inacceptabilă, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea acesteia;
- anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente;
- anularea adresei nr. 150/26.07....., prin care autoritatea contractantă își menține decizia de respingere a ofertei contestatoarei;
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii în conformitate cu cele stabilite de Consiliu.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzeii 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 depusă de SC ..... SRL, prin care este criticată decizia autorității contractante de respingere ca neconformă și inacceptabilă a ofertei depuse de contestatoare în cadrul procedurii menționate anterior.

Potrivit contestatoarei, în cadrul acestei proceduri, a prezentat toate documentele solicitate de autoritatea contractantă atât prin documentația de atribuire cât și prin solicitările de clarificări, documente care, în opinia sa, atestă îndeplinirea cerințelor minime de calificare.

Referitor la motivul invocat de autoritatea contractantă în respingerea ofertei, și anume faptul că asociatul SC ...SRL, aflat în procedură de insolvență, nu a prezentat, ca răspuns la solicitarea de clarificări, un plan de reorganizare fezabil, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă nu a ținut seama de prevederile legale privind procedura insolvenței și nici de termenele legale de emitere a eventualelor decizii.

Astfel, contestatoarea consideră că, în analiza acestei contestații, trebuie avut în vedere procentul de 5% de participare a asociatului respectiv în prezenta procedură. De asemenea, apreciază că, în soluționare, trebuie să se țină seama de prevederile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea precizează că, astfel cum reiese din documentele prezentate ca răspuns la solicitarea de clarificări, tabelul preliminar al creanțelor a fost publicat în BPI, tabel împotriva căruia a fost formulată o singură contestație, de către un creditor cu o creanță de 0.019% din masa credală. Dat fiind faptul că această contestație privind tabelul preliminar al creanțelor nu a fost soluționată, nu s-a putut publica tabelul definitiv al creanțelor și nici nu s-a putut propune și vota planul de reorganizare al debitoarei SC ...SRL.

Având în vedere că, în urma Adunării Generale a creditorilor debitoarei SC ...SRL, comitetul creditorilor a apreciat că societatea are potențial de redresare, sens în care au propus continuarea perioadei de observație, contestatoarea apreciază că s-au adoptat măsurile necesare pentru întocmirea unui plan de reorganizare fezabil, urmând a se avea în vedere procentul de participare financiară în asociere, anterior adoptării deciziei finale.

Prin punctul de vedere nr. 152/02.08....., înregistrat la Consiliu cu nr. 32181/03.08....., ... a solicitat respingerea ca neîntemeiată a contestației formulate de SC ..... SRL și menținerea ca temeinică și legală a adresei de comunicare nr. 145/20.07.....

În susținere, arată că, în cadrul analizei DUAE depuse de ofertanți, a constatat că, SC ...SRL a prezentat un DUAE în care,

Partea III, pct. C: Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, secțiunea INSOLVENȚĂ, a fost bifat DA, situație în care, comisia de evaluare a apreciat că sunt necesare clarificări în acest sens. Prin urmare, ofertantului în cauză i s-a solicitat, prin adresa nr. 123/29.06....., să furnizeze informații și/sau documente care să dovedească capacitatea operatorului economic de a executa contractul de achiziție publică, precum și dovezi privind adoptarea măsurilor necesare pentru întocmirea unui plan de reorganizare fezabil, care să permită continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente.

Potrivit autorității contractante, prin răspunsul nr. 129/04.07....., au fost prezentate, pentru SC ...SRL, o serie de contracte semnate cu diverse unități administrativ teritoriale și aflate în derulare, precum și o adresă din partea Cabinetului de Insolvență ..., având calitatea de administrator judiciar al SC ...SRL, prin care s-a prezentat situația în ceea ce privește adoptarea unui plan de reorganizare după adoptarea tabelului definitiv al creanțelor.

Aceste informații au fost considerate de către comisia de evaluare ca fiind neconcludente, motiv pentru care oferta depusă de Asocierea SC ..... SRL – SC ...SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Remedierile solicitate de contestatoare nu au fost considerate întemeiate, deoarece, din răspunsul la solicitarea de clarificări și documentele anexate acestuia, nu a rezultat incidența art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. În plus, s-a constat că toate contractele la care contestatoarea a făcut trimitere se vor încheia înainte de finalizarea procedurii de atribuire, situație care duce la concluzia că operatorul economic nu se poate încadra în prevederile excepției art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

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 „Execuție de lucrări pentru obiectivul «Extindere rețele de alimentare cu apă și canalizare, în ....., sat Baia, județul .....»”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. ..... din ..... Valoarea estimată a contractului de lucrări ce urmează a fi atribuit este de 6.101.033,31 lei, fără TVA.

Decizia privind rezultatul procedurii de atribuire i-a fost comunicată asocierii SC ..... SRL – SC ...SRL, prin adresa nr. 145 din 20.07....., în care se arată că oferta acestei asocieri a fost respinsă, după etapa de evaluare DUAE, ca inacceptabilă, conform art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 , deoarece nu îndeplinește criteriul de calificare impus la art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, iar clarificările aduse nu au fost

concludente. În adresa de mai sus, autoritatea contractantă expune pe larg motivul de respingere.
Împotriva acestei decizii a autorității contractante, SC ..... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ..... SRL – SC ...SRL, a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând Consiliului:
- anularea rezultatului privind evaluarea DUAE, comunicat prin adresa nr. 145/20.07....., în ceea ce privește declararea ofertei sale ca neconformă și inacceptabilă, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea acesteia;
- anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente;
- anularea adresei nr. 150/26.07....., prin care autoritatea contractanta arata ca menține decizia de respingere a ofertei sale;
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii în conformitate cu cele stabilite de Consiliu.

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante cu privire la oferta asocierii contestatoare, Consiliul constată că, în DUAE –ul prezentat pentru membrul de asociere SC ...SRL, este menționat că societatea se află în stare de insolvență.

Având în vedere că prin fișa de date a achiziției, punctul III.2.1.a) „Situația personală a ofertantului", s-a solicitat ca ofertanții să nu se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016, față de starea de insolvență declarată a membrului de asociere SC ...SRL, Consiliul reține următoarele prevederi ale art. 167 din Legea nr. 98/2016:

"(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii:

*b) se află în **procedura insolvenţei** sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activităţii.*

[…]

*(2) Prin excepţie de la dispoziţiile alin. (1) lit. b), autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvenţă atunci când, pe baza informaţiilor şi/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, **stabileşte că acesta are capacitatea de a executa contractul** de achiziţie publică/acordul-cadru. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observaţie şi a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un **plan de reorganizare fezabil**, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activităţii curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară şi respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanţă."*

În vederea verificării incidenței situației de excepție reglementată la art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prin adresa nr. 123 din 29.06....., autoritatea contractantă a cerut asocierii ofertante să îi furnizeze informații și/sau documente care să dovedească capacitatea SC ...SRL de a executa contractul de achiziție publică, precum și dovezi că s-au adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o maniera sustenabilă, a activității curente.
Asocierea a răspuns prin adresa nr. 175 din 04.07....., în care arată că înaintează autorității contractante adresa Cabinetului Individual de Insolvență „...", având calitatea de administrator judiciar al SC ...SRL, precum și contracte semnate cu UAT-uri care sunt în prezent în desfășurare.

În adresa emisă de Cabinetul Individual de Insolvență „...", administrator judiciar al SC ...SRL, se menționează următoarele:

„Având în vedere publicarea în BPI a raportului privind starea materială a debitoarei, din care rezultă că sunt premise serioase pentru reorganizarea activității și nu există niciun pericol pentru partenerii de afaceri ai acesteia, se impune continuarea activității.

În prezent, a fost publicat tabelul preliminar al creanțelor împotriva SC ... SRL iar din cei 123 de creditori ai acesteia, câți figurau în evidențele debitoarei, au rămas în tabel 21 de creditori.

Pe rolul Tribunalului București, Secția a VII-a civilă se află înregistrată o singură contestație la tabelul preliminar, incidența acesteia fiind de 0,16% din masa creanțelor așa încât indiferent de soluția pronunțată nu schimbă cu nimic situația în tabelul preliminar.

Adunarea Generală a creditorilor SC ...SRL și Comitetul creditorilor a confirmat administratorul judiciar și are o poziție de susținere a debitoarei în ceea ce privește adoptarea unui plan de reorganizare după publicarea tabelului definitiv al creanțelor.

După soluționarea singurei contestații la tabelul preliminar se va publica tabelul definitiv al creanțelor și se va propune planul de reorganizare.

Relațiile comerciale existente între debitoare și partenerii săi de afaceri se pot cenzura de către administratorul judiciar doar în ipoteza în care partenerul de afaceri al debitoarei nu-și îndeplinește obligațiile contractuale, ceea ce nu este cazul în prezenta situație, cel puțin până în prezent, având în vedere faptul că buna credință se prezumă, iar debitoarea își desfășoară activitatea fără sincope financiare.

Concluzionând, apreciem că debitoarea SC ...SRL nu se află în incapacitate de plată, iar procedura falimentului solicitată de debitoare a avut ca scop tocmai evitarea intrării în incapacitate de plată, ceea ce s-a reușit, continuarea activității curente, redresarea financiară a acesteia fiind pozitivă."

Așa cum arată legiuitorul prin dispoziția de la art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvenţă nu va fi exclus din competiție atunci când se află în faza de observaţie şi a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activităţii curente. Rezultă, așadar, o dublă condiționare a incidenței acestei situații de excepție: adoptarea de măsuri necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare, iar acesta din urmă trebuie să fie unul fezabil.

Din punctul de vedere al administratorului judiciar al SC ...SRL, Consiliul reține că, la data prezentării acestuia, societatea se află într-o etapă anterioară propunerii unui plan de reorganizare, fără a fi amintite măsurile necesare pentru întocmirea unui plan de reorganizare care să fie și fezabil.

Cât privește susținerea contestatoarei că faptul de a avea în derulare o serie de contracte cu diverse unități administrativ-teritoriale reprezintă o garanție a capacității sale de a executa contractul de achiziţie publică, Consiliul nu o va reține ca făcând dovada îndeplinirii cerinței de calificare, deoarece existența unui număr de contracte în desfășurare nu conduce în mod automat la concluzia că societatea are capacitatea de a executa prezentul contract de achiziție publică și nici nu reprezintă o dovadă în acest sens. De asemenea, continuarea activității societății ulterior intrării în starea de insolvență nu reprezintă o dovadă a capacității acesteia de a executa prezentul contract de achiziție publică, în lipsa dovezilor că s-au adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil.

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a declarat, în mod corect, inacceptabilă oferta asocierii SC ..... SRL – SC ...SRL, deoarece, din răspunsul său, nu rezultă că s-au adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, neputându-se vorbi, la acest moment, de un eventual caracter fezabil al planului de reorganizare, la care face referire atât art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 cât și solicitarea de clarificări transmisă de autoritatea contractantă.

Date fiind cele expuse, Consiliul stabilește că asocierea contestatoare nu a făcut dovada faptului că membrul asocierii SC ...SRL nu se află în situația de excludere reglementată la art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, situație în care oferta a devenit inacceptabilă, conform art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, iar răspunsul la clarificarea cerută de autoritate a fost, prin prisma celor expuse mai sus, neconcludent față de nevoia de edificare a autorității contractante, situație în care se reține

incidența sancțiunii prevăzute de legiuitor la art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Consiliul nu va reține în soluționare îndrumările contestatoarei către evaluarea situației sale raportat la nivelul de 5% al implicării membrului SC ...SRL în activitățile viitorului contract de achiziție publică, deoarece condițiile de admisibilitate ale unei oferte, așa cum sunt evocate de legiuitor, nu sunt incidente în funcție de procentul implicării fiecărui membru al unei asocieri, în cazul în care se depune ofertă comună. Astfel, indiferent de partea de implicare, majoră, medie sau minoră, toți operatorii economici care aleg să depună ofertă comună, urmează a nu se afla în situațiile care atrag excludere din procedura de achiziție publică.

Referitor la acest aspect, Consiliul are în vedere că autoarea contestației nu s-a prevalat de dispozițiile art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, astfel încât să lămurească cu autoritatea contractantă situația asociatului SC ...SRL.

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 ..... SRL, în calitate de lider al Asocierii SC ..... SRL – SC ...SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de SC ..... SRL, în calitate de lider al Asocierii SC ..... SRL – SC ...SRL.

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 (patru) exemplare, conține 8 (opt) pagini.