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 nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de asocierea SC ..... SA & SC ..... SRL & SC ..... SRL, prin liderul de asociere SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ..... – Director general, împotriva adresei nr. 7763/25.05....., reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, emis de JUDEȚUL ..... (CONSILIUL JUDEȚEAN), cu sediul în ....., ..., județul ..... (autoritatea contractantă), în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Elaborare servicii de proiectare la faza: proiect tehnic, detalii de execuție, caiete de sarcini, documentație tehnică, autorizație de construire, documentație pentru avize și acorduri (PT+DE+CS+ DTAC+DAA), servicii de asistență tehnică din partea proiectantului și execuție de lucrări pentru: Modernizare DJ 204 D, sector Vulturu – Hînguleşti - Maluri, km 26+000-35+600 + km 36+600, L=9,6 km, comuna Vulturu, județul .....”, cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la 14.10.2016, s-a solicitat Consiliului .....

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

Asocierea SC ..... SA & SC ..... SRL & SC ..... SRL, prin liderul de asociere SC ..... SA, critică rezultatul procedurii de atribuire, emis de JUDEȚUL ..... (CONSILIUL JUDEȚEAN), în cadrul procedurii arătate, prin care oferta sa a fost exclusă din procedură, în temeiul dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la primul motiv de respingere a ofertei asocierii din procedură, potrivit căruia: "Până la această dată nu a fost publicat tabelul definitiv de creanțe, tabel care cuprinde toate creanțele asupra averii debitorului la data deschiderii procedurii, acceptate în tabelul preliminar şi împotriva cărora nu s-au formulat contestații, precum şi creanțele admise în urma soluționării contestațiilor sau cele admise provizoriu de către judecătorul-sindic. (...), respectiv, nu s-a manifestat interes pentru definitivarea tabelului definitiv de creanțe în vederea stabilirii valorii datoriilor înscrise la masa credală pentru a fi achitate, precum şi a celor care vor fi ajustate şi nu vor fi achitate", contestatoarea precizează că lipsa tabelului definitiv de creanțe a asociatului SC ..... SRL se datorează următoarelor împrejurări:

În cadrul dosarului asociat nr. 6664/121/2014/a33, aflat pe rolul Tribunalului ..... a fost soluționată cererea creditoarei Banca Comercială Română SA şi a creditoarei intervenient principal Raiffeisen Bank SA, privind acordarea unei măsuri de protecție echivalentă, în temeiul art. 78 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, în sensul respingerii acestei cereri, în temeiul art. 78 alin. (2) lit. c), ca urmare a încheierii tranzacției prin care s-a convenit novația obiectului garanției prin substituirea acestuia cu un alt obiect.

În cadrul Adunării Generală a Asociaților societății ..... SRL convocate pentru data de 08.09.2016 ora 13:00 s-a aprobat încheierea contractelor de ipotecă pentru bunurile mobile şi imobile care fac obiectul garanțiilor aferente Convenției din 01.06.2016 încheiate cu B.C.R şi Raiffeisen Bank SA şi împuternicirea administratorului special, dl. Doru Chiper. În implementarea acestei decizii, administratorul judiciar a încheiat până în prezent contractul de ipotecă asupra bunurilor imobile cuprinse în „acordul de acordare" a protecției corespunzătoare şi a făcut, împreună cu notarul instrumentator, demersuri de clarificare a situației juridice a celorlalte bunuri imobile cuprinse în acest acord în vederea încheierii, în formă autentică, a contractului de ipotecă imobiliară corespunzător.

De asemenea, în prezent aceste demersuri de clarificare au fost încheiate de către administratorul judiciar împreună cu notarul instrumentator, urmând ca toată documentația întocmită să fie analizată de către cei doi creditori bancari, BCR şi Raiffeisen, semnatari ai contractului de ipotecă imobiliară.

Astfel, imediat ce va fi soluționată această problemă, se va putea cunoaște întinderea exactă a garanțiilor deținute de către acești creditori şi implicit se va putea determina situația corectă a garanțiilor în

conformitate cu prevederile art. 103 din Legea nr. 85/2014, pentru depunerea tabelului definitiv de creanțe.

Totodată, SC ..... SRL împreună cu administratorul judiciar au adoptat toate măsurile prevăzute de legea specială pentru a ajunge în etapa de definitivare a tabelului de creanțe, care să reflecte situația pasivului societății. Întrucât, depunerea planului de reorganizare este condiționată de întocmirea şi depunerea, mai întâi, a tabelului definitiv, doar după implementarea acestui demers, depunerea unui plan de reorganizare a activității ..... SRL, termenul procedural pentru depunerea planului de reorganizare fiind de 30 de zile maxim, de la data depunerii tabelului definitiv.

Contestatoarea mai menționează că în toată această perioadă societatea ..... SRL împreună cu principalii săi creditori bancari, împreună cu administratorul său judiciar şi cu societatea de consultanță desemnată în cadrul procedurii, au efectuat demersuri concrete de întocmire a unui plan de reorganizare viabil care se bazează pe continuarea activității companiei, plan care va fi finalizat imediat ce vor fi clarificate ultimele aspecte şi detalii cu toate părțile implicate.

Mai mult, din punct de vedere procedural, în opinia contestatoarei, societatea ..... SRL nu se află într-o situație care să justifice descalificarea acesteia din procedura de atribuire, cu atât mai mult cu cât în cadrul prezentei proceduri, participă în cadrul unei Asocieri.

Referitor la lista celor 18 contracte aflate în derulare și la afirmația autorității contractante potrivit căreia din lista contractelor rest de executat la 01.02....., suma aferentă celor 9 contracte care nu au asigurată finanțarea integral nu poate fi luată în considerare, contestatoarea precizează că, finanțarea așa cum rezultă din centralizator nu este asigurată integral, dar asta nu înseamnă că nu sunt asigurate alocații bugetare pentru aceste contracte. Conform documentelor justificative anexate (copii acte adiționale, adrese alocații bugetare) pentru cele 9 contracte sunt asigurate pentru anul ..... fonduri în sumă totală de 16.672.131 lei (inclusiv TVA) din care suma care va fi aferentă SC ..... SRL ..... este de 14.201.672 lei (inclusiv TVA).

În concluzie, pentru anul ....., asociatul SC ..... SRL va avea în derulare contracte de lucrări pentru care este asigurată finanțarea în sumă totală de 79.347.943 lei + 14.201.702 lei = 93.549.645 lei (inclusiv TVA).

De asemenea, contestatoarea mai supune atenției că, în vederea recuperării creanțelor în sumă de 11 milioane lei, în cadrul comitetului creditorilor societății SC ..... SRL, din data de 22.02....., convocată de către administratorul judiciar a fost aprobată, în temeiul art. 61 din Legea nr. 85/2014, numirea SCA Stoica şi Asociații ca şi persoană de specialitate desemnată în procedură care să ofere asistență juridică necesară în vederea promovării unei acțiuni în pretenții pentru recuperarea sumelor datorate societății SC ..... SRL de către Regia

Autonomă Aeroportul Iași. Demersurile privind recuperarea creanțelor datorate au fost demarate.

Referitor la recuperarea sumei de aproximativ 5 milioane de la ABA Siret Bacău, contestatoarea arată că există un demers juridic, iar încasarea este estimată pentru luna ianuarie ....., de la Administrația Națională "Apele Române" prin Administrația Bazinală de Apă Siret.

Referitor la garanțiile de bună execuție aflate în conturi bancare în cuantum de 13 milioane, contestatoarea precizează că suma urmează a fi deblocată pe parcursul anului ....., urmare a expirării perioadei de garanție.

Totodată, ținând cont de istoricul societății, de la înființarea acesteia (1993) și până în prezent, referitor la recepția finală a contractelor (nu există lucrări nerecepționate final datorită unor vicii de execuție). Prin urmare, rezultă că societatea va dispune pe parcursul anului ..... de aceasta sumă necesară asigurării cash-flow-ului necesar derulării activității.

De asemenea, contestatoarea precizează că, în referire la gradul de îndatorare al asociatului SC ..... SRL de 149,7%, acest indicativ nu este relevant pentru societățile care își desfășoară activitatea conform Legii nr. 85/2014, întrucât datoriile nu sunt scadente integral, existând datorii anterioare deschiderii procedurii de insolvență ce vor fi eșalonate printr-un eventual Plan de reorganizare pe o perioadă de 3-4 ani, sau în unele cazuri şi pe o perioadă mai lungă în afara Planului.

De asemenea, o parte din datorii pot fi reduse sau eliminate complet ca urmare a aprobării unui Plan de reorganizare ce prevede ca măsură adecvată această reducere a cuantumului datoriilor în prisma corelării posibilității societății de a achita creanțele înscrise şi a corelării cu valoarea activelor evaluate. În acest caz, după finalizarea Planului, datoriile înscrise la masa credală prevăzute a nu fi achitate sunt ajustate (eliminate) din contabilitate.

Contestatoarea mai arată că, valoarea activelor nu este dată de valoarea contabilă, deoarece într-o procedură de insolvență activele sunt evaluate de către un evaluator independent, întotdeauna valoarea contabilă diferă față de valoarea stabilită de evaluator prin procedură. Conform primelor simulări efectuate, bazate pe raportul de evaluare al activului, a posibilității societății de a achita creanțele înscrise în tabelul de creanțe în premisa continuării activității, se estimează că prin Programul de Plăți ce va fi inclus în Planul de Reorganizare nu vor fi efectuate distribuiri integrale către creditorii chirografari (furnizorii). Această măsură transpusă în indicatorul "gradul de îndatorare" va însemna o îmbunătățire semnificativă.

Referitor la remarca autorității contractante de scădere a cifrei de afaceri aferentă anului 2016 comparativ cu anii 2015 și 2014, petenta consideră că diminuarea cifrei de afaceri nu este rezultatul deschiderii procedurii de insolvență, ci rezultatul contextului macroeconomic în care societatea își desfășoară activitatea.

De asemenea, și scăderea numărului de angajați constatată de autoritatea contractantă, în opinia contestatoarei, diminuarea de

personal reprezintă o măsură concretă a reorganizării societății în sensul necesității restrângerii activității potrivit noii situații juridice existente.

Totodată, numărul de personal al unei societăți este condiționat de volumul lucrărilor derulate. Prin urmare, nu se poate concluziona că scăderea numărului de personal este cauzată în mod singular de starea de insolvență, existând și alți factori obiectivi care conduc la acest fapt, factori ce nu pot fi imputați.

Referitor la remarca autorității contractante, "Cu privire la susținerea potrivit căreia ofertantul este o asociere, precizăm că dispozițiile legale în materie nu fac distincție în ceea ce privește calitatea operatorului economic în cadrul procedurii de atribuire, ofertant unic sau asociat, obligația instituită de lege in sarcina acestuia de a proba încadrarea în excepția prevăzută de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 nefiind diferențiată raportat la acest considerent".

Față de aceasta, contestatoarea consideră că asocierea, prin liderul SC ..... SA este responsabilă pentru derularea contractului de achiziție publică, reprezentând un garant pentru autoritatea contractantă de a executa contractul, în cazul atribuirii acestuia către Asociere, în acest sens există clauze în Acordul de Asociere.

Totodată, prin adresa nr. 3734/21.04..... s-a confirmat de către SC ..... SRL, calitatea de lider al asocierii, reiterând obligațiile asumate față de ....., cu privire la atribuirea contractului în cauză, asigurând îndeplinirea tuturor condițiilor (inclusiv a celor financiare) necesare implementării şi finalizării la termen a contractului de achiziție publică, în cazul atribuirii acestuia către Asocierea constituită conform Acord de Asociere nr. 15967/24.10.2016.

Invocând prevederile art. 3 lit. ii) și ale art. 167 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din același act normativ, incidente fiind și prevederile art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2016, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă este obligată să verifice încadrarea în situația de excepție prevăzută la art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prin raportare la noțiunea de "Operator economic", astfel cum este aceasta definită prin Lege.

Astfel, în cazul prezentei proceduri de atribuire, operatorul economic ofertant este o Asociere, fiind clar conturată în sarcina autorității contractante obligația verificării situației de excepție inclusiv la nivel de Asociere şi nu în mod singular doar față de Asociatul ..... SRL.

Contestatoarea apreciază că în stabilirea respingerii asocierii din procedura de față, autoritatea contractantă trebuia să analizeze și elementele de natură să demonstreze capacitatea ofertantului de a executa și finaliza contractul de achiziție publică, astfel cum este aceasta stabilită prin Legea nr. 98/2016, Secțiunea 6 – art. 172.

Concluzionând, contestatoarea consideră că asociatul SC ..... SRL face dovada deplină a capacității de a executa și finaliza contractul de achiziție publică, solicitând pe această cale admiterea contestației.

Prin adresa nr. 8190/12.06....., înregistrată la CNSC sub nr. 23157/12.06....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului un punct de vedere la contestația formulată de asocierea SC ..... SA & SC ..... SRL & SC ..... SRL, prin liderul de asociere SC ..... SA și copii după documente aflate în dosarul achiziției, solicitând respingerea acesteia, ca neîntemeiată.

În susținerea punctului de vedere, autoritatea contractantă arată că în urma analizării DUAE depus de asociatul SC ..... SRL, a constatat că acesta se află în procedura de insolvență, sens în care i-a solicitat documente justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE.

Față de informațiile furnizate, comisia a hotărât excluderea asocierii contestatoare din procedură, în temeiul dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, întrucât, ca prim aspect până la momentul evaluării nu fost publicat tabelul definitiv de creanțe, tabel care cuprinde toate creanțele asupra averii debitorului la data deschiderii procedurii, acceptată în tabelul preliminar şi împotriva cărora nu s-au formulat contestații, precum şi creanțele admise în urma soluționării contestațiilor sau cele admise provizoriu de către judecătorul-sindic. Nepublicând acest tabel, operatorul economic nu a putut trece la următoarea etapă procedurală, respectiv depunerea planului de reorganizare. Absența tabelului definitiv al creanțelor, care cuprinde toate creanțele asupra averii debitorului, indică faptul că operatorul economic nu a adoptat măsurile minime pentru întocmirea unui plan de reorganizare fezabil, așa cum este prevăzut de legislația în vigoare

În opinia autorității contractante, pentru a nu fi exclus din procedura și pentru a se încadra în excepția prevăzută de art. 167 alin. (2) din Legea achizițiilor publice, operatorul economic aflat în faza de observație trebuia să demonstreze că a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil care să permită continuarea activității curente într-o manieră sustenabilă.

Comisia de evaluare a mai constatat că în 9 din cele 18 contracte aflate în derulare la 01.02....., SC ..... SRL a precizat faptul că data de finalizare a acestora va fi în funcție de asigurarea integrală a finanțării.

Totodată, valoarea garanțiilor de bună execuție aflate în conturi bancare în cuantum de 13 milioane lei reprezintă de asemenea o sumă incertă, deblocarea acestora în integralitate depinzând de mai mulți factori viitori şi nesiguri (finalizarea lucrărilor, recepționarea acestora. expirarea perioadei de garanție a lucrărilor executate).

Prin urmare, autoritatea contractantă apreciază că aceste sume reprezintă venituri incerte, încasarea lor depinzând de capacitatea de finanțare a beneficiarilor. Cum în cea mai mare parte beneficiarii sunt autorități publice, autorități despre care însuși ofertantul declara că îi cauzează prejudicii prin neachitarea facturilor la timp, este evident că aceste sume nu vor intra cu certitudine în contul operatorului economic în perioada imediat următoare.

De asemenea, un alt factor care a condus la excluderea operatorului economic din procedură, a fost constatarea de către comisia

de evaluare a faptului că acesta are mai multe litigii privind lucrările executate.

Cu privire la gradul de îndatorare, din calculul propriu reiese că acesta este de 149,7%, un procent foarte ridicat care nu face decât să sublinieze ineficiența măsurilor adoptate în vederea întocmirii unui plan de reorganizare fezabil.

Contrar susținerilor contestatoarei conform cărora „se estimează că nu vor fi efectuate distribuiri integrale către creditorii chirografari", fapt ce va scădea gradul de îndatorare al societății, autoritatea contractantă arată că în susținerea acestor afirmații, contestatoarea nu aduce niciun argument cu privire la procentul la care va scădea gradul de îndatorare, numărul creditorilor chirografari către care nu se vor achita datoriile și nici motivele pentru care aceste datorii, a căror valoare este incertă, nu vor mai trebui achitate.

S-a mai constatat și scăderea cifrei de afaceri aferentă anului 2016, comparativ cu anii 2015 și 2014 și totodată scăderea numărului de personal al SC ..... SRL.

Cu privire la afirmația potrivit căreia, ofertantul este o asociere, autoritatea contractantă susține că dispozițiile legale în materie nu fac distincție în ceea ce privește calitatea operatorului economic în cadrul procedurii de atribuire, ofertant unic sau asociat, obligația instituită de lege în sarcina acestuia de a proba încadrarea în excepția prevăzută de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 nefiind diferențiată raportat la acest considerent.

Prin urmare, comisia de evaluare a constatat că nu s-au efectuat demersuri concrete pentru întocmirea unui plan de reorganizare viabil bazat pe continuarea activității, respectiv nu s-au inițiat măsuri pentru evaluarea activelor societății (ultimul raport de evaluare datează din noiembrie 2014) în vederea corelării posibilității societății de a achita creanțele înscrise la masa credală cu valoarea activelor reevaluate

De asemenea, nu s-a manifestat interes pentru definitivarea tabelului definitiv de creanțe în vederea stabilirii valorii datoriilor înscrise la masa credală pentru a fi achitate, precum şi a celor care vor fi ajustate şi nu vor fi achitate.

Situația economică şi financiară, precum şi capacitatea tehnică a societății estimată pentru perioada 2016-2020 nu demonstrează capacitatea ofertantului de a executa şi finaliza contractul de achiziție publică deoarece, din bilanțul prognozat pentru această perioadă, activele corporale imobilizate înregistrează o scădere de la valoarea de 64.273 mii lei la data de 31.12.2016, la 0 în luna decembrie 2020, ceea ce evidențiază intenția de înstrăinare a acestora

Față de considerentele expuse, autoritatea contractantă susține că nu poate fi obligată să atribuie un contract unui ofertant care se află în procedura insolvenței și care nu a demonstrat capacitatea de a executa contractul. Situația specială a operatorului SC ..... SRL nu îi asigură asocierii ofertante și desemnarea ofertei sale ca fiind admisibilă, întrucât

este necesară îndeplinirea condițiilor impuse de lege, condiții pe care nu a demonstrat că le îndeplinește, fiind exclusă din procedură.

În finalul punctului de vedere, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației depusă de asocierea SC ..... SA & SC ..... SRL & SC ..... SRL, prin liderul de asociere SC ..... SA, ca fiind neîntemeiată, amintind și practica CNSC în ceea ce privește speța dedusă analizei de față, Decizia nr. 860/21.04..... și Decizia nr. 1185/.....

În drept, se invocă de autoritatea contractantă dispozițiile art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Față de susținerile părților şi de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Elaborare servicii de proiectare la faza: proiect tehnic, detalii de execuție, caiete de sarcini, documentație tehnică, autorizație de construire, documentație pentru avize și acorduri (PT+DE+CS+ DTAC+DAA), servicii de asistență tehnică din partea proiectantului și execuție de lucrări pentru: Modernizare DJ 204 D, sector Vulturu – Hîngulești - Maluri, km 26+000-35+600 + km 36+600, L=9,6 km, comuna Vulturu, județul .....", JUDEȚUL ..... (CONSILIUL JUDEȚEAN), în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată online – într-o singură etapă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ..... la data de 14.10.2016, precum și a documentației de atribuire.

Nemulțumită de rezultatul procedurii de atribuire din data de 25.05..... prin care oferta asocierii SC ..... SA & SC ..... SRL & SC ..... SRL, prin liderul de asociere SC ..... SA a fost exclusă din procedură, a înaintat Consiliului contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Totodată, Consiliul constată că, anterior contestației de față, în procedura prezentă au mai depus contestații: .., care au fost soluționate de CNSC prin Decizia nr. ../...../..-..... din 24.03....., conform căreia:

Admite, în tot, contestațiile formulate de: (1) .., respectiv cererile de anulare a comunicării rezultatului parțial al procedurii nr. 2214/15.02....., a tuturor actelor ce au stat la baza emiterii acesteia, precum și a tuturor actelor subsecvente, și de obligare a autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de Asocierea ..

Dispune anularea raportului procedurii, în partea dedicată ofertelor sus menționate, precum şi adresele de comunicare a rezultatului parțial, ca acte subsecvente.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze ofertele depuse de cele 6 contestatoare, așa cum s-a menționat în motivarea de mai sus.

Respinge cererea vizând anularea procedurii de atribuire față de abaterile grave de la prevederile legislative care afectează procedura de atribuire din contestația depusă de ..., ca nefondată.

În ceea ce privește motivele de respingere, mai sus evocate, reținute în sarcina ofertei asocierii ..... SA – ..... SRL – ..... SRL, Consiliul stabilește că în discuție este situația asociatului ..... SRL, aflat în procedură de insolvență.

Consiliul reține că, la secțiunea III.2.1.a) *Situația personală a candidatului sau ofertantului* din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a solicitat:

I. Ofertantul/terțul susținător/subcontractantul nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea 98/2016.

Modalități de îndeplinire și aplicabilitatea în cadrul procedurii:

Operatorii economici (lider / asociat / ofertant / subcontractant / terț susținător) vor completa și prezenta DUAE cu informațiile aferente situațiilor lor în baza art. 193 alin. 1 din Legea 98/2016.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE vor fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, de către operatorul economic clasat pe locul I după aplicarea criteriului de atribuire. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE pot fi:

a)- cazierul judiciar al operatorului economic/terțului susținător/ subcontractantului respectiv al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivilor sau a celor ce au putere de reprezentare, decizie sau de control in cadrul acestora așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv emis de către IPJ. Pentru persoanele juridice străine se accepta documente echivalente

b)- documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 166 alin. (2), art. 167 alin. (2), art. 171 din Legea nr 98/2016 privind achizițiile publice

c)- Certificatul de atestare fiscala (datorii la bugetul consolidat general) si Certificatul de taxe si impozite locale (datorii la bugetele locale) sau documente echivalente din care sa reiasă că ofertantul/terțul susținător/subcontractantul nu au datorii restante la momentul prezentării lor.

d) alte documente edificatoare, după caz.

Autoritatea contractanta acceptă ca fiind suficient și relevant pentru demonstrarea faptului că ofertantul/terțul susținător/subcontractantul nu se încadrează în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, orice document considerat edificator din acest punct de vedere, în țara de origine sau în țara în care ofertantul/terțul susținător/ subcontractantul este stabilit, cum ar fi certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de autorități competente din țara respectivă.

În cazul în care în țara de origine sau țara în care este stabilit ofertantul/terțul susținător/subcontractantul nu se emit documente de natura celor prevăzute mai sus sau respectivele documente nu vizează toate situațiile prevăzute la art. 164 165 și 167, autoritatea contractantă

are obligația de a accepta o declarație pe proprie răspundere sau, dacă în țara respectivă nu există prevederi legale referitoare la declarația pe propria răspundere, o declarație autentică dată în fața unui notar ,a unei autorități administrative sau judiciare sau a unei asociații profesionale care are competențe în acest sens.

Referitor la motivele de respingere, se reține că, prin adresa nr. 7299/18.05....., autoritatea contractantă a solicitat depunerea, pentru asociatul SC ..... SRL, de documente și clarificări necesare pentru a demonstra că acesta se încadrează în excepția prevăzută la art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, astfel:

- Tabelul definitiv de creanțe, întrucât în adresa 331/13.04. ..... emisă de CITR Filiala ..... SPRL, în calitate de administrator judiciar, s-a menționat că forma finală a acestuia va fi publicată în luna mai .....;

- *Balanța sintetică la data de 31.12.2016;*

- *Situația celor 18 contracte aflate în derulare, din care să reiasă data finalizării acestora precum și suma pe care SC ..... SRL ..... o are de încasat, raportat la calitatea pe care acesta o are la încheierea contractului (contractant unic, asociat, subcontractant);*

- *Gradul de îndatorare al societății și modul de calcul prin care acesta a fost determinat (formula utilizată și informațiile care au stat la baza acestuia);*

- *Justificări privind neconcordanțele între datele înscrise în situația financiară anuală la 31.12.2015 a societății SC ..... SRL ....., publicată pe site-ul Ministerului Finanțelor Publice și cele înscrise de administratorul judiciar în Planul de afaceri al SC ..... SRL ..... în perioada .....-2020, prezentare preliminară (Capitolul I. Context, pag. 38/6 de ex. active imobilizate 73.161 mii lei, față de 78.553 mii lei, active circulante 108.822 mii lei, față de 95.350 mii lei, datorii 224.114 mii lei, față de 216.034 mii lei).*

Urmare a solicitării autorității contractante, mai sus amintite, prin adresa nr. 5384/22.05..... asocierea ..... SA – ..... SRL – ..... SRL, a răspuns punctual, astfel:

- *Tabelul definitiv de creanțe. La data prezentei adrese, 22.05....., (...) s-au finalizat doar parțial demersurile de reconstituire a garanțiilor deținute de către creditorii Raiffeisen Bank SA și Banca Comercială Română SA conform procedurii prevăzute de art. 78 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 85/2014, ... și a Convenției încheiate între părți la data de 01.06.2016 (...) De asemenea menționăm că în data de 12.06..... este termenul de procedură până la care tabelul definitiv trebuie publicat;*

- *Balanța sintetică finală la 31.12.2016;*

- *Vă atașăm la prezenta adresă situația celor 18 contracte împreună cu informațiile solicitate;*

- *Gradul de îndatorare. Este un indicator general al îndatorării și calculează proporția în care activul total este finanțat din alte surse decât cele proprii, cum sunt: credite, furnizori, datorii la stat. Formula folosită pentru calculul gradului de îndatorare: GÎ = Datorii totale/Active*

totale = 149,7 %. Pentru societăți ce își desfășoară activitatea conform Legii nr. 85/2014 – legea insolvenței, acest indicator nu este relevant. (...) • Datoriile totale nu sunt scadente integral, ..., • o parte din datorii pot fi reduse sau eliminate complet ca urmare a aprobării unui Plan de reorganizare, ..., • Valoarea activelor nu este dată de valoarea lor contabilă, ..., • Conform primelor estimări efectuate bazate pe raportul de evaluare al activului, posibilității societății de a achita creanțele înscrise în tabelul de creanțe în premisa continuării activității, se estimează că prin Programul de plăți ce va fi inclus în Planul de reorganizare nu vor fi efectuate distribuiri integrale către creditării chirografari (furnizorii). Această măsură transpusă în indicatorul gradul de îndatorare va însemna o îmbunătățire semnificativă;

- Neconcordanțe situații financiare vs. Istoric prezentat în Planul de afaceri. (...) provin ca urmare a unor încadrări diferite în categorii de activ și pasiv și nu are efect și nu denaturează poziția financiară a societății (capitalurile proprii au aceeași valoare).

(...).

- Ofertantul este reprezentat de o asociere ..... SA – ..... SRL – ..... SRL. În cadrul acestei asocieri, SC ..... SRL este o societate aflată în procedura generală de insolvență, cu un procent de participare de 48%. (...) se află în continuare în perioada de observație, cu drept deplin de administrare a activității sale, păstrându-și astfel intactă în continuare capacitatea sa legală de a-și desfășura activitatea curentă. (...) invocăm faptul că Legea nr. 98/2016 permite participarea la procedurile de atribuire a operatorilor economici în insolvență, fără a condiționa acest fapt de existența unui plan de reorganizare.

Art. 112 alin. (3) din Legea nr, 85/2014 prevede faptul că, durata maximă a perioadei de observație este de doar 12 luni de la data deschiderii, dar depășirea acestui termen nu are ca și consecință intrarea societății în altă etapă procedurală, cum ar fi aceea a procedurii de faliment, ci doar deschide posibilitatea judecătorului-sindic de a dispune anumite măsuri care să conducă la publicarea tabelului definitiv de creanțe (afișarea tabelului definitiv reprezentând punctul de la care curge termenul maxim de 30 de zile pentru depunerea unui plan de reorganizare).

Din aspectele mai sus evocate apare ca fiind explicit faptul că asociatul SC ..... SRL se află în procedura insolvenței, potrivit Încheierii din 10.11.2014, extrasă de pe portalul Tribunalului ....., Secția a II-a Civilă (dosar nr. 6664/121/2014), prin care a fost admisă cererea debitorului SC ..... SRL, în temeiul art. 71 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, fiind deschisă procedura generală de insolvență împotriva debitorului.

Prin urmare, problema ce se impune a fi dezlegată vizează participarea unui operator economic aflat în procedura insolvenței la procedura de achiziție publică.

Consiliul nu va reține ca relevantă, la acest moment, calculația gradului de îndatorare indicată de către autoritatea contractantă în justificarea deciziei de respingere, fiind un calcul provizoriu în baza unei balanțe întocmite la 31 decembrie 2016. Conform celor declarate de societatea contestatoare, datoriile totale nu sunt scadente integral, existând datorii anterioare deschiderii procedurii de insolvență, ce vor fi eșalonate printr-un plan de reorganizare.

De altfel, Consiliul nu va reține nici valorile furnizate de societatea contestatoare urmare a raportului de evaluare nr. 151775/10.09.2015 întocmit de un evaluator independent, întrucât obiectul acestui raport îl constituie evaluarea activelor din patrimoniul ..... SRL la data de referință 10.11.2014.

În continuare, în analiza efectuată, Consiliul se va raporta la următoarele norme juridice:

- art. 167 alin. (1) lit. b) coroborat cu alin. (2) din Legea nr. 98/2016:

„(1) *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 află în procedura insolvenței sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității*";

(2) *Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) lit. b), autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabilește că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru. 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, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță".*

Într-adevăr, potrivit art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenţei şi de insolvenţă: Debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii, însă, în același timp, pentru a nu fi exclus din procedură, respectiv pentru a beneficia de excepția prevăzută la art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, acesta trebuie să facă dovada că are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru, ținând cont de măsurile adoptate de respectivul operator economic privind continuarea activității. Respectiv, aceasta presupune că respectivul operator economic se află în faza de observație şi a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activităţii curente (...). Or, SC ..... SRL și implicit asocierea din care face parte, ca ofertant în procedură, nu a făcut dovada respectării articolului amintit.

Nici chiar prin contestație, SC ..... SRL nu a adus argumente și nu a prezentat probe în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, mai sus evocat, pentru admiterea sa în procedură. neprezentând elemente concrete, cum ar fi măsurile întreprinse pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, din care să rezulte încadrarea în situația de excepție. Prezentarea de detalii cu caracter general, legate de experiența similară, dotarea tehnică și umană a asociatului SC ..... SRL, nu sunt de natură să înfrângă faptul că un operator economic aflat în procedura de insolvență trebuie să prezinte, sub sancțiunea excluderii, dovezi ferme că se încadrează în excepția prevăzută de lege.

Totodată, Consiliul stabilește că nu este întocmit un tabel definitiv al creanțelor, contestatoarea susținând că acesta urmează a fi depus în perioada imediat următoare astfel încât odată cu depunerea acestuia urmează să curgă termenul procedural de maxim 30 de zile pentru depunerea planului de reorganizare, or contestațiile depuse în cauză de creditori, pot prelungi sine die termenul în discuție, SC ..... SRL, neaducând niciun argument în sensul încadrării în excepția prevăzută la art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, mai sus menționată.

De altfel, după cum se poate observa de pe portalul Tribunalului ....., pentru dosarul nr. 6664/121/2014/a6, având ca obiect contestație la tabelul preliminar al creanțelor, termenul de judecată a fost 08.06.....

Potrivit art. 5 pct. 67 din Legea nr. 85/2014: *tabelul definitiv de creanţe este tabelul care cuprinde toate creanţele asupra averii debitorului la data deschiderii procedurii, acceptate în tabelul preliminar şi împotriva cărora nu s-au formulat contestaţii, precum şi creanţele admise în urma soluţionării contestaţiilor sau cele admise provizoriu de către judecătorul-sindic (...)*.

Dispozițiile art. 112 din același act normativ dispun că:

(1) După ce toate contestaţiile la creanţe au fost soluţionate şi s-a predat raportul de evaluare a garanţiilor, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va înregistra, de îndată, la tribunal şi va publica în BPI tabelul definitiv al tuturor creanţelor împotriva averii debitorului, arătând suma, prioritatea şi situaţia fiecărei creanţe, beneficiară sau nu a unei cauze de preferinţă.

(2) După înregistrarea tabelului definitiv, numai titularii creanţelor înregistrate în tabelul definitiv pot să participe la votul asupra planului de reorganizare sau la orice repartiţii de sume în caz de faliment în procedura simplificată.

(3) Durata maximă a perioadei de observaţie este de 12 luni, calculate de la data deschiderii procedurii. Pentru respectarea acestui termen judecătorul-sindic va putea aplica dispoziţiile art. 113 alin. (4) în mod corespunzător.

Se reține că potrivit art. 132 din Legea nr. 85/2014:

(1) Următoarele categorii de persoane vor putea propune un plan de reorganizare:

a) debitorul, cu aprobarea adunării generale a acţionarilor/ asociaţilor, în termen de 30 de zile de la publicarea tabelului definitiv de creanţe, cu condiţia formulării intenţiei de reorganizare potrivit art. 67 alin. (1) lit. g), dacă procedura a fost declanşată de acesta, şi în termenul prevăzut de art. 74, în cazul în care procedura a fost deschisă ca urmare a cererii unuia sau mai multor creditori;

b) administratorul judiciar, de la data desemnării sale şi până la îndeplinirea unui termen de 30 de zile de la data publicării tabelului definitiv de creanţe;

c) unul sau mai mulţi creditori, deţinând împreună cel puţin 20% din valoarea totală a creanţelor cuprinse în tabelul definitiv de creanţe, în termen de 30 de zile de la publicarea acestuia; administratorul judiciar este obligat să pună la dispoziţia acestora informaţiile existente şi necesare pentru redactarea planului. În acest sens, debitorul, prin administrator special, sau administratorul judiciar, în măsura în care acesta din urmă le deţine, dacă dreptul de administrare i-a fost ridicat debitorului, au obligaţia ca, în termen de maximum 10 zile de la primirea solicitării, să pună la dispoziţia creditorului actele şi informaţiile prevăzute de art. 67 alin. (1) lit. a), b) şi e), actualizate corespunzător depunerii tabelului definitiv de creanţe. Se va pune la dispoziţia creditorului şi lista tuturor creanţelor născute în timpul procedurii, precum şi orice alte documente solicitate, care sunt utile pentru redactarea unui plan de reorganizare.

(2) La cererea oricărei părţi interesate sau a administratorului judiciar, judecătorul-sindic poate prelungi cu maximum 30 de zile, pentru motive temeinice, termenele de depunere a planului prevăzute la alin. (1).

(3) Planul va putea să prevadă fie restructurarea şi continuarea activităţii debitorului, fie lichidarea unor bunuri din averea acestuia, fie o combinaţie a celor două variante de reorganizare.

(4) Nu poate propune un plan de reorganizare debitorul care, într-un interval de 5 ani anterior formulării cererilor introductive, a mai fost subiect al procedurii instituite în baza prezentei legi şi nici debitorul care, el însuşi, administratorii, directorii şi/sau acţionarii/asociaţii/asociaţii comanditari ai acestuia care deţin controlul asupra sa, au fost condamnaţi definitiv pentru săvârşirea unei infracţiuni intenţionate contra patrimoniului, de corupţie şi de serviciu, de fals, precum şi pentru infracţiunile prevăzute de Legea nr. 22/1969, cu modificările ulterioare, Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările şi completările ulterioare, Legea contabilităţii nr. 82/1991, republicată, cu modificările şi completările ulterioare, Legea concurenţei nr. 21/1996, republicată, Legea nr. 78/2000, cu modificările şi completările ulterioare, Legea nr. 656/2002, republicată, cu modificările ulterioare, Legea nr. 571/2003, cu modificările şi completările ulterioare, Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea şi combaterea evaziunii fiscale, cu modificările şi completările ulterioare, şi infracţiunile prevăzute de prezenta lege, în ultimii 5 ani anterior deschiderii procedurii.

(5) Nerespectarea termenelor prevăzute la alin. (1) conduce la decăderea părţilor respective din dreptul de a depune un plan de reorganizare şi, ca urmare, la trecerea, din dispoziţia judecătorului-sindic, la faliment.

În speța de față, autoritatea contractantă nu poate fi obligată să atribuie un contract pe 27 luni asocierii ce cuprinde un operator economic care se află în procedura insolvenței și nu a demonstrat că are capacitatea de a executa contractul și că a luat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil. Împrejurarea potrivit căreia, la momentul derulării procedurii, nu este întocmit planul de reorganizare, nu conduce la concluzia că ofertanta nu trebuie să asigure autoritatea contractantă asupra modului de executare a contractului.

Pe baza documentelor depuse, urmare a solicitărilor comisiei de evaluare, nu se poate ajunge la concluzia că sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, astfel încât contestatoarea să nu fie exclusă din procedură, aceasta, cu atât mai mult cu cât contribuția la îndeplinirea contractului, pe care asociatul ..... și-l asumă prin acordul de asociere este în procent de 48%.

- Situația specială a procedurii insolvenței, nu îi asigură asocierii ofertante în mod automat și desemnarea admisibilă a ofertei sale, fiind necesară îndeplinirea anumitor condiții pentru a nu fi exclusă din procedura de achiziție, condiții pe care asociatul SC ..... SRL ....., nu a demonstrat că le îndeplinește. Consiliul nu poate obliga autoritatea contractantă să încheie un contract pe 27 luni, cu o asociere ofertantă care nu a depus informații și documente în cadrul procedurii privind unul din asociații săi, care să permită o determinare clară a situației financiare și a măsurilor pe care le-a adoptat acesta în perioada de observație pentru a permite continuarea activității într-o manieră sustenabilă.

Față de cele constatate, singura soluție la îndemâna autorității contractante era cea de excludere din procedură, astfel încât contestația apare ca fiind nefondată.

Pentru cele ce preced, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de asocierea ..... SA – ..... SRL – ..... SRL, prin liderul de asociere ..... SA, în contradictoriu cu JUDEȚUL ..... (CONSILIUL JUDEȚEAN), în calitate de autoritate contractantă.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de asocierea SC ..... SA & SC ..... SRL & SC ..... SRL, prin liderul de asociere SC ..... SA, ca nefondată.

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

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

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

….